

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO
PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO

COORDENADORES

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO • FLAVIA BAHIA
MARTINS • JOSÉ CARDOSO DUTRA JUNIOR • HELOISA
CONRADO CAGGIANO • JOAQUIM MANO • JULIANA
PATRICIO DA PAIXÃO • LEONARDO DE ANDRADE COSTA
• PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO • PAULO
ROBERTO MIGUEZ DA SILVA

AUTORES

DIREITO, ECONOMIA e REFORMAS REGULATÓRIAS

Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13ª andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direito-rio

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO
PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO

COORDENADORES

ARMANDO CASTELAR PINHEIRO • FLAVIA BAHIA
MARTINS • JOSÉ CARDOSO DUTRA JUNIOR • HELOISA
CONRADO CAGGIANO • JOAQUIM MANO • JULIANA
PATRICIO DA PAIXÃO • LEONARDO DE ANDRADE COSTA
• PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO • PAULO
ROBERTO MIGUEZ DA SILVA

AUTORES

DIREITO, ECONOMIA e REFORMAS REGULATÓRIAS

EDIÇÃO FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil.
Fechamento da 1ª edição em junho de 2023

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Ludmilla Totinick, Christian Dannel e Victor Almeida

Capa e diagramação: Estúdio Castellani

Revisão: Joice Nunes | Papel ofício

Gabriela Carioca | FGV Direito Rio

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Direito, economia e reformas regulatórias [recurso eletrônico] / Armando Castelar Pinheiro, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (coords.). – Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2023.

1 recurso online (220 p.) : PDF

Dados eletrônicos.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-86060-52-2

1. Direito e economia. 2. Direito regulatório. I. Pinheiro, Armando Castelar. II. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD – 342.22

Sumário

1	APONTAMENTOS SOBRE DIREITO, ECONOMIA E REFORMAS REGULATÓRIAS.	11
	<i>Armando Castelar Pinheiro</i> <i>Patrícia Regina P. Sampaio</i>	
	1. O necessário diálogo entre direito e economia.	12
	2. Os casos concretos: da teoria à prática.	15
	3. Lições aprendidas	24
2	REGULAÇÃO, SERVIÇO PÚBLICO E TARIFAS: O CASO DO SERVIÇO POSTAL.	27
	<i>Leonardo de Andrade Costa</i>	
	1. Introdução.	28
	2. O impacto da era digital sobre a demanda de serviços postais relacionados às cartas e o setor como etapa relevante do e-commerce.	36
	3. Aspectos econômicos da regulação dos preços das atividades exercidas sob monopólio com demanda decrescente.	41
	4. A regulação dos preços públicos de serviços postais prestados sob regime de exclusividade no Brasil	49
	5. Conclusão	73
3	NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: ALOCAÇÃO ÓTIMA DE RECURSOS ESCASSOS DIANTE DA REGIONALIZAÇÃO E DO FEDERALISMO COOPERATIVO	79
	<i>Juliana Patrício da Paixão</i>	
	1. Introdução.	80
	2. A falha estrutural sanitária: a falta de investimento que prejudica o desenvolvimento sustentável.	81

3.	A redemocratização e o federalismo cooperativo.	88
4.	A racionalização da gestão pela prestação regionalizada no Novo Marco Legal.	96
5.	ADI 6.492/DF: o questionamento do novo compromisso regulatório.	103
6.	Conclusão	105
4	A MÁXIMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS DE INFORMAÇÃO E DE PARTICIPAÇÃO NOS PROCESSOS REGULATÓRIOS: A TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO COMO FERRAMENTA DE LEGITIMAÇÃO DO PODER-DEVER DO REGULADOR	109
	<i>José Cardoso Dutra Junior</i>	
1.	Introdução.	110
2.	A teoria econômica da regulação: favores regulatórios e decisões viesadas.	111
3.	A teoria processual administrativa da regulação e a busca de maior legitimação das decisões regulatórias.	117
4.	A máxima da eficácia dos direitos fundamentais de informação e de participação como ferramenta de constrição legitimadora do poder-dever do regulador.	127
5.	Conclusão	139
5	A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA <i>FREE FLOW</i> EM CONCESSÕES RODOVIÁRIAS: COMO FICA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO?	143
	<i>Heloisa Conrado Caggiano</i>	
1.	Introdução.	144
2.	Os sistemas de cobrança tarifária em concessões rodoviárias federais.	147
3.	A estruturação do sistema <i>free flow</i> a partir da Lei nº 14.157/2021	153
4.	O risco de evasão e a perda de receita tarifária no sistema <i>free flow</i> : análise da Lei nº 14.157/2021	159
5.	Conclusão	167
6	CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DO MARCO REGULATÓRIO DA TELECONSULTA NO BRASIL	171
	<i>Flavia Bahia Martins</i>	
1.	Introdução.	172
2.	A telemedicina: aspectos gerais e regulatórios.	174
3.	Aspectos econômicos e sociais do necessário marco regulatório	181
4.	Conclusão	189

7 LIÇÕES DA REGULAÇÃO ESTRANGEIRA SOBRE GERAÇÃO DISTRIBUÍDA..... 193

Joaquim Chacur B. Mano

Paulo Roberto Miguez

1. Introdução..... 194
2. Um breve e necessário relato da regulação da GD e seus problemas. 197
3. Experiência internacional. 202
4. Duas propostas de alterações 208
5. Conclusão 214

Apresentação

Este livro não é uma simples coletânea de artigos. Seu objetivo consiste em apresentar ao leitor o fio condutor da cadeira Regulação e Concorrência nos Setores de Infraestrutura, oferecida no âmbito do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Pretende ser uma síntese analítica de um conjunto de temas que reputamos essenciais a quem pretenda se aproximar das principais discussões envolvendo a atividade regulatória, em uma perspectiva do diálogo entre direito e economia.

Os trabalhos que se seguem refletem profunda pesquisa acadêmica com base em reformas regulatórias aprovadas a partir de 2020 ou que estão em discussão na sociedade brasileira. Considerando setores da economia e o diagnóstico de suas atuais falhas, os autores discutem o mérito das propostas de modificação regulatória e propõem endereçamentos. O resultado é a oferta ao leitor de um livro atual e que mescla a literatura acadêmica sobre regulação com aplicações práticas.

Nesta oportunidade, agradecemos aos autores a disponibilização de seus artigos para compor esta obra.

Boa leitura!

Armando Castelar e Patrícia Sampaio
Coordenadores

1

Apontamentos sobre Direito, Economia e Reformas Regulatórias

Armando Castelar Pinheiro
Patrícia Regina P. Sampaio

1. O necessário diálogo entre direito e economia

Fora o ar que respiramos, poucas coisas estão tão presentes em nossas vidas como a regulação. Da maternidade ao cemitério, praticamente tudo está sujeito a algum tipo de regulação. De tão presente que é, tendemos a esquecê-la e não refletir sobre o porquê de ela lá estar, se de fato está atingindo os objetivos a que se propõe e se há alternativas melhores.

As regulações são de vários tipos: sanitárias, tributárias, de segurança... Neste livro, focamos em um tipo específico de regulação, a econômica. O objeto desse tipo de regulação é a relação entre os agentes econômicos, às vezes também chamados de *homo economicus*. Esses se encontram no mercado, onde transacionam bens, serviços, ativos, trabalho entre outros, e sobre o qual a regulação econômica em geral se aplica.

É também no mercado, portanto, onde o direito e a economia se encontram. Mais ao ponto, o direito conforma a dinâmica do encontro entre compradores e vendedores a partir de um conjunto de normas jurídicas que disciplinam cada produto ou serviço que se possa ofertar.¹

Como se pergunta Jean Tirole, porém, “por que um negócio mutuamente consentido entre um vendedor e um comprador poderia constituir um problema para a sociedade? A priori, se eles decidiram realizá-lo, tal negócio beneficia as duas partes: por que interferir?”.² Por que o Estado deve se importar com isso e interferir no comportamento dos agentes econômicos e no que ocorre nos mercados?

Afinal de contas, a coletividade nada mais é que do que a soma dos indivíduos. Se cada um de nós maximiza o seu bem-estar, não estaremos juntos maximizando o bem-estar coletivo? Mais de dois séculos atrás, Adam Smith respondeu positivamente a essa pergunta. Para ele, havia uma “Mão Invisível”

1 “[O] direito estabelece uma relação de *dupla instrumentalidade* com a economia e o Estado: de um lado, a economia instrumentaliza o direito, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o funcionamento do mercado (propriedade, contratos, órgãos de implementação); de outro, o direito se converte em um instrumento de Estado, que o utiliza para erigir distintas formas de regulação da economia voltadas à consecução de fins socialmente desejáveis (eficiência, maximização da riqueza, proteção ambiental, objetivos redistributivos)” BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 34. Ver também IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 1.

2 TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 167.

que fazia com que, ao focarmos inteiramente no nosso interesse pessoal, gerássemos, mesmo sem querer, o que era melhor para a sociedade. Essa visão tinha uma implicação normativa muito clara: quanto menos regulação, melhor. O objetivo, de fato, deveria ser deixar o agente econômico o mais livre possível.

Na prática, porém, pode haver uma dissonância entre o que é melhor para o agente econômico individualmente e o que é ideal para a sociedade em geral. Ou, como colocado por Tirole, podemos ter “um comportamento que pode ir de encontro ao interesse coletivo”.³ O papel da regulação, nesse contexto, é influir no que faz o agente econômico, de forma a alinhar suas ações com o interesse coletivo, promovendo o bem comum.

Ao fator causador dessa dissonância entre o interesse individual e o coletivo se dá o nome geral de falha de mercado, refletindo a ideia de que, em certas circunstâncias, o mercado, deixado à vontade para funcionar livremente, pode produzir um resultado que é falho, do ponto de vista coletivo. Isso significa, portanto, que o objeto da regulação são mercados que não operam sob as condições ideais de uma concorrência perfeita, nos quais a Mão Invisível de Adam Smith garantiria o alinhamento entre objetivos individuais e coletivos.

Mercados em concorrência perfeita são, claro, abstrações de livre texto. No entanto, na maior parte dos casos, a legislação de defesa da concorrência é capaz de disciplinar eventuais abusos ou desvios. Não é por outra razão que quase todos os países possuem legislações para reprimir o abuso do poder econômico, que se materializa em práticas como cartéis, acordos de exclusividade com potencial de fechamento de mercado, vendas casadas etc. Também é comum que os Estados busquem atuar na análise de atos de concentração, prevenindo a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável o seu abuso no momento pós-fusão ou aquisição.

Ou seja, na maior parte dos casos, ainda que não perfeito, há um alinhamento entre interesses individuais e coletivos, uma vez que se previna ou reprima o abuso de poder econômico. Isso significa que o ônus da prova para intervir deve estar com quem defende e propõe regular determinado mercado. E há, de fato, situações em que as falhas de mercado exigem soluções normativas específicas, para além da disciplina imposta pela repressão ao abuso do poder econômico. Três dessas falhas são mais comumente citadas como motivadoras da regulação econômica.

3 TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 11.

Primeiro, a existência de monopólios naturais, resultante de tecnologias caracterizadas por economias de escala e/ou de escopo, que fazem ser do interesse coletivo que o mercado seja suprido por apenas um produtor. Essa é uma situação comum em setores com custos fixos elevados e/ou que funcionam à base de redes. A infraestrutura em geral se encaixa nessa situação. Nesse caso, faz-se recomendável haver regras sobre a precificação dos bens e dos serviços ofertados, sobre a entrada e a saída de produtores, assim como normas que facilitem haver concorrência nos mercados verticalmente relacionados, em que o monopólio natural não esteja presente.⁴

Em segundo lugar, encontram-se os mercados em que se experimenta a presença de externalidades, situação que ocorre quando a transação entre comprador e vendedor afeta uma terceira pessoa que dela não participa. Nesse caso, para alinhar os interesses individuais e coletivos, deve haver normas que aloquem custos e benefícios da transação de forma socialmente eficiente, evitando, por exemplo, que os benefícios de um agir individual sejam apropriados privadamente, enquanto os prejuízos sejam suportados socialmente. Esse é o caso da regulação ambiental, que exige que o poluidor arque com custos, tanto para reduzir os impactos de sua atividade poluidora como para mitigá-los ou compensá-los.

Terceiro, há desalinhamentos resultantes de assimetrias informacionais, seja pelo menor acesso de uma das partes às informações relevantes sobre a transação, seja pela assimetria das partes na capacidade de processá-las. Nesse caso, justificam-se normas para criar o dever de informar, garantindo o acesso relativamente simétrico a essas informações, ou criando agências públicas que se encarregarão de informar e/ou regular as transações, de forma que interesses privados e coletivos se alinhem, ou então protegendo a parte em situação de desvantagem informacional. Esse último caso abarca, por exemplo, as regulações sobre direitos do consumidor, que permitem que mercados surjam em situações nas quais, deixados à Mão Invisível, ou não emergiriam ou neles seriam vendidos apenas os produtos de pior qualidade — os “*lemons*”, na clássica denominação de George Akerlof.⁵

4 Ver, a respeito, PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, cap. 6 e 7.

5 AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

2. Os casos concretos: da teoria à prática

Assim, no abstrato, o papel do direito parece bastante claro: para aquilo que a economia diagnostica como falha, o direito tem a pretensão de oferecer soluções normativas, por meio de comandos e incentivos que buscam promover o bem comum, alinhando o interesse individual ao coletivo. Na prática, diversos fatores complicam esse desafio, como os capítulos a seguir bem ilustram.

De forma mais geral, quatro desses fatores, presentes em diferentes graus, contribuem para tornar a prática mais desafiante do que a teoria. Um, o fato de que a regulação influi na distribuição de renda, quer seja esse um de seus objetivos ou não. Isso significa que a regulação cria incentivos para que os agentes econômicos busquem influir no seu desenho. Dois, em vários casos a regulação busca atingir objetivos individualmente justificáveis, mas que em conjunto são inconsistentes: é o caso de se querer simultaneamente utilizar subsídios cruzados e promover a concorrência. Três, a regulação é feita e aplicada por agentes públicos cujos interesses individuais também podem estar desalinhados aos interesses coletivos. Quatro, as circunstâncias em que a regulação é definida mudam com o tempo. Esse é o caso quando há avanços tecnológicos relevantes em determinado mercado, que podem tornar ineficiente a regulação existente, abrindo espaço para outras e melhores formas de se promover o bem comum.

Não obstante as soluções normativas, perfeitas ou não, oferecidas pelo direito, o resultado é que o arcabouço jurídico-institucional de um país tem profundos efeitos sobre o que os mercados conseguirão entregar à sociedade em termos de disponibilização de produtos e serviços — e, por conseguinte, de bem-estar.⁶ Dessa forma, quem pretenda conhecer a disciplina regulatória brasileira de determinado mercado deve começar indagando o que a Constituição Federal tem a dizer sobre aquele mercado ou setor da economia. Na maior parte das vezes, muito.

Inicialmente, a Constituição Federal consagra a livre iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção, esclarecendo, assim, que a sociedade brasileira se organiza por meio do modo produção capitalista (art. 170, *caput* e II). Também nela se encontra a autorização para a participação direta do Estado nos mercados quando relevantes interesses coletivos ou imperativos de segurança nacional (conforme definidos em lei) assim o requeiram, por meio das

6 NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

empresas estatais, em princípio sob um regime de isonomia concorrencial com os atores privados (art. 173).⁷ É ainda na Constituição que se definem os mercados que são reservados ao Estado, como as clássicas acepções dos serviços e monopólios públicos (por exemplo, arts. 175, 176 e 177). Nesses casos, embora possa haver operadores privados, esses ficam a depender de prévio ato de delegação estatal.

Em um país que se constitui como uma federação tripartite, com autonomia assegurada à União Federal, aos estados e aos municípios (art. 18), a Constituição desempenha ainda o fundamental papel de distribuir direitos e deveres entre os entes políticos. Há competências legislativas e administrativas, que podem ser exclusivas ou compartilhadas.

Nesse emaranhado de mais de duas centenas de artigos que compõem a Constituição Federal, o estudioso da regulação encontrará normas fundamentais de organização dos mercados. Na sua interpretação, profundas controvérsias podem surgir, ilustradas na clássica decisão do Supremo Tribunal Federal sobre ser o setor postal um serviço público reservado à União Federal — impedindo-se, assim, a criação de um livre mercado de prestação de serviço de entrega de correspondências (STF, ADPF 46) — ou, ainda, na discussão sobre a que ente compete organizar e garantir a existência de um adequado serviço de saneamento — certamente uma das maiores urgências nacionais — nas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas (STF, ADI 1842). Ambos os casos são analisados neste livro, nos textos de Leonardo Costa e Juliana Paixão.

Na sequência, tem-se as leis federais, que, cada vez mais, adentram o terreno dos mercados regulados. Ilustrativo disso são o Marco Legal do Saneamento (Lei nº 14.026/2020), a Lei do Gás (Lei nº 14.134/2021), o regime da tarifação das rodovias federais concedidas (Lei nº 14.157/2021), a lei sobre navegação de cabotagem (Lei nº 14.301/2022, conhecida como “BR do Mar”). A essas se somam leis estaduais e municipais, que incidem quando a disciplina jurídica do mercado é competência de entes subnacionais.

Nesse contexto, conflitos federativos pelos poderes de legislar e administrar determinados setores podem surgir. Por exemplo, tem-se historicamente questões envolvendo o setor de saneamento, serviço em regra de competência

7 Empresas estatais prestadoras de serviço público exclusivo sem intuito de distribuição de lucro aos sócios não seguem essa lógica. Por força de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, pagam suas dívidas judiciais pelo regime do precatório e se beneficiam da imunidade tributária recíproca (ver, p. ex., ADPF 437 e RE 773992).

municipal, mas que ganha maior complexidade nos casos de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas — soluções regionais que são, inclusive, encorajadas no novo marco legal, que lhe trouxe institutos adicionais, como a unidade regional e o bloco de referência.⁸ Acresce-se ao cenário a relevância da União Federal no papel de financiadora de projetos de infraestrutura.

A necessidade de regulação geralmente parte do diagnóstico da existência de uma falha de mercado que a regulação se propõe a minimizar, como monopólios naturais, assimetrias de informação, externalidades, bens públicos (no sentido econômico) e poder de mercado. Todavia, se é verdade que, em mercados que ostentam essas características, a regulação pode incrementar o bem-estar social, também é preciso considerar que poderá haver mercados regulados em que tais características estão ausentes.

A literatura alude a que pressões de grupos de interesses podem levar à captura das instituições e, por conseguinte, à legislação favorável a determinada indústria, segmento ou conjunto de agentes econômicos. Em especial, ao interferir na forma como a renda é distribuída em determinado setor ou atividade, a regulação pode ela mesma gerar esses grupos de interesse, que, ao longo do tempo, se tornam opositores a alterações na regulação. Tanto o capítulo de Leonardo Costa como o escrito por Joaquim Mano e Paulo Miguez ilustram esse conflito, em um contexto no qual inovações tecnológicas alteram as condições em que a regulação foi originalmente concebida, mas grupos de interesse acabam se opondo ao necessário *aggiornamento* regulatório. Assim, problemas na regulação também podem ser decorrentes do que se convencionou chamar de falhas de governo.

A literatura econômica parte do pressuposto de que, exceção feita aos mercados caracterizados como monopólios naturais, quanto mais concorrência, melhor. Nesse contexto, à medida que a tecnologia evolui, é possível desverticalizar indústrias de rede, desagregar serviços e permitir a concorrência entre agentes no mercado. Se, de um lado, a tecnologia é motor desse processo, de outro o direito pode contribuir para acelerá-lo ou retardá-lo, pois é capaz auxiliar no desenho de mercados que fomentem ambientes competitivos, ou pode atrapalhar, quando, por exemplo, oferece excessivas proteções ao incumbente.

Quando há a presença de monopólios, naturais ou legais, em geral se recorre a diferentes modelos de fixação e atualização de preços e tarifas, como os

8 Ver art. 3º, VI, da Lei nº 11.445/2007, com a redação dada pela Lei nº 14.026/2020.

métodos de taxa de retorno e de fixação de preço-teto. Ambos apresentam vantagens e desvantagens, as quais são detalhadamente apresentadas por Leonardo Costa a partir da experiência brasileira de regulação do preço do serviço postal. O capítulo também permite observar como pode ser complexa a própria definição de determinada indústria como monopólio natural e, por conseguinte, a definição de quais são os instrumentos regulatórios mais apropriados a regulá-la.

O capítulo de Leonardo Costa traz ainda importante *insight* sobre a prática regulatória no caso em que o Poder Público opta por ofertar serviços públicos diretamente por meio de uma empresa estatal. Como também ocorria em outros setores do país que já foram desestatizados, a visão de que a estatal já foca no interesse coletivo leva, muitas vezes, à instauração de um aparato regulatório muito leve, em geral cooptado pela própria empresa. Costa ilustra isso com o caso dos Correios e com a prática do modelo de regulação tarifária a que a empresa está submetida: ainda que em teoria se pretendesse aplicar um regime de teto de preço, na prática, o que a análise sugere é que se tem um regime de custo do serviço, em que os preços cobrados sobem acima da inflação.

O texto de Costa ilustra ainda outro desafio que se coloca com frequência para o regulador: o impacto da inovação tecnológica. No caso dos Correios, isso se refletiu sobre o perfil da demanda de serviços da empresa, com, de um lado, a substituição das cartas pela comunicação digital e, de outro, a crescente integração com o comércio digital, e a resultante demanda pela entrega de encomendas. Alterações tão significativas no perfil de demanda, por sua vez, afetam a sustentabilidade de políticas de subsídios cruzados, cuja sobrevivência por vezes acaba motivando esforços no sentido de atrasar a implantação dessas novas tecnologias.

O tema da tecnologia e de seu impacto sobre a regulação setorial está presente também em outros capítulos do livro. O texto de Heloisa Caggiano, por exemplo, versa sobre os desafios práticos da instalação da tecnologia de cobrança pelo uso de rodovias no sistema de fluxo livre (*“free flow”*), com a substituição das tradicionais praças de pedágio por leitores digitais de tráfego espalhados pela via, possibilidade aberta pela reforma legal do setor instituída pelo Congresso Nacional.

Essa nova tecnologia traz pelo menos três benefícios sociais óbvios: ela é mais barata, dispensando a alocação de capital e mão de obra nos pedágios; ela dispensa a parada nas praças de pedágio, que, em certos dias e horas, pode ser especialmente demorada; e leva a uma precificação mais justa e eficiente

do uso da rodovia, entre outros aspectos eliminando subsídios cruzados injustificados entre usuários.

A prática, porém, é mais complicada que a teoria. Em especial, porque as praças de pedágio também exercem uma espécie de “ponto de fiscalização”, voltado a impor a obrigação de pagamento da tarifa e evitar a evasão dos usuários, que não encontra substituto óbvio quando se recorre ao *free flow*. Abre-se assim, pontua Caggiano, uma discussão sobre como conciliar esse ganho na direção do interesse coletivo com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, um debate no qual também se inserem potenciais novos tipos de receitas, como as que podem resultar do uso da informação coletada pelos leitores digitais de tráfego.

O texto de Heloisa Caggiano ilustra bem esse dilema da relação entre tecnologia e regulação. O avançar do conhecimento humano permite, na atualidade, a supressão das praças de pedágio, que são um redutor da velocidade de tráfego nas rodovias. Porém, para o seu funcionamento exitoso, faz-se necessário um sistema jurídico efetivo de recuperação das tarifas daqueles que buscarem se evadir do pagamento do pedágio.

O capítulo de Caggiano mostra que a proposta trazida pelo legislador pode vir a não se mostrar adequada à realidade brasileira, tendo em vista a separação de competências entre quem administra a rodovia e quem tem o poder de recuperar a receita em caso de evasão no pagamento. Além disso, a limitação do direito ao equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias ao montante arrecadado com multas a título de evasão do pedágio apresenta desalinhamento de interesses e não parece aderente à realidade.

Há ao menos dois espaços públicos em que essas e outras preocupações em torno de falhas de mercado e de governo podem se colocar: no Parlamento e na esfera administrativa. Em especial, o capítulo de Caggiano faz ainda interessantes considerações sobre como melhor alocar as definições regulatórias entre o legislador e o regulador.

Esse é um tema recorrente na literatura: afinal de contas, é o primeiro, eleito pelo voto popular, que tem a legitimidade de impor regras ao cidadão. O regulador, como exploram Sunstein e Vermeule⁹, atua por delegação, mas essa não

9 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan: Redeeming the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

deve, nem pode, ser total. Como então conciliar a maior efetividade prática que pode ter a norma criada pelo regulador, que possui mais conhecimento técnico e está mais próximo ao caso concreto, com a necessidade de garantir o seu alinhamento com o interesse coletivo, especialmente quando o regulador, ao contrário do legislador, não está regularmente submetido à avaliação da coletividade?

O artigo de Caggiano conclui argumentando que o Congresso Nacional possivelmente não seria o *locus* mais adequado para discussões de natureza técnica em torno do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, chamando a atenção do leitor para esperados problemas de implementação no modelo de rodovias de fluxo livre (*“free flow”*) desenhado pelo legislador.

Portanto, a regulação de um setor da economia não é algo restrito à atividade administrativa, havendo profundas discussões que emergem de até onde deve ir o legislador, e onde começa o papel do regulador. Quando essas fronteiras são ultrapassadas, tem-se o engessamento indesejado da regulação, dinâmica por sua própria natureza, e sujeita à evolução tecnológica.

A complexidade do tema é elevada. Quando o legislador deixa de atuar, surgem alegações de déficit de legitimidade democrática e mesmo de violação do princípio da legalidade, visto que o regulador atua por delegação, não sendo ele mesmo eleito. E, como lembra Binенbojm, “a noção de um regulação envolve uma atividade de interferência no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou de induções”.¹⁰ Por outro lado, é difícil para o legislador prever e definir todos os detalhes normativos que permitam o melhor alinhamento entre os interesses individuais e coletivos, inclusive porque esse muitas vezes depende de circunstâncias locais que variam no tempo.

Esse tema é endereçado de forma mais geral por José Cardoso Dutra Junior, cujo capítulo enfatiza a relevância do devido processo regulatório, uma solução também defendida no caso americano por Sunstein e Vermeule¹¹. As mais de duas décadas de experiência regulatória no país são testemunho da introdução de institutos que visam assegurar a participação e a influência dos diferentes grupos de atores interessados nos respectivos temas. Consultas e audiências públicas são instrumentos de crescente relevância na dinâmica regulatória na-

10 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 171.

11 *Ob. cit.*

cional, tendo sido positivadas na lei que rege as agências reguladoras federais (Lei nº 13.848/2019).

Da mesma forma, são crescentes as exigências de devido processo regulatório para conferir legitimidade às decisões proferidas. A publicação de pautas e atas, a realização de sessões públicas com transmissão pela internet e a divulgação dos processos administrativos que não estejam classificados, nos termos da lei, como merecedores de sigilo são algumas ilustrações desse desenvolvimento.

Tais instrumentos buscam suplantar a crítica de eventual déficit democrático originário das agências reguladoras — cujos diretores não são eleitos por voto popular nem escolhidos por processo objetivo, como concurso público — por meio de exigências de motivação e comprovação da racionalidade das decisões, com a explicitação de custos e benefícios. A análise de impacto regulatório, por exemplo, tornou-se exigência legal em âmbito federal e vem encontrando crescente guarida também em sede subnacional. O texto de José Cardoso Dutra Junior apresenta a relevância do devido processo administrativo para a qualidade da regulação produzida e mostra que ainda há espaço de aprimoramento no direito brasileiro para a sua efetivação.

A importância da institucionalidade regulatória é também objeto de análise no capítulo de Juliana Paixão, no contexto das mudanças em curso no setor de saneamento. Essa é uma das áreas de infraestrutura com características que claramente justificam a intervenção do Estado, que, no entanto, tem falhado em garantir a adequada provisão de serviços. Trata-se de um setor que, como ocorre em muitas das atividades reguladas pelo Estado, é constituído por uma indústria de rede, a partir da qual são prestados serviços reputados de elevada relevância para a sociedade. Embora não haja uma relação necessária entre monopólio natural e serviços públicos, é comum nesses casos que o direito classifique essas atividades como “serviço público” e as submeta, por conseguinte, à titularidade estatal, especialmente em reconhecimento à relevância da atividade e, portanto, à busca por universalização. É o caso, além do fornecimento de água e esgotamento sanitário, da transmissão e distribuição de energia elétrica, e da operação e manutenção de rodovias, ferrovias, e aeroportos, todos caracterizados pela provisão de serviços ofertados a partir de infraestruturas com custo inicial afundado elevado de instalação.¹²

12 Em algumas dessas indústrias, convivem simultaneamente modelos de serviço público e de atividade privada, como é o caso da recente reforma regulatória ferroviária, que previu um sistema de ferrovias privadas em convivência com as ferrovias públicas. A concomitância de regimes,

Em nenhuma dessas outras atividades, porém, há tantos desafios como no setor de saneamento. Isso por pelo menos dois motivos principais. Primeiro, em muitos casos, ainda que justificável do ponto de vista do interesse coletivo, o investimento nessa atividade não é comercialmente viável, pois não desperta suficiente interesse do usuário. Esse é um problema especialmente sério nas localidades mais pobres. A solução tradicional nesses casos é financiar esses investimentos por meio de subsídios cruzados. Mas aqui se esbarra no segundo problema, examinado em detalhe pela autora: o arcabouço jurídico-institucional nacional aloca ao município a responsabilidade maior por esse investimento, limitando sensivelmente, portanto, o espaço para se recorrer aos subsídios cruzados. Como descreve Paixão, muito do que pretende a reforma regulatória do setor é a utilização dos instrumentos previstos na Constituição Federal e na lei para a adoção de soluções regionalizadas.

As questões regulatórias trazidas pela introdução de novas tecnologias são também o objeto de análise no capítulo escrito por Flavia Bahia. O contexto é o setor de saúde, tradicionalmente regulado pelos profissionais do setor a partir de autorização legal, e o foco no recurso à teleconsulta, uma necessidade durante a pandemia, mas apenas uma opção, uma vez esta superada.

Permitir a teleconsulta irá promover o interesse coletivo?, pergunta-se Bahia. Há, de um lado, bons motivos para acreditar que sim. Ela reduz custos, tanto do médico como do paciente, dispensando a necessidade de haver um consultório e do deslocamento até ele, por exemplo. Além disso, permite o acesso a especialistas em localidades em que esses não estão fisicamente presentes. Por outro lado, como garantir a qualidade do serviço prestado? Em especial, como assegurar que haverá o exame físico do paciente quando esse for recomendável? E há outras questões. Por exemplo, como garantir a privacidade? Ou em que grau a autorregulação profissional, recomendável do ponto de vista da assimetria informacional, não conflita com o interesse desses mesmos profissionais de conter o aumento de competição que o recurso à teleconsulta inevitavelmente trará?¹³

no entanto, não afasta o fato de que, no ordenamento jurídico nacional, costuma-se observar uma correlação entre presença de monopólio natural, elevada relevância social da atividade e a determinação de sua oferta, ao menos parcialmente, em regime de direito público, com exigências de universalização e modicidade tarifária.

- 13** O tema certamente não é novo, mas o potencial competitivo aberto pela teleconsulta serve para reavivá-lo. Assim, de um lado, pode-se argumentar que “a regulação de entrada em profissões liberais, como direito, medicina e engenharia, (se justifica) sobretudo diante do risco oferecido por prestadores deficientes para direitos fundamentais dos consumidores”, mas, de outro lado, em “muitos casos, a regulação de entrada não serve, simplesmente, a nenhuma finalidade

O texto de Flavia Bahia também é preciso em mostrar que o avanço tecnológico traz necessidade de nova regulação ou, talvez, permita desregular alguns mercados. No caso da teleconsulta médica, como bem mostra a autora, são vários os desafios que se apresentam, desde como assegurar a qualidade do serviço no mundo virtual até a segurança de dados.

Joaquim Mano e Paulo Miguez exploram um tema bastante relevante na regulação: o poder redistributivo do Estado e seus impactos. O capítulo exemplifica o ponto a partir do estudo da geração distribuída, mostrando que as escolhas regulatórias podem produzir efeitos distintos sobre diferentes conjuntos de usuários, beneficiando ou prejudicando subgrupos como residenciais, industriais, comerciais e baixa renda.

A partir das experiências da Alemanha e do Reino Unido, os autores mostram que se deve ter atenção para que a introdução de soluções de geração distribuída não termine por apenar os consumidores de baixa renda, que, sem ter os recursos necessários a investir na tecnologia e ao tornarem-se prossumidores (isto é, consumidores e produtores), arcariam sozinhos com os custos de operação e manutenção da rede.

O capítulo escrito por Mano e Miguez também ilustra a mudança que a inovação tecnológica traz para o ambiente em que a regulação se dá; no caso, no contexto da experiência brasileira de desenvolvimento do segmento de geração distribuída de energia elétrica. Em certo sentido, o caso analisado por Mano e Miguez exemplifica uma temática mais geral em regulação, que é a definição do momento certo, do *timing* correto, de interromper ou alterar determinada prática regulatória.

Assim, o texto mostra como soluções temporárias de subsídios podem ser meritórias para o desenvolvimento de determinados mercados, mas se deve ter atenção para a sua limitação temporal. No caso, a concessão de subsídios, que se justificava de início pela combinação de um desejo de dar escala à indústria nacional de painéis solares e de um grau modesto de distorção causado pelo subsídio cruzado, acaba trazendo dificuldades não antevistas, como decorrência do seu próprio sucesso. A diferença entre a experiência brasileira, de um lado, e as da Inglaterra e Alemanha, de outro, está exatamente na capacidade que essas tiveram de se adaptar.¹⁴

legítima, revelando-se como mera estratégia de reserva de mercado contra novos *entrantes*, em manifesto desprezo dos consumidores” (BINENBOJM, *ob. cit.*, 2020, p. 214-215).

14 O mesmo desafio de acertar o momento de alterar a regulação está presente de forma geral em setores que passam por grandes inovações tecnológicas: “Neste ponto, legisladores e reguladores terão de enfrentar o que tem sido chamado de *dilema de Collingridge*, que envolve a dúvida

3. Lições aprendidas

Este livro permite constatar, por meio da análise de um conjunto de casos concretos, como os mercados são moldados pelo direito e como, na prática, a regulação tem de enfrentar os mais variados desafios. No todo, parece-nos justo realçar pelo menos oito das muitas lições que os leitores poderão, direta ou indiretamente, extrair dos casos aqui analisados:

- (i) A economia ensina que agentes econômicos respondem a incentivos, e o direito pode ser um instrumento poderoso para, delineando esses incentivos, alinhar os interesses públicos e privados.
- (ii) A regulação dos mercados é tema moldado pela Constituição Federal, pelas leis aplicáveis a cada mercado e pelas normas administrativas subjacentes. A complexidade do ordenamento jurídico nacional pode ser fonte de insegurança jurídica, e os intérpretes devem se preocupar em reduzi-las para que se atraiam investimentos aos setores regulados, propiciando, assim, ampliar a oferta de produtos e serviços e reduzir preços (em especial, no caso dos serviços públicos, em que universalização e modicidade tarifária são objetivos explícitos na legislação).
- (iii) Falhas de mercado podem ser reduzidas por meio de instrumentos regulatórios normativos sancionadores (técnica de comando e controle), mas também podem ser endereçadas por meio de normas que recompensem boas práticas dos agentes econômicos (sanções premiais)¹⁵ ou *nudges*.¹⁶
- (iv) A existência de grupos de pressão e as tentativas de captura do regulador por agentes econômicos (ou mesmo pelo Poder Público contratante) são hipóteses que precisam ser consideradas ao se analisar o conteúdo de uma regulação. O direito também pode atuar para reforçar posições dominantes, manter barreiras à entrada e retardar a introdução de concorrência em mercados potencialmente competitivos.
- (v) A regulação da concorrência opera transversalmente sobre a generalidade dos mercados e em regra convive com a regulação setorial. Práticas de desagregação de atividades e desverticalização entre diferentes grupos

entre regular precocemente e inibir a inovação, ou regular tardiamente e permitir a consolidação de práticas nocivas de difícil remoção *a posteriori*” (BINENBOJM, *ob. cit.*, 2020, pp. 245-246).

15 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007. cap. 1 e 2.

16 THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Londres: Penguin Books, 2009.

econômicos podem permitir a introdução de concorrência em segmentos de cadeias produtivas potencialmente competitivos, mas que funcionam a partir de serviços fornecidos por infraestruturas caracterizadas como monopólios naturais.

- (vi) Clareza nas regras (traduzida, muitas vezes, na invocação à necessidade de segurança jurídica) importa para o resultado da regulação, e essa, muitas vezes, falta na realidade brasileira. Assim, os estudos de caso analisados no livro também ilustram como dúvidas interpretativas, decorrentes da ausência de clareza das regras do jogo trazidas pelo direito, podem incrementar os custos de transação, por meio, por exemplo, da judicialização.¹⁷
- (vii) O respeito ao devido processo administrativo atende a ditames de transparência, ao mesmo tempo que propicia incremento da qualidade da regulação. Por outro lado, ainda que seja desejável limitar o grau de arbítrio e discricionariedade no exercício do poder administrativo, é fundamental reconhecer que, se excessivamente limitado — ou se muito oneroso em termos do tempo e do esforço necessários para atender a esses ditames —, a própria capacidade do regulador de promover o interesse coletivo ficará restrita.¹⁸
- (viii) A regulação mais apropriada para determinado mercado ou setor pode variar no tempo, seja porque a tecnologia muda, seja porque as condições originais de demanda e oferta se alteram. Nesses casos, o desejado alinhamento entre os interesses individuais e coletivos dependerá da capacidade de a regulação se adaptar, inclusive se sobrepondo a grupos de interesse que se oponham a esse processo de modernização.

17 Sobre a relevância da segurança jurídica nas escolhas regulatórias e a complexidade do tema na contemporaneidade, ver GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, 93 p. 388 e ss.

18 Pode surgir, assim, um *trade off* entre controle e capacidade de atuação, colocado da seguinte forma por Sunstein e Vermeule (2020, p. 16): “Given constraints on administrative and judicial time, attention, and resources, procedural idealism must inevitably be traded off against a variety of other legitimate objectives”. Os autores notam ainda: “[t]he problem is greatly heightened if constraints on executive discretion amount, in practice, to increases in judicial discretion, allowing the political values of judges to play a significant role [...] a shift that should be especially unwelcome when technocratic expertise and political accountability greatly matter” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2020, p. 37).

Referências

- AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007.
- GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004.
- NORTH, Douglass. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência*: a atuação do CADE nos setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Law & Leviathan*: Redeeming the Administrative State. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge*: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. Londres: Penguin Books, 2009.
- TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

2

Regulação, Serviço Público e Tarifas: o caso do serviço postal

Leonardo de Andrade Costa

1. Introdução

O Estado brasileiro pode atuar¹ de forma direta ou indireta na economia. Em princípio, a participação estatal, em qualquer das formas em que se manifeste, tem sempre o objetivo de promover o interesse público. Assim, independentemente da modalidade ou do instrumento utilizado pelo Poder Público, seja atuando diretamente, como agente monopolista² ou prestador de serviços públicos, ou intervindo indiretamente, como promotor de políticas públicas ou regulador da economia, ordenando ou fomentando as ações privadas, a busca pelo bem comum é o traço comum, e requisito de validade, de toda ação estatal.

Dessa forma, de plano, percebe-se que não se deve procurar diferenciar as diversas modalidades de interveniência estatal em termos dos fins almejados pelo Poder Público. É nas características da estrutura adotada, no modo de sua realização e nas consequências do ato que se encontram essas diferenças.

A arquitetura constitucional brasileira da ordem econômica, desenhada e construída sob as premissas da soberania do tradicional Estado-nação, e da dicotomia entre o âmbito privado e a arena pública, estabelece um modelo bipartido quanto à titularidade jurídica da iniciativa do exercício de produção, oferta, circulação e distribuição de bens e serviços no país. No contexto dessa dualidade (privado/público),³ o exercício de qualquer atividade econômica privada é livre,⁴

1 Eros Roberto Grau salienta que o “Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público”. GRAU, Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82. Em outra compreensão, José Vicente de Mendonça advoga no sentido da “utilização intercambiável das expressões”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 115-176, 2010. p. 115.

2 O sentido e o alcance da expressão “monopólio” sob o ponto de vista jurídico não coincidem com o conteúdo do termo no campo da economia. A questão será indicada adiante quando for mencionada a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46, por meio da qual a Corte fixou o entendimento de que o termo “monopólio” se aplica à atividade econômica em sentido estrito, ao passo que o privilégio pertence à seara dos serviços públicos, dentro das quais se enquadram as atividades prestadas em regime de exclusividade pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Assim, o setor postal situa-se sob a perspectiva jurídica no âmbito dos serviços públicos.

3 NUSDEO, Fábio. A Constituição econômica: origens, evolução, principiologia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 66, p. 101-117, abr./jun. 2019.

4 Além da proteção da concorrência, os demais princípios norteadores da órbita econômica são a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a defesa do

independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvados os casos de reserva constitucional e os previstos em lei.⁵

A livre-iniciativa privada reflete a liberdade individual no plano do domínio econômico,⁶ e tem como pressuposto a propriedade privada dos meios de produção,⁷ possibilitando a atuação do particular sem embaraços indevidos do Poder Público.⁸

-
- consumidor; a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Dispõe o parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88): “Art. 170. [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.
- 5 A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, estabelece normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, além de disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. Como corolário da liberdade econômica, o inciso III do art. 3º reafirma o direito, em mercados não regulados, de as pessoas estabelecerem o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda. No entanto, prevê, expressamente, que essa prerrogativa não se aplica “à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal”. BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.
 - 6 Segundo Miguel Reale, a livre-iniciativa é “a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meio informa o princípio da livre-iniciativa conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados arts. 1º e 170”. REALE, Miguel. *Medidas provisórias — choque na economia — controle de preços — liberdade empresarial — penalidades e discricionariedade*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 91, p. 68-75, jul./set. 1989.
 - 7 O direito individual à propriedade privada, consagrado no inciso XXII do artigo 5º da CRFB/88, projeta-se no âmbito da atividade empresarial como princípio da ordem econômica, nos termos do inciso II do artigo 170 da CRFB/88. A economia capitalista de livre mercado pressupõe a propriedade privada dos meios ou fatores de produção, que são o trabalho, o capital (físico e financeiro), a terra, a tecnologia e a capacidade empresarial ou empreendedorismo. Ver VASCONCELLOS, Marco Antônio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.
 - 8 Para Floriano de Azevedo Marques Neto, uma vez eleita a liberdade de iniciativa como “princípio vetorial, automaticamente resta a intervenção estatal (direta ou indireta) cingida pelo princípio da subsidiariedade”. Após indicar doutrina no sentido de que não há limitação constitucional *a priori* quando se escolhe quão intensa deve ser a intervenção estatal, inclusive para instituir “monopólios infraconstitucionais”, e considerando, ainda, outros autores que entendem inexistir “prevalência constitucional da livre-iniciativa”, mas sim “autorização ampla e irrestrita para que a intervenção se dê à mercê da decisão política das autoridades legitimadas eleitoralmente”, Marques Neto aponta: “a valorização do trabalho humano não nega o fundamento da livre-iniciativa, e sim reforça (na medida em que a livre-iniciativa é forma para se atingir o pleno emprego

O art. 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) dispõe que, ressalvados os casos previstos na Constituição, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.⁹ Assim, o âmbito da atuação direta do Estado na economia, de iniciativa reservada para a produção e a oferta pública de bens e serviços, complementando a aludida dualidade da execução da atividade econômica, é delimitado de forma explícita pelo texto constitucional,¹⁰ seja por meio do monopólio, seja por intermédio da indicação de determinadas atividades como serviços públicos.¹¹ Em outras palavras, a possibilidade da atuação direta do Estado pressupõe a qualificação da atividade como monopólio estatal ou do serviço como público, além das hipóteses de a atividade ser exercida por imperativo à segurança nacional ou por haver relevante interesse coletivo, consoante disciplina fixada por meio de ato do parlamento.

Nesses termos, a indicação da prevalência da iniciativa privada para a produção de bens e serviços se refere, exclusivamente, às atividades não afetadas constitucionalmente ao Poder Público. A intervenção indireta, por sua vez, encontra seus parâmetros, especialmente, no mencionado art. 170 da CRFB/88.

Sob o ponto de vista jurídico, a partir do aludido paradigma dual de titularidade de iniciativa da atividade econômica, associado às hipóteses nas quais o Estado deve obrigatoriamente exercê-la de forma exclusiva, ou em que pode

— artigo 170, VIII, CF — e mesmo favorecer a valorização do trabalhador)”, daí por que entende que “embora plenamente possível e ensejável de várias formas, a intervenção estatal no domínio econômico encontra limites nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, sem o que estaríamos diante da própria negação do princípio da liberdade de iniciativa”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010. p. 60-61.

9 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

10 A atuação direta do Estado como agente econômico pode ser realizada de forma exclusiva ou não. Quando não há previsão de impossibilidade de transferência da execução da atividade, o Estado pode delegar a empresas estatais ou privadas a execução da atividade por meio de contratos de concessão ou permissão. Nesse sentido, merecem destaque os arts. 21, XI e XII, 175, 176 e 177 da CRFB/88.

11 Consoante o disposto no art. 175 da CRFB/88: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

delegar a sua execução a terceiros (entidades privadas ou públicas),¹² ou a realizar em parceria com o setor privado,¹³ surgem três regimes jurídicos básicos e distintos: (1) o exclusivamente privado, (2) o estritamente público e (3) os modelos mistos ou compartilhados, dos quais desdobram-se inúmeras possibilidades e construções normativas complementares, nas quais se entrelaçam os regimes jurídicos público e privado.

Como dito, essa pluralidade de disciplinas jurídicas decorre também da faculdade conferida ao Poder Público para realizar algumas atividades de seu domínio primário por meio de concessionárias ou permissionárias, não obstante o interesse coletivo subjacente. Nessa hipótese, o Estado realiza o serviço de forma indireta, delegando a execução da prestação a outra pessoa, de direito público ou privado,¹⁴ mantendo, no entanto, a titularidade da atividade.

Assim, ressalvadas as situações excepcionais de monopólio jurídico público, em que o constituinte tenha conferido a exclusividade da atividade de forma direta ao Estado, e não haja previsão de delegação do exercício da atividade, tem se tornado cada vez mais comum, em especial diante da delicada situação financeira em que se encontram os entes federados, a coparticipação pública e privada na realização de atividades econômicas dotadas de interesse coletivo subjacente.

Essa conjugação de esforços, estatais e privados, gera “regimes jurídicos dinâmicos e interdependentes” de diferentes intensidades regulatórias e formas de implementação.¹⁵ Nessas hipóteses, a Constituição abre mão “da divisão herméctica entre domínio público e domínio privado”, e a regulação dá lugar “a uma

12 A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

13 A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

14 A prestadora de serviço público pode ser constituída somente por capital privado, exclusivamente por recursos públicos, como é o caso da empresa pública, ou pela combinação de aportes das duas naturezas, como é o caso da sociedade de economia mista. A Lei nº 13.303/2016 estabelece o estatuto das empresas públicas, das sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

15 MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação e delimitação de regimes jurídicos — caso ‘portos públicos e privados’: acórdãos nºs 402/2013 e 989/2017, TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 44-45.

lógica colaborativa, em que serviços e atividades podem — e, em alguns casos, devem — ser compartilhados entre Estado e agentes privados”.¹⁶

Nesse contexto de complexidades, o estudo do “sistema de preços”¹⁷ se impõe como tema essencial para economistas e juristas, pois reflete o processo de planejamento e decisão social, centralizado ou descentralizado,¹⁸ por meio do qual se comunicam¹⁹ importantes informações, incluindo aquelas necessárias à avaliação do desempenho das entidades submetidas à regulação²⁰ econômica setorial.

-
- 16 “A moderna regulação, prevista entre nós na CF/1988, abdica dessa divisão hermética entre domínio público e domínio privado. Em consequência, reconhece que o mister regulatório não deve mais se resumir à consagração do interesse do Estado-nação. A regulação atual é orientada, isso sim, pela complexidade das relações econômicas modernas, que, de um lado, demandam do Estado a correção de falhas de mercado, mas, por outro lado, o reconhecimento de que a lógica excludente, que arrimava a intervenção direta ou a restrição de determinados setores a agentes de mercado, deve dar lugar a uma lógica colaborativa, em que serviços e atividades podem — e, em alguns casos, devem — ser compartilhados entre Estado e agentes privados.” MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael (orgs.). *Direito portuário brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 337.
- 17 A expressão “sistema de preços” está sendo utilizada aqui em seu sentido *lato*, isto é, incluindo os preços privados e os preços públicos, os quais decorrem da exploração do patrimônio estatal, não se confundindo, portanto, com os tributos, que são exigíveis independentemente da manifestação de vontade do sujeito passivo. Os preços privados, como regra geral, resultam das interações entre a demanda e a oferta nos mercados submetidos à livre concorrência. É muito tênue a linha que separa o conceito de preço público do conceito de taxa de serviço, na medida em que ambos têm um caráter contraprestacional, de remuneração ao Estado pela prestação de serviços públicos. A controvérsia acerca do tema e das possíveis diferenças entre os preços públicos e as tarifas será abordada no início da terceira seção deste capítulo. Para exame do controle estatal sobre os preços privados, ver COSTA, Leonardo de Andrade. Apontamentos sobre a regulação estatal dos preços privados no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 60-72, jan./jul. 2021.
- 18 “Isso não é uma disputa sobre se o planejamento deve ser feito ou não. É uma disputa se o planejamento deve ser feito centralmente, por uma autoridade para todo o sistema econômico, ou se deve ser dividido entre muitos indivíduos. O planejamento no sentido específico em que o termo é usado na controvérsia contemporânea significa necessariamente o planejamento central — direção de todo o sistema econômico de acordo com um plano unificado. A concorrência, por outro lado, significa um planejamento descentralizado por muitas pessoas separadas. O meio termo, sobre o qual muitas pessoas falam, mas que poucos gostam quando o veem, é a delegação de planejamento para indústrias organizadas, ou, em outras palavras, monopólio.” HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 35, n. 4, p. 519-530, set. 1945. Tradução nossa.
- 19 “Devemos olhar para o sistema de preços como um mecanismo de comunicação de informações se quisermos entender sua função real — uma função que, naturalmente, cumpre menos perfeitamente à medida que os preços se tornam mais rígidos.” HAYEK, Friedrich August von. *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 35, n. 4, p. 519-530, set. 1945. Tradução nossa.
- 20 Ruy Pereira Camilo Junior, apesar de apontar problemas no paradigma “estadocêntrico, reducionista, hierárquico e unilateral para a regulação”, indica os riscos de uma concepção muito ampla para o termo, que pode ocasionar “total diluição do conceito no amplo mar da sociologia,

Nessa linha, o exame de diferentes modelos e alternativas para a fixação de tarifas destaca-se como um dos temas centrais da regulação dos serviços públicos e dos setores de infraestrutura, haja vista a inevitável tensão entre os objetivos de universalização e de modicidade tarifária, de um lado, e o custo de oportunidade do investimento necessário à atratividade e à sustentabilidade financeira, sob o ponto de vista do ofertante, de outro.

Assim sendo, a análise quantitativa do que ocorreu nos últimos vinte anos, no que alude aos reajustes e às revisões das tarifas praticadas no setor postal brasileiro, que é operado em regime de exclusividade, quando comparada com a inflação do período, pode ser utilizada como instrumento auxiliar à realização do diagnóstico dos efeitos do controle estatal sobre as atividades dos Correios nas últimas décadas.

Nesse contexto, surgem algumas questões relevantes ao exame da matéria: houve aumento real das tarifas praticadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) nos últimos vinte anos ou apenas atualização monetária dos valores? Ocorreu repasse de possíveis ganhos de eficiência ao consumidor final?

A hipótese inicial é que os reajustes e as revisões foram superiores à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), não tendo havido repasse de ganhos de eficiência aos consumidores finais dos serviços postais, tema a ser detalhado na seção 4 deste capítulo.

A análise aqui realizada vai, porém, além da avaliação dos aspectos quantitativos. Não se pode olvidar que a revolução digital estabeleceu diversas oportunidades e inúmeros desafios em todas as áreas,²¹ aí incluído o serviço postal. Isso ocorreu especialmente quando as novas tecnologias reduziram drasticamente a demanda por determinada atividade, na forma em que era tradicionalmente conduzida, como é o caso das cartas escritas em papel e encaminhadas fisicamente a todos os cantos do mundo. É nesse cenário, da chamada “economia digital”,²² que atualmente se desenvolvem as diversas atividades do setor postal, desde a

da economia e do Direito”, isto é, identificar a “regulação com todo o reino do Direito, governança e controle social”. CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri: Manole, 2018. p. 6-10.

21 Para exame das questões regulatórias conexas ao *geopricing*, ver SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; COSTA, Leonardo de Andrade. O *geopricing* na era da economia digital: a personalização da oferta em face do Código de Defesa do Consumidor. In: CARLI, Ana Alice de; CASTRO, Carla Appollinario de (orgs.). *30 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas e desafios na atualidade*. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2020. p. 231-282.

22 O termo “economia digital” foi introduzido por Don Tapscott. DON, Tapscott. *The Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence*. Nova York: McGraw-Hill, 1995.

coleta e o recebimento, passando pelo processamento, a expedição e o transporte, até a entrega de objetos de correspondência.

Diante do exposto, é natural que surjam outros questionamentos, também essenciais à compreensão do tema: os parâmetros e os pressupostos que ensejaram a concepção do modelo ora existente no setor postal brasileiro se mantêm na atualidade? O regime de exclusividade fixado no art. 9º da Lei nº 6.538/1978 ainda se justifica nos dias de hoje? Ou a revolução digital colocou em xeque os serviços postais universais tradicionalmente titularizados pelo Poder Público, como a carta social e o telegrama, tendo em vista a disponibilidade das novas tecnologias como o e-mail, o WhatsApp e as demais redes sociais?

A hipótese inicial quanto a esse aspecto é de que alguns pressupostos e parâmetros que justificaram e nortearam a construção do atual modelo do setor postal não mais prevalecem nos mesmos termos, e tendem a se modificar ainda mais, levando em consideração a natureza disruptiva das tecnologias da informação e das novas formas de comunicação criadas no final do século XX e cujo uso se aprofundou no início do século XXI.

Importante destacar, de plano, que, de acordo com o citado dispositivo da norma que dispõe sobre os serviços postais no Brasil (Lei nº 6.538/1978), “são exploradas pela União, em regime de monopólio”, as seguintes atividades: 1) recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal e de correspondência agrupada; 2) fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46,²³ que a expressão “monopólio” se aplica à atividade econômica em sentido estrito, ao passo que o privilégio pertence à seara dos serviços públicos, dentro das quais se enquadram as atividades prestadas em regime de exclusividade pela ECT. Com efeito, consoante o disposto no art. 21, X, da Constituição, a União possui competência para “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, não havendo, entretanto, previsão de monopólio relativamente às atividades do setor, ao contrário do que ocorre de forma expressa nas hipóteses previstas no art. 177 da CRFB/88.²⁴

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 46 DF, Plenário. Relator originário: Ministro Marco Aurelio; Ministro Relator para o Acórdão: Eros Grau. Brasília, 5 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2021. Decisão por maioria de votos.

24 Com exceção dos radioisótopos, cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, o constituinte, no inciso XXIII do art. 21 e no inciso V do art. 177 da CRFB/88, reservou a atividade de pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento,

Apesar de situado, sob a perspectiva jurídico-constitucional, no âmbito dos serviços públicos, sob o ponto de vista da realidade econômica, há óbice para que o setor privado realize quaisquer atividades reservadas pela citada Lei nº 6.538/1978, inclusive em razão de possíveis reflexos penais.²⁵ Assim sendo, o estudo de diferentes fases e modelos de precificação do setor postal no país requer, também, o exame da matéria a partir do instrumental analítico aplicável ao monopólio sob a perspectiva econômica.

Considerando, ainda, as circunstâncias históricas que envolvem a matéria, além da indissociável interconexão entre os aspectos econômicos e a disciplina jurídica dos problemas em questão — o que eleva a complexidade do estudo —, este capítulo visa apresentar as diferentes fases em que se aplicaram dois modelos distintos de revisões e reajustes de tarifas praticados no Brasil, além do exame de alguns pressupostos que ensejaram a regulação vigente no país. Sem a pretensão de esgotar o tema, o capítulo está estruturado em cinco seções, dentre as quais esta introdução e as considerações finais.

A segunda seção analisa o impacto da era digital sobre a demanda de serviços postais, além de indicar a crescente relevância do setor para o e-commerce. Por sua vez, a seção três introduz os aspectos econômicos da regulação dos preços das atividades exercidas sob monopólio, em face do impacto da era digital sobre a demanda decrescente das comunicações por meio de cartas. A seção quatro, ao seu turno, discute os diferentes modelos de fixação de tarifas utilizados desde a edição do Plano Real, avaliando o impacto das revisões e dos reajustes em comparação com a inflação nos últimos vinte anos no país. Por fim, são tecidas as considerações finais e indicados os novos desafios a serem enfrentados quanto ao tema.

a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados para serem realizados de forma direta e exclusiva pelo Estado. Estabeleceu, portanto, o monopólio estatal não passível de transferência da execução da atividade sob a forma de concessão ou permissão. Por outro lado, a União pode contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do mesmo art. 177, as quais também constituem monopólio do ente federal, como é o caso da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; da refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; da importação e da exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; do transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país; e, bem assim, do transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

25 Nos termos do art. 42 da Lei nº 6.538/1978, constitui crime por violação do privilégio postal da União “coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas”. É prescrita “a detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa”.

Pelo exposto, trata-se de pesquisa exploratória, não exaustiva, que inclui revisão bibliográfica e estudo de casos e de documentos, além de combinar métodos qualitativo e quantitativo de estudo, na medida em que se pretende realizar análise de preços e tarifas do setor postal, como dito.

2. O impacto da era digital sobre a demanda de serviços postais relacionados às cartas e o setor como etapa relevante do e-commerce

A sociedade, em geral, e os consumidores, em particular, foram crescentemente beneficiados nos últimos vinte anos pelo acesso digital a um novo mundo, incluindo o virtual.²⁶ Atualmente é possível, de modo remoto, reservar passagens aéreas, solicitar um táxi, comprar mercadorias, realizar pagamentos, ouvir música, assistir a um filme ou divertir-se com um jogo eletrônico on-line, por exemplo. Essa realidade nas áreas do comércio de bens e serviços, do trabalho, do ensino e do lazer não existiria sem as novas tecnologias e os avanços proporcionados pela designada “economia digital”. São inquestionáveis os expressivos avanços tecnológicos desde o final do século XX, notadamente na seara das telecomunicações, com a introdução e a massificação da internet²⁷ e das redes sociais, o que impulsionou e sofisticou as formas de interação humana à distância, permitindo múltiplos e novos modos de troca de informações.

Além da maior eficiência na gestão empresarial, a expansão do uso da computação para intermediar as transações²⁸ fez surgirem novos negócios

26 Não se deve confundir a digitalização com a virtualidade. Conforme salienta Pierre Lévy, “digitalização é o fundamento técnico da virtualidade”. “A informação digital (traduzida para 0 e 1) também pode ser qualificada de virtual na medida em que é inacessível enquanto tal ao ser humano. Só podemos tomar conhecimento direto de sua atualização por meio de alguma forma de exibição. Os códigos de computador, ilegíveis para nós, atualizam-se em alguns lugares, agora ou mais tarde, em textos legíveis, imagens visíveis sobre tela ou papel, sons audíveis na atmosfera.” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. Trad. Carlos Irineu Costa. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 46-48.

27 O desenvolvimento da internet é usualmente dividido em duas fases: (1) de 1967 a 1995, chamada de fase militar e acadêmica; (2) de 1995 até os dias atuais, após o início de sua fase comercial. “In 1995, the control of the main research backbone was entrusted to MCI Communications, operating alongside other commercial, academic, and non-profit networks.” ROXANA, Radu. Privatization and Globalization of the Internet. In: _____. *Negotiating Internet Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 75-112.

28 Conforme observa Hal Varian, economista-chefe do Google e autor de diversos livros de microeconomia, “um computador no meio de uma transação pode observar e verificar muitos aspectos de uma transação”. VARIAN, Hal Ronald. Computer Mediated Transactions. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 100, n. 2, p. 1-10, maio 2010. p. 2.

e, bem assim, a telemática, a convergência das telecomunicações com a informática.²⁹

Nesse cenário, proporcionado por inovações tecnológicas, algumas disruptivas,³⁰ constata-se em todas as áreas um acelerado processo de mudanças na forma como se dão as interações humanas. Essas mudanças abrangem as relações pessoais, de trabalho e dos modelos de negócios, tanto os tradicionais — a exemplo da agricultura, da indústria, do comércio físico — como também a criação de plataformas de negócios digitais que proporcionam novas formas de ligações interpessoais e de comunicação, algumas há pouco tempo inexistentes.³¹

Como consequência da aludida corrida para os meios digitais, constata-se, na maioria dos países desenvolvidos, queda substancial na utilização das cartas (comerciais ou não) distribuídas fisicamente,³² modalidade fundante de toda a estrutura construída ao longo de séculos no setor postal, ainda que os volumes continuem significativos.³³ Por outro lado, verifica-se um crescimento

29 “A telemática pode ser conceituada, sucintamente, como comunicação informatizada, ou seja, técnica que trata da comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros. É um ramo do conhecimento cibernético e não deve ser confundida com a informática, pois aquela cuida dos problemas referentes à circulação de informações, o monopólio deste serviço, bem como sua regulamentação legal.” FERRARO, Valkíria Aparecida Lopes et al. A sociedade da informação na economia globalizada: alguns aspectos do direito cibernético. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v. 25, p. 19-28, set. 2004. p. 23.

30 Para críticas em relação ao uso do termo para qualquer tipo de inovação, ver CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, [Boston], dez. 2015. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 16 jul. 2021.

31 Apesar dos inegáveis benefícios, essa nova economia complexa e crescentemente integrada, impulsionada pelas tecnologias digitais, estabelece múltiplos desafios. Sobre as dificuldades no campo fiscal, ver projeto BEPS (disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/>). Acesso em: 15 jul. 2021). Quanto à captura e à venda de dados pessoais, ver estudo das Universidades de Vermont e Adelaide, publicado pela revista *Nature Human Behavior* (disponível em <https://www.uvm.edu/uvnews/news/study-facebook-and-twitter-your-privacy-risk-even-if-you-dont-have-account>). Acesso em: 15 jul. 2021). Em relação à indevida influência em processo eleitoral, destaca-se o caso Cambridge Analytica (disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html>). Acesso em: 15 jul. 2021).

32 “A Tabela 1 ilustra o desenvolvimento de volumes de cartas e encomendas para operadores postais selecionados. A tabela revela reduções importantes de correio de cartas de até 30% em 4 anos.” JAAG, Christian; MOYANO, José Parra; TRINKNER, Urs. Postal Strategies in a Digital Age. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016. p. 103-104. Tradução nossa.

33 “Depois de atingir um pico de cerca de 213 bilhões de unidades em 2006, os Serviços Postais dos EUA (USPS) têm experimentado uma queda ano a ano no volume de correspondências a cada ano desde então; em 2020, esse número caiu para apenas 129,2 bilhões de unidades.

substancial das entregas pelos correios de bens não digitais em decorrência do incremento vertiginoso do e-commerce, conforme revela relatório da Universal Postal Union, de 2019:

De acordo com as estatísticas dos últimos anos, os volumes de cartas diminuíram consideravelmente. Essa tendência negativa, no entanto, desacelerou, e os volumes de encomendas continuaram a crescer. Apesar das novas tecnologias de comunicação, os volumes de correio de cartas continuam a ser significativos, embora pequenos pacotes constituam uma parcela considerável disso. Há um efeito oposto no setor de encomendas, onde tanto o tráfego de encomendas nacionais quanto internacionais tem crescido significativamente com o advento do e-commerce.³⁴

Nessa linha, as transformações ocasionadas pela digitalização atingiram aspectos essenciais da atividade postal, ocasionando mudanças estruturais no setor em todo o mundo, inclusive na União Europeia, onde o volume de cartas continua relevante,³⁵ havendo, entretanto, substancial diluição nessas dos números do e-commerce:

O sistema postal internacional tornou-se principalmente um sistema de distribuição de produtos internacionais de e-commerce. Os principais players da cadeia de entrega são operadores designados, bem como

Incluídos nos números acima estão todos os tipos de correspondências entregues pelo USPS: correio tradicional, materiais de marketing, periódicos e o envio de pacotes. A queda no volume total pode ser atribuída às três primeiras categorias, já que cada uma gerou números cada vez menores de receita. No entanto, a receita gerada com os pacotes de transporte aumentou nos últimos tempos, levando a receita total do USPS a permanecer relativamente estável. Isso tem sido insuficiente para lidar com a queda no volume total, porém, com o USPS relatando perdas líquidas a cada ano por mais de uma década. [...] a tecnologia é a principal culpada tanto pelo declínio nos volumes tradicionais de correios quanto pelo aumento das entregas de encomendas. Por um lado, uma clara e crescente maioria das pessoas nos EUA usa e-mail, reduzindo a necessidade de serviços de correio tradicionais. Por outro lado, a participação das vendas no varejo dos EUA feitas on-line dobrou em apenas uma década, criando maior demanda por serviços de entrega de pacotes." PLACEK, Martin. United States Postal Service's total mail volume from 2004 to 2022. *Statista*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/320234/mail-volume-of-the-usps/>. Acesso em: 21 jul. 2021. Tradução nossa.

34 UNIVERSAL POSTAL UNION. *Postal Reform Guide 2019*. Universal Postal Union, 2018. Disponível em: <https://www.upu.int/UPU/media/upu/files/postalSolutions/developmentCooperation/GuideReformPostalEn.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021. p.17. Tradução nossa.

35 "Em 2019, os correios europeus entregaram aproximadamente 41,3 bilhões de cartas. Nos últimos anos, o tráfego de cartas na Europa vem diminuindo. Por exemplo, os serviços postais europeus entregaram mais de 66 bilhões de cartas em 2014." INTERNATIONAL inbound letter mail traffic in Europe by country 2019. *Statista*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/1142779/domestic-mail-traffic-europe/>. Acesso em: 20 jul. 2021. Tradução nossa.

consolidadores associados que transportam e entregam documentos e pacotes (pequenos pacotes e encomendas) de acordo com as regras estabelecidas pela UPU. A WIK estima que 80% ou mais das remessas de comércio eletrônico distribuídas através do sistema postal internacional são transmitidas como “correio de cartas” (serviço postal internacional para itens que pesam menos de 2 kg) com o restante distribuído via “correio de encomendas” (serviço para itens que pesam até 20 kg ou mais). No post de carta, bens e outros “itens em formato E” (bens e documentos em pacotes) representaram cerca de 58% do volume internacional de postagens de cartas e 86% do peso em 2018.³⁶

No Brasil, conforme dados publicados pela *Folha de S.Paulo*, em reportagem realizada em 2015, o volume de cartas enviadas em 2014 foi o menor em quinze anos, representando uma queda de 60% no número de correspondências se comparado com o ano de 2001:

Dados levantados pelos Correios a pedido da Folha mostram que 2,4 bilhões de cartas foram mandadas no ano passado. O número é cerca de 60% menor do que os 6,1 bilhões enviados em 2001, maior volume desde o ano de 2000 — quando as correspondências passaram a ser organizadas de maneira comparável com a de hoje. De acordo com o critério estabelecido pelos Correios, entraram na categoria ‘cartas’ itens enviados por pessoas físicas (como mensagens manuscritas) e jurídicas (cartões, multas, notificações) mas não telegramas, marketing direto ou o chamado FAC (Franqueamento Autorizado de Cartas), usado para envio de grandes volumes de correspondências comerciais. Também ficaram de fora as encomendas. A queda do número de cartas foi mais intensa entre 2002 e 2003 — em torno de 23%. A partir de 2010, o número passou a orbitar os 2,5 bilhões. Ele nunca havia, contudo, atingido o nível de 2014. A diminuição ocorre mesmo com o crescimento da quantidade de pessoas e empresas.³⁷

Na mesma linha do que ocorre no resto do mundo, percebe-se o crescimento do comércio eletrônico, especialmente em tempos de pandemia, decorrente da disseminação da Covid-19. Estudos revelam que, no Brasil, mesmo para a

36 COMISSÃO EUROPEIA et al. *International Postal Service, Remuneration and Regulation*. [S.l.]: Publications Office, 2021. Tradução nossa.

37 MAGALHÃES, João Carlos. Volume de cartas enviadas em 2014 é o menor em 15 anos. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 fev. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/02/1593060-volume-de-cartas-enviadas-em-2014-e-o-menor-em-15-anos.shtml?cmpid=menupe>. Acesso em: 19 jul. 2021.

chamada classe C, a proporção de compras de consumo por meio virtual subiu de 37% para 64% em 2020, após o início da pandemia:

A pesquisa aponta que 83% dos brasileiros das classes AB fizeram compras pela internet no trimestre da pandemia, mas eles já eram 63% a julgar pela TIC Domicílios de 2018. Nessa mesma comparação, a proporção da classe C fazendo compras on-line passou de 37% para 64%, enquanto nas classes DE disparou de 18% para 44%. Vista como um todo, a compra on-line que há um ano era praticada por 44% dos brasileiros virou realidade para 66%.³⁸

As compras remotas incrementam a relevância da chamada “última milha” (*last mile*), incluindo a participação dos Correios no país:

Necessidades de proteção e conveniência levaram os shoppers a comprarem pelo e-commerce durante a pandemia. De acordo com a GfK, o crescimento do faturamento de 47% na comparação de 2020 com 2019 deveu-se principalmente à questão logística, que se sofisticou e se converteu na primeira razão para comprar on-line, desbancando inclusive o preço.

Os grandes ganhadores dessa corrida foram os operadores de última milha, que tiveram um crescimento de 63% no número de visitas nesse mesmo período, nas informações conseguidas digitalmente pela GfK. No entanto, essa disputa seguirá pela satisfação do shopper e será crescente no futuro próximo, como temos observado nas promessas de redução do tempo de entrega de sites e até dos Correios.³⁹

Diante dessas inquestionáveis mudanças, desde as últimas décadas do século XX, em alguns dos pressupostos que ensejaram o desenvolvimento de atividades fundantes dos serviços postais, é importante examinar, para os objetivos deste capítulo, a regulação dos preços de atividades com procura declinante, embora ainda substantiva, realizadas exclusivamente pelo Estado.

38 GROSSMAN, Luís Osvaldo. Covid-19 aumentou o uso da internet nas classes c, d e e. *Convergência digital*, [S.l.], 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?useractivetemplate=site&useractivetemplate=mobile%252csite&inoid=54528&sid=14>. Acesso em: 20 fev. 2021.

39 Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e a entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal. No webinar intitulado “Os desafios da última milha (*last mile*)” promovido pela FGV EAESP, em 1 de junho de 2021, foi apontada a relevância dos correios como etapa final do processo de entrega de encomendas objeto de compras realizadas por meio do e-commerce no Brasil.

3. Aspectos econômicos da regulação dos preços das atividades exercidas sob monopólio com demanda decrescente

Há dois motivos principais para a existência de monopólio⁴⁰ em determinado mercado,⁴¹ isto é, de um agente único ofertando um produto que não possui substituto próximo. Em outras palavras, existem duas razões, ainda que interligadas em algumas circunstâncias,⁴² que justificam “barreiras à entrada”⁴³ de eventuais novos produtores e impedem a concorrência de forma absoluta: a jurídica e a técnica.

Na “barreira jurídica” aos potenciais competidores, como é o caso da lei, do contrato de franquia (franchise),⁴⁴ de uma patente⁴⁵ ou da garantia da propriedade de matéria-prima essencial de uma linha de produção, o sistema normativo garante ao monopolista a atuação exclusiva⁴⁶ no mercado específico. Ainda que

40 Conforme já indicado, o termo “monopólio” está sendo aqui utilizado em seu sentido econômico. Na linha de preleção de Vasconcellos e Garcia (2006), o mercado de bens e serviços é usualmente segmentado em: (a) concorrência perfeita; (b) concorrência imperfeita ou monopolista; (c) monopólio; e (d) oligopólio. Por sua vez, o mercado de fatores de produção é classificado como: (a) concorrência perfeita; (b) concorrência imperfeita; (c) monopólio; e (d) oligopólio. O mercado pode apresentar, ainda, de modo simultâneo, algumas características de competição e outras de monopólio. Essa estrutura é chamada de competição monopolística. VASCONCELLOS, Marco Antônio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39

41 Saliente-se que “uma empresa pode ser um monopolista local, mas não em nível regional”, razão pela qual o chamado “poder de mercado” é relativo espacialmente. ARAUJO JR., Ari Francisco de.; SHIKIDA, Claudio Djissey. *Microeconomia*. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

42 Argumentos de natureza econômica podem justificar a criação de barreiras jurídicas à entrada de concorrentes, como é o caso do subsídio cruzado, conforme será explicitado adiante.

43 “A razão pela qual existe o monopólio é que outras empresas acham pouco rentável ou impossível entrar no mercado. As barreiras à entrada são, portanto, a fonte de todo o poder monopólio. Se outras empresas pudessem entrar no mercado, não haveria, por definição, um monopólio. Essas barreiras para entrar podem ser classificadas em dois grupos: barreiras legais e barreiras técnicas.” TRIVEDI, Prajapati. *Applied Microeconomics for Public Policy Makers*. Nova Delhi: Indian Institute of Management and Harvard University, 1991. p. 172. Tradução nossa.

44 Nos termos do art. 1º da Lei nº 13.966/2019, o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição, exclusiva ou semiexclusiva, de produtos ou serviços.

45 Dispõe o art. 5º, XXIX, da CRFB/88: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. A Lei nº 9.279/1996 regula a matéria.

46 Em concorrência perfeita, inexistem barreiras à entrada de novos concorrentes, o produtor e o fornecedor não têm a capacidade de estabelecer os seus preços per se, já que cada um é muito

possam gerar futuras distorções alocativas no mercado, os monopólios criados por restrições legais não são necessariamente criações irracionais. Em muitas situações, em que há interesse público na realização de determinada atividade, o Poder Público interessado em propiciar desenvolvimento econômico cria monopólios para estimular que os agentes econômicos privados invistam.⁴⁷

Os chamados subsídios cruzados também podem justificar a existência de monopólio estatal, como ocorreu no setor postal nos Estados Unidos, pelo menos desde o século XIX.⁴⁸ As distintas atratividades econômicas das diversas regiões do país, além das diferentes margens de lucratividade das múltiplas prestações realizadas pelo setor postal (como entrega de cartas, livros e jornais etc.) sem-

pequeno em relação ao mercado como um todo (“mercado atomizado”), não havendo diferencial significativo entre os produtos oferecidos (“produtos homogêneos”), tampouco poder de influenciar as transações de forma significativa. Caso tente aumentar o preço, acima daquele praticado por seus concorrentes, será facilmente substituído, não possuindo poder de mercado para praticar valores superiores àqueles necessários para cobrir os seus custos fixos e variáveis e obter o lucro normal da economia (lucro zero, o qual inclui o custo de oportunidade do capital). Dessa forma, no mercado de concorrência perfeita de bens e serviços, somente a curva de demanda do mercado como um todo será negativamente inclinada (decrecente). A curva de demanda encarada por cada empresa individualmente considerada é constante (uma linha horizontal). Sobre o tema, ver COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à análise econômica do direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia*: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 378-407.

47 Muitos monopólios naturais são qualificados juridicamente como serviços públicos e titularizados pelo Estado, sendo operados por meio de contratos de concessão à iniciativa privada.

48 “Desde o início os Correios foram financiados inteiramente com receitas postais e todas as receitas postais foram gastas no desenvolvimento dos Correios. As perdas incorridas na precificação de alguns serviços abaixo do custo foram compensadas pelas receitas de outros serviços com preços acima do custo. A grande disparidade entre as taxas de postagem de cartas e jornais, em particular, implica um subsídio cruzado substancial em favor dos jornais — e, em menor grau, de outra matéria impressa — especialmente quando enviada a longas distâncias. Altas taxas de cartas também pagaram por perdas incorridas quando diligências foram contratadas para transportar pequenas quantidades de correspondência que poderiam ter sido transportadas pelo ciclista. Geralmente, parece que, pelo menos na década de 1830, havia um subsídio geográfico substancial no trabalho dos serviços postais rentáveis nos estados do Nordeste [*Northeast*] e do Atlântico Médio para o resto da nação. Mais especificamente, foram os destinatários das cartas, principalmente comerciantes do Nordeste, que pagaram os custos desses subsídios postais. Os correios iniciais não eram adequados para a troca de comunicações entre pessoas comuns. A taxa para receber uma carta de uma parte distante do país era tão cara — igual ao custo de transportar um alqueire de trigo — a ponto de estar fora do alcance da maioria dos cidadãos para a maioria das comunicações. Assim, a política postal desanimou a transmissão de cartas mesmo enquanto promovia a distribuição dos jornais.” JR. CAMPBELL, James I. *Postal Monopoly Laws: History and Development of the Monopoly on the Carriage of Mail and the Monopoly on Access to Mailboxes*. [Fairfax]: George Mason University, 2018. Disponível em: https://www.jcampbell.com/docs-campbell/reports/2008_PRC/App_C_Ver_1.00.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021. Tradução nossa.

pre foram apontadas como razões plausíveis à adoção de subsídios cruzados. Nessas hipóteses, a parcela economicamente mais favorecida da atividade financeira parte de outros serviços ou localidades dotadas de menor atratividade. A necessidade de universalização do acesso e de modicidade tarifária, para regiões remotas, por exemplo, pode justificar uma política tarifária com subsídios cruzados.⁴⁹

Ao seu turno, a indicada “barreira técnica” pode existir no caso em que o monopolista dispõe de recursos únicos ou de tecnologia própria, também exclusiva, ainda que não protegida juridicamente, ou a atividade não é lucrativa quando submetida à concorrência, haja vista o tamanho do mercado, a estrutura de custos, o modelo de produção e oferta, além das peculiaridades dos investimentos necessários à sua realização. Nessas hipóteses, usualmente caracterizadas pela existência de “barreira técnica”, o empecilho à entrada de novos competidores pode ser afastado ao longo do tempo, em razão de avanço tecnológico, por exemplo.

Conforme será adiante explicitado, as chamadas “economias de escala” tendem a fazer com que apenas uma empresa deva atuar em um mercado específico, tendo em vista a inviabilidade, ou a irracionalidade econômica, para duplicação de estruturas de oferta. Isto é, se mais de uma empresa dividir o mercado consumidor, pode não haver receita suficiente para cobrir os elevados custos fixos e afundados (*sunk costs*)⁵⁰ e atrair interessados em investir no setor. Nessa linha, configura-se o monopólio “puro” quando a estrutura de custos e de produção é tal que o surgimento do monopólio é natural, daí o termo “monopólio natural”.⁵¹ Não faz sentido econômico, em regra, que diversas empresas distribuidoras de água entrem em competição em um mesmo mercado com seus próprios canos,

49 É essencial, no entanto, realizar uma análise custo-benefício, ainda que por estimativa, para avaliar as perdas incorridas em contraposição aos benefícios decorrentes do modelo de subsídios cruzados.

50 O custo fixo e o custo afundado possuem traços comuns e distinções. Enquanto o primeiro pode ser paralisado, o custo afundado não pode ser alterado ou finalizado. “Custos afundados e custos fixos são dois tipos diferentes de custos. Um custo afundado é sempre um custo fixo porque não pode ser mudado ou alterado. Um custo fixo, no entanto, não é um custo afundado, porque pode ser interrompido, por exemplo, na venda ou devolução de um ativo.” ROSS, Sean. Are All Fixed Costs Considered Sunk Costs? *Investopedia*, [S.l.], 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/ask/answers/042015/are-all-fixed-costs-sunk-costs.asp>. Acesso em: 5 jul. 2021. Tradução nossa.

51 “In certain industries the cost conditions are such that the emergence of monopolies is natural.” TRIVEDI, Prajapati. *Applied Microeconomics for Public Policy Makers*. Nova Delhi: Indian Institute of Management and Harvard University, 1991. p. 173.

tubulações, sistemas de coleta de água, duplicando instalações na mesma área geográfica. O mesmo ocorre com outras atividades que operam em rede, como a coleta de esgoto; a distribuição de gás, luz, telefone fixo; a rede de metrô; a rede de rodovias etc. No entanto, é possível conceber situações nas quais diferentes empresas operem e compitam utilizando uma rede comum, como é o caso, por exemplo, do setor ferroviário, por meio do compartilhamento de infraestrutura ou da desverticalização (*unbundling*).⁵²

A caracterização — ou não — do setor postal como uma espécie de monopólio natural sob o ponto de vista econômico é controvertida. Em 1848, John S. Mill indicou ser necessário evitar a duplicação do esforço dos carteiros pedestres que serviam em Londres:

Como regra geral, as despesas de uma empresa não aumentam proporcionalmente à quantidade de negócios. Tomemos como exemplo, um conjunto de operações que estamos acostumados a ver realizadas por um grande estabelecimento, o dos Correios. Suponhamos que o negócio, digamos apenas do correio de cartas de Londres, em vez de ser centralizado em uma única preocupação, foram divididos entre cinco ou seis empresas concorrentes. Cada um deles seria obrigado a manter um estabelecimento quase tão grande quanto agora é suficiente para o todo. Uma vez que cada um deve providenciar o recebimento e entrega de cartas em todas as partes da cidade, cada um deve enviar cartões para cada rua, e quase todos os bicos, e isso também tantas vezes no dia como é feito agora pelos Correios, se o serviço deve ser tão bem executado. Cada um deve ter um escritório para receber cartas em cada bairro, com todos os arranjos subsidiários para coletar as cartas dos diferentes escritórios e redistribuí-las. Não digo nada do número muito maior de oficiais superiores que seriam obrigados

52 “Os mecanismos regulatórios que auxiliam na promoção da competitividade intramodal no transporte ferroviário podem ser apresentados resumidamente em dois recursos: (i) o de compartilhamento de infraestrutura, que se subdivide entre os modelos de tráfego mútuo e direito de passagem; e (ii) a fragmentação entre prestação de serviço e transporte e gestão da infraestrutura, também denominada desverticalização (ou *unbundling*).” São recursos implementados via regulação estatal, com a missão de estabelecer condições mínimas de concorrência — “considerando que a concorrência é, ao menos em princípio, inapropriada em tais situações, faz-se necessária a introdução de uma ‘mão-visível’ que possa direcionar o mercado para alcançar resultados ótimos por meio da via concorrencial”. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. 20 anos de regulação das concessões ferroviárias e a necessidade de revisão do estoque regulatório. In: DUTRA, Joisa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 115.

a verificar e controlar os subordinados, implicando não apenas um custo maior nos salários de tais oficiais responsáveis, mas a necessidade, talvez, de estar satisfeito em muitos casos com um padrão inferior de qualificação, e assim falhar no objeto.⁵³

Portanto, de acordo com a análise do economista inglês, no século XIX, a atividade dos correios se caracterizava como monopólio natural, por existirem economias de escala e escopo, o que gerava vantagens na concentração dos custos em uma única entidade. No entanto, essa qualificação, nos dias de hoje, com a inexistência de concorrência em algumas atividades do setor postal, é controversa,⁵⁴ além de ser objeto de muitas pesquisas no plano internacional,⁵⁵ considerando as diversas etapas e características do setor, tema que, porém, extrapola o escopo deste capítulo, razão pela qual será objeto de análise futura.

O ponto relevante, para o efeito deste capítulo, é que tanto na hipótese de “barreira jurídica” como na de “barreira técnica” o monopolista possui *poder de mercado* para definir, com algum grau de liberdade, além da forma de produção, um preço superior àquele que seria adotado em um mercado competitivo,⁵⁶ resultando em uma quantidade produzida inferior àquela socialmente desejável.⁵⁷

Como regra geral, considerando essa possibilidade, o Estado intervém, regulando os preços. Para compreensão das diferenças entre os resultados obtidos

53 MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*. Toronto: University of Toronto Press, [1848]. p. 132-133. Tradução nossa.

54 “Mesmo as áreas rurais são atendidas por várias rotas de entrega de jornais, o que demonstra que um serviço de custo extremamente baixo pode ser mantido simplesmente para a entrega de um item diariamente a uma proporção substancial de domicílios. Em suma, nada inerente à tecnologia de condução e caminhada de caminhões justifica a propriedade e o controle do serviço postal do governo ou um monopólio na entrega de cartas.” SIDAK, J. Gregory; SPULBER, Daniel F. *Protecting Competition from the Postal Monopoly*. Washington: The AEI Press, 1996. p. 50. Tradução nossa.

55 Ver EL MASRI, Toufic M. Subadditivity and Contestability in the Postal Sector: Theory and Evidence. *Working Paper Series in Economics*, Lüneburg, n. 195, p. 1-34, fev. 2011. Disponível em: www.leuphana.de/institute/ivwl/publikationen/working-papers.html. Acesso em: 17 jul. 2021 e PANZAR, John C.; WATERSON, Michael. Is Postal Service a Natural Monopoly? In: CREW, Michael A.; KLEINDORFER, Paul R. (orgs.). *Competition and Innovation in Postal Services*. Springer: Boston, 1991. p. 219-231.

56 Saliente-se, no entanto, que o monopolista, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não pode cobrar qualquer preço, pois as restrições orçamentárias dos consumidores impõem limites ao exercício do seu poder de mercado, tampouco há garantia de lucro em qualquer circunstância, haja vista a tecnologia disponível e os custos fixos e variáveis incorridos.

57 Ressalvada a hipótese de regulação estatal específica voltada ao atendimento dos interesses dos consumidores.

por uma empresa monopolista com ou sem regulação dos preços praticados, e o impacto da queda de demanda sobre os bens e serviços ofertados, como é o citado caso das cartas, é importante identificar as distinções conceituais entre os custos fixo, variável, marginal e médio. Com efeito, conforme será examinado na próxima seção, a regulação de preços de entrega de cartas no Brasil, após 2010, tenta mimetizar, para o setor postal, o modelo de preço-teto (*Price Cap Regulation* — PCR), usualmente aplicado às tarifas das citadas prestadoras de serviços públicos tradicionais (energia, telecomunicações, água, esgoto etc.), apesar de não existir propriamente um contrato de concessão para fundamentar a realização da atividade dos correios. Dessa forma, é necessário apresentar a lógica subjacente à regulação de preços em situação de monopólio natural para compreensão dos efeitos da queda de demanda por atividade submetida a controle de preço estatal.

No caso de monopólio natural, a inviabilidade de concorrência decorre dos altos custos fixos e dos elevados custos afundados (*sunk costs*), além da dimensão do mercado considerado e da tecnologia em dado momento do tempo, a qual inviabiliza a duplicação das estruturas de oferta e, por conseguinte, a competição. Como dito, nesse caso a “tecnologia de produção é caracterizada por economias de escala e escopo, fazendo com que a curva de custo seja *subaditiva* ou exiba *subaditividade*”.⁵⁸

Com efeito, presente a mencionada economia de escala, o custo médio de produção cai à medida que a produção aumenta, pois os elevados custos fixos são diluídos por maior número de unidades produzidas, o que depende, também, consequentemente, do tamanho relativo do mercado. Nesse caso, a eficiência produtiva é tão maior com a produção com uma empresa do que com diversas empresas, o que inviabiliza um mercado que não seja monopolista. Por sua vez, na hipótese de múltiplos produtos, pode-se fazer presente também a indicada economia de escopo, haja vista a possibilidade de os custos comuns serem partilhados e racionalizados entre diferentes linhas de produção, reduzindo o custo médio de todos. Ao seu turno, a citada subaditividade se caracteriza pelo fato de o custo total de apenas uma empresa produzindo as quantidades necessárias para atender a demanda ser menor do que seria o valor total dos gastos incorridos no caso de duas ou mais empresas atuando na mesma atividade, haja vista a sinergia criada com a concentração de funções.

58 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 267-268.

Nessas hipóteses, o ofertante estabelece o modo de produção e a quantidade produzida, mas o Estado, em regra, intervém, fixando o preço a ser praticado. Surgem então alguns desafios significativos para o regulador. O primeiro, e mais relevante, é identificar o modelo de precificação, de forma a maximizar o bem-estar social, sem que o ofertante tenha prejuízos.⁵⁹ Isto é, o regulador deve ter como objetivo atender aos anseios do consumidor, especialmente a universalização dos serviços e a modicidade tarifária, ao mesmo tempo que estimula a atratividade dos investimentos no setor, permitindo a sustentabilidade financeira e a continuidade da atividade econômica.⁶⁰

Conforme salientam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005),⁶¹ o bem-estar social na hipótese é maximizado quando o preço se iguala ao custo marginal. Com efeito, o maior benefício social possível de qualquer atividade econômica, exercida sob qualquer estrutura de mercado (concorrência perfeita, monopólio, oligopólio ou concorrência monopolística), é obtido quando a receita auferida pela última unidade produzida ou vendida (chamada de receita marginal)⁶² se iguala ao custo necessário à sua disponibilização (designado de custo marginal).⁶³ Isso porque, enquanto a receita advinda da unidade adicional superar os custos acrescidos em razão da sua oferta, vale a pena para a sociedade aumentar a quantidade oferecida ao mercado consumidor. Por outro lado, se o custo marginal supera a receita da unidade adicional, é melhor não aumentar a oferta, pois o ganho social será reduzido. Em um contexto de concorrência perfeita, em especial, “a decisão ótima da empresa é produzir/vender a quan-

59 Sobre o tema, ver PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 267-268.

60 A expressão “atividade econômica” aqui está sendo utilizada em seu sentido *lato*, por alcançar também os serviços públicos, de titularidade do poder público, delegados ou não.

61 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 267-268.

62 A diferença fundamental entre os mercados de concorrência perfeita e o monopólio é que a receita marginal na primeira hipótese é constante, ou seja, as unidades adicionais podem ser vendidas por um preço sempre igual (a curva de demanda encarada por cada empresa individualmente considerada é constante — uma linha horizontal igual ao preço). Por sua vez, no monopólio, o ofertante, para vender a unidade adicional, tem que reduzir o preço de todas as unidades, em face das dificuldades de discriminar preços, razão pela qual a sua receita marginal é decrescente quando se comparam diferentes volumes de vendas.

63 “The most important thing to note at the outset is that the profit-maximizing producers under each of these market structures use the same basic approach. They will produce each successive unit of output so long as it adds more to their total revenue than it does to their total costs. In technical language, the firms in these markets will produce up to that output at which marginal revenue equals marginal cost.” TRIVEDI, Prajapati. *Applied Microeconomics for Public Policy Makers*. Nova Delhi: Indian Institute of Management and Harvard University, 1991. p. 171.

tidade onde receita marginal iguala o custo marginal; neste ponto, é certo que seu lucro será o máximo que ela conseguirá gerar”,⁶⁴ ou, na hipótese de prejuízo (quando a receita total for inferior aos custos totais), esse será minimizado.⁶⁵

A especificidade na hipótese do monopólio natural é que, além de sua receita marginal ser decrescente, ao contrário do que ocorre com a concorrência perfeita, o seu custo marginal pode ser “menor que o custo médio”⁶⁶ de produção. Com efeito, o monopolista não regulado pode fixar um preço maior e produzir uma quantidade menor do que aquela que seria adotada em um mercado competitivo. De outro lado, caso o regulador opte por fixar o preço do monopolista nessa circunstância em igual valor ao custo marginal (emulando a situação do mercado em concorrência) para atender aos consumidores e obter o maior excedente total sob o ponto de vista social (maximização do bem-estar-social), o Estado causará prejuízo ao ofertante, tendo em vista que o preço não será suficiente para cobrir o mencionado custo médio de produção.

Nesse contexto, o Poder Público, quando decide obrigar o monopolista a praticar um preço menor, deve escolher entre subsidiá-lo, em montante equivalente à perda imposta (anulando o prejuízo), o que requer informações precisas e uma fonte de financiamento (pela criação de um tributo, por exemplo), ou “fixar o preço de forma a maximizar o bem-estar social, sujeito à restrição de que a empresa não tenha prejuízo”, igualando o preço ao custo médio, “sempre incluindo neste a remuneração do capital investido”.⁶⁷

Mas o que ocorre quando o regulador fixa o preço nesses termos, e a demanda pelo serviço regulado se retrai drasticamente por fatores exógenos, como a mudança tecnológica, que é exatamente o caso das cartas em papel no setor postal?

64 YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 378-407.

65 “Algumas empresas, por motivos diversos, não conseguem gerar lucros positivos, incorrendo sempre em prejuízos (‘lucros negativos’). Nesses casos, a quantidade onde receita marginal iguala ao custo marginal gerará prejuízo mínimo. Então, continuará sendo o melhor que a empresa pode fazer, e produzir esta quantidade continuará sendo a decisão ótima.” YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 378-407.

66 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 266-268.

67 Idem. p. 267-268.

Na hipótese de retração da própria curva de demanda⁶⁸ (e não apenas da quantidade ao longo da curva de demanda), o custo médio aumenta, por causa de menores ganhos de produtividade provenientes da redução das economias de escala, à medida que a produção/prestação cai, mesmo quando a empresa regulada tem um bom desempenho. Se o preço não subir, o monopolista submetido à regulação de preços não consegue cobrir seus custos, simplesmente em razão da queda da demanda. Assim sendo, percebe-se ser necessário identificar qual o peso relativo da receita obtida com a atividade sob demanda declinante em relação ao total das demais fontes de faturamento do prestador.

O impacto da redução de demanda quando há regulação do tipo preço-teto (*Price Cap Regulation* — PCR) é tema a ser introduzido na parte final da próxima seção.

4. A regulação dos preços públicos de serviços postais prestados sob regime de exclusividade no Brasil

Como já salientado, o modelo de fixação de preços públicos é tema central da regulação dos serviços públicos e dos setores de infraestrutura, tendo em vista a inevitável tensão entre os objetivos de universalização e a modicidade tarifária, de um lado, e o custo de oportunidade do investimento necessário à atividade e à sustentabilidade financeira sob o ponto de vista do ofertante, público ou privado, de outro.

Antes de iniciar a análise específica da matéria, porém, faz-se importante apresentar breves comentários acerca das principais controvérsias relacionadas às distinções entre as taxas, os preços públicos e as tarifas, tendo em vista a possibilidade de diferentes regimes jurídicos.

É muito tênue a linha que separa o conceito de preço público do conceito de taxa de serviço, na medida em que ambos possuem um caráter contraprestacional, remunerando o Estado pela prestação de serviços públicos. Bernardo Ribeiro Moraes apresenta a sua visão sobre o tema da seguinte forma:

68 Para o exame da diferença entre alterações entre a demanda (a curva de demanda) e a quantidade demandada, ver COSTA, Leonardo de Andrade. Uma introdução à análise econômica do direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 378-407.

O essencial para o conhecimento do preço público [...] “é saber a opção política do Poder Público, qual regime jurídico adotado pelo legislador para o custeio da atividade estatal, pois uma mesma atividade pode ser custeada tanto por preço público como por tributo”. Diante do problema nitidamente político, por estar na opção do legislador a escolha do tipo de desinvestimento, o Ministro Victor Nunes Leal salientou, em palavras dignas de relembração: “o problema fundamental não é dizer se é taxa ou não é taxa”, mas, sim, “determinar de que natureza vai ser explorado determinado serviço”.⁶⁹

Assim, segundo Moraes, trata-se de uma opção do legislador.

O Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, editou a Súmula nº 545,⁷⁰ com o seguinte teor: “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Apesar do posicionamento adotado pela Corte Suprema brasileira na referida súmula, ela já tratou de forma diferente o critério da compulsoriedade, conforme se extrai do excerto do voto proferido pelo ministro Victor Nunes, ao julgar os embargos no Recurso Extraordinário nº 54.194:

[...] o critério da obrigatoriedade é absolutamente ineficiente para caracterização do tributo. [...] No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência. [...] A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a taxa de água e esgoto não está vinculada a uso ou não uso do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária, segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e esgoto. [...] O que se discute é precisamente isso: saber quando um pagamento obrigatório é taxa ou não é taxa. Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas.⁷¹

69 MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 310.

70 Todos os acórdãos que ensejaram a edição da citada Súmula nº 545 dizem respeito ao pagamento em razão do fornecimento de água.

71 BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. *RE 54.194 ED*. Pleno. Relator: Ministro Hermes Lima. Julgamento em 25 de março de 1965. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

Em verdade, o aludido critério é alvo de críticas, persistindo, assim, a busca por um critério científico suficientemente preciso e objetivo que possa distinguir os dois institutos sob exame, isto é, a diferença entre as taxas e os preços públicos. Assim, para demonstrar a árdua tarefa e os inúmeros enfoques possíveis, Regis Fernandes de Oliveira⁷² consolida as diversas conclusões alcançadas por autores que dissertaram sobre o tema, nos seguintes termos:

Alcides Jorge Costa esclarece, de lege ferenda, que deveriam “excluir-se do campo das taxas os serviços denominados industriais, como, p. ex., o fornecimento de água, correios e telégrafos” (‘Taxa e preço Público’, Caderno 10/5), mas reconhece a dificuldade no tratamento do tema. Américo Lourenço Masset Lacombe é taxativo: “sempre que o Estado exige uma prestação como decorrência de um serviço público prestado ou posto à disposição do obrigado, estaremos diante de uma taxa” (idem, p. 15). No mesmo sentido a posição de Aurélio Pitanga Seixas Filho (idem, p. 28), distinguindo a taxa e [o] preço em razão do regime jurídico. Carlos da Rocha Guimarães busca no serviço o critério distintivo (idem, p. 42). Edvaldo Brito sustenta tratar-se de taxa sempre que se destinar, a atividade do Estado, para custear função pública, seja qual for o instrumento utilizado (idem, p. 77). Gilberto de Ulhôa Canto calca seu critério de enfoque da matéria sob o ângulo da ‘natureza das atividades, sob o prisma da inerência às funções do Estado’ (idem, p. 90). Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco alteram, ligeiramente, sua posição anterior, admitindo que o legislador possa disciplinar o serviço, à sua maneira, mas afirmando que, se o fizer, entendendo-o como serviço público, a remuneração será taxa (idem, pp. 124 e 125).

Hugo de Brito Machado afirma que não é razoável admitir que o Poder Público preste, diretamente, serviços remunerados mediante preço (idem, p. 149). Ives Gandra da Silva Martins firma suas conclusões em admitir relação de subordinação e falta de alternativa da utilização, por parte do usuário, do serviço público (idem, p. 178). José Eduardo Soares de Melo esclarece que as taxas remuneram serviços públicos previstos constitucionalmente, enquanto os preços remuneram os serviços prestados sob regime de direito privado

Acesso em: 21 ago. 2021. Decisão por maioria. Ementa: “Embargos. Taxa de água e de saneamento. Questão de inconstitucionalidade da taxa, pois alegava-se que não havia lei que a autorizava, segundo o art. 141, § 34 da Constituição. O Tribunal recebeu os embargos, visto não se ter alcançado o quórum para declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado”.

72 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 104-105.

(idem, p. 201). Sacha Calmon Navarro Coelho submete a taxa aos princípios da anterioridade e legalidade, enquanto os preços públicos podem ser fixados e cobrados compulsoriamente, caindo por terra a falácia de que são sempre definidos pelo mercado (idem, p. 223). Toshio Mukai fala na função essencial do Poder Público para identificar a taxa (idem, p. 247). Wagner Balera coloca o problema no provir à taxa de lei e o preço de acordo de vontades (idem, p. 267). Yves José Miranda Guimarães afirma que o preço público tem em vista o regime jurídico público, equivalente a tributo (idem, p. 317). Zelmo Denari afirma que as taxas são tributos vinculados à atuação estatal, enquanto os preços são receitas expressivas de serviços prestados por entidades governamentais ou concessionárias de serviço (idem, p. 346).

A preocupação quanto à necessidade de distinção entre os institutos é pertinente, pois, ao denominar-se de “preço público” o que, na realidade, é “taxa”, institui-se “novo tributo”, desrespeitando-se o regime constitucional tributário próprio da exação.

Não obstante o exposto, o critério distintivo da compulsoriedade/voluntariedade foi retomado em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal definiu a contraprestação paga pelo fornecimento de energia elétrica como um preço público.⁷³

Na mesma linha, já em 2014, o STF, no julgamento da ADI 800/RS,⁷⁴ em decisão plenária proferida por unanimidade de votos, consignou que o “pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias conservadas pelo Poder Público, cuja cobrança está autorizada pelo inciso V, parte final, do art. 150 da Constituição de 1988, não tem natureza jurídica de taxa, mas sim de preço público”.

Em seu voto, o ministro relator destacou que o critério da compulsoriedade vem sendo utilizado historicamente pela Corte Suprema para definir a questão, ressaltando, inclusive, que esse foi o parâmetro para determinar que o fornecimento

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 541.511/RS*. Tributário. Energia elétrica. Encargos criados pela Lei 10.438/02. Natureza jurídica correspondente a preço público ou tarifa. Inaplicabilidade do regime tributário. Ausência de compulsoriedade na fruição dos serviços. Receita originária e privada destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas integrantes do sistema interligado nacional. Re improvido. [...] Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 abr. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88246/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 800/RS*. Tributário e constitucional. Pedágio. Natureza jurídica de preço público. Decreto 34.417/92, do Estado do Rio Grande do Sul. Constitucionalidade. [...] Relator: Min. Teori Zavascki, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur269184/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

de água é um serviço remunerado por preço público.⁷⁵ A partir dessa linha de inteligência, apontou que o enquadramento da cobrança como espécie, como tributária (taxa) ou como preço público, depende do preenchimento ou não dos requisitos previstos no art. 3º do Código Tributário Nacional,⁷⁶ o qual estabelece o conceito de tributo a partir de seis elementos, entre eles a compulsoriedade. O relator da ADI 800/RS também indicou a mudança de entendimento tradicional do STF no que alude à existência ou não de via alternativa para caracterização da compulsoriedade, relativamente ao pedágio:

E, a despeito dos debates na doutrina e na jurisprudência, é irrelevante também, para a definição da natureza jurídica do pedágio, a existência ou não de via alternativa gratuita para o usuário trafegar. Essa condição não está estabelecida na Constituição. É certo que a cobrança de pedágio pode importar, indiretamente, em forma de limitar o tráfego de pessoas. Todavia, essa mesma restrição, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem. Consciente dessa realidade, a Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança possa eventualmente acarretar. Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio não é uma exigência constitucional. Ela, ademais, não está sequer prevista em lei ordinária. A Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, nunca impôs tal exigência. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, § 1º (alterado pela Lei 9.648/98), “a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário”.⁷⁷

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 201.630/DF*. Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade. Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criado para fins de redução de consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo. [...] Relator: Min. Ellen Gracie, 11 jun. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17224/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

76 Dispõe o artigo 3º do Código Tributário Nacional que tributo é toda (1) prestação pecuniária (2) compulsória, em (3) moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que (4) não constitua sanção de ato ilícito, (5) instituída em lei e (6) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 800/RS*. Tributário e constitucional. Pedágio. Natureza jurídica de preço público. Decreto 34.417/92,

Além de afastar o tradicional requisito da via alternativa, o voto, que foi acolhido pela unanimidade do Plenário da Corte, enquadró o pedágio como espécie de tarifa. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem tratado os dois institutos (preço público e tarifa)⁷⁸ como sinônimos também em outros julgados quanto a temas variados,⁷⁹ inclusive no que alude aos serviços prestados pelos Correios.⁸⁰

Da mesma forma, um número expressivo de autores aponta o sentido da intercambialidade dos termos “preço público” e “tarifa”. Esse é o caso, por exemplo, de Alexandre Aragão, ao indicar que toda a disciplina do art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e dos artigos 9º a 13 da Lei nº 8.987/1995, “sobre a remuneração da concessionária

do Estado do Rio Grande do Sul. Constitucionalidade. [...] Relator: Min. Teori Zavascki, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur269184/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

- 78** A CRFB/88 utiliza o termo “tarifa” ou “política tarifária” em três ocasiões. No inciso I do § 2º do art. 43, estabelece que os “incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei [...] igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público”. Por sua vez, no § 3º do art. 150, ao tratar das chamadas imunidades recíprocas, que afasta a tributação sobre o patrimônio e renda entre os entes políticos, afasta a intributabilidade em relação ao “patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”. Por fim, no inciso III do parágrafo único do art. 175, prescreve que a lei disporá sobre a “política tarifária”.
- 79** No bojo da ADI 2415/SP, também se utilizou os dois termos como sinônimos, quando se decidiu sobre as atividades notariais: “Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2415/SP*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimentos n. 747/2000 e 750/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que reorganizaram os serviços notariais e de registro, mediante acumulação, desacumulação, extinção e criação de unidades. [...] Relator: Min. Ayres Britto, 22 set. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur204198/false>. Acesso em: 21 ago. 2021. Da mesma forma, ao decidir acerca dos encargos adicionais do setor elétrico, o RE 828.609/PE registra: “Encargos adicionais à tarifa de energia elétrica. Recomposição tarifária extraordinária. Lei nº 10.438/02. Natureza jurídica de preço público ou tarifa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 828.609/PE*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Encargos adicionais à tarifa de energia elétrica. Recomposição tarifária extraordinária. Lei nº 10.438/02. Natureza jurídica de preço público ou tarifa. [...] Relator: Min. Dias Toffoli, 15 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340268/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- 80** BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 594.116/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Direito tributário. Direito processual civil. Taxa judiciária. Preparo recursal. Porte de remessa e retorno. Isenção. Inss. Justiça estadual. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 3 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344196/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

se refere ao pagamento pelo usuário de tarifas”, que é “conceito fungível com o de preço público e distinto do de taxa: enquanto aquela é de natureza contratual e conseqüentemente voluntária, essa é imposta diretamente pela lei e é obrigatória”.⁸¹

Na mesma toada, sustenta Eduardo Jardim, ao indicar que a tarifa é:

expressão sinônima de preço público, ou seja, representa a remuneração de serviço público prestado sob regime de direito privado. Distingue-se do regime jurídico tipificador do tributo, já em sua gênese, porquanto o seu nascimento pressupõe um acordo de vontades, ao contrário, portanto, do tributo, em que a vontade não exprime elemento formador do vínculo obrigacional.⁸²

Assim, nessa linha de inteligência, também adotada por Geraldo Ataliba,⁸³ é possível referir-se indistintamente à tarifa de serviço público ou ao preço de serviço público. Da mesma forma, no Recurso Extraordinário nº 594.116, especificamente em relação aos Correios, como dito, o STF decidiu que “[o] porte de remessa e retorno é típica despesa de um serviço postal, prestado por empresa pública monopolística e, assim, remunerado mediante tarifas ou preço público”.⁸⁴

Sobre as aludidas dificuldades para distinção entre a taxa e a tarifa,⁸⁵ Ricardo Lobo Torres esclarece:

81 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 411.

82 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Dicionário de direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 395.

83 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 145.

84 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 594.116/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Direito tributário. Direito processual civil. Taxa judiciária. Preparo recursal. Porte de remessa e retorno. Isenção. Inss. Justiça estadual. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 3 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344196/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.

85 Existem ainda duas outras possibilidades, ou correntes doutrinárias, quanto às possíveis distinções entre tarifas e preços públicos. Aquelas estão previstas no art. 175, parágrafo único, III, da CRFB/88, dispositivo que estabelece que as concessionárias e permissionárias de serviços públicos poderão cobrar tarifas, para explorar economicamente o serviço público delegado pelo Estado. Assim, é possível argumentar que a tarifa é a cobrança realizada por particulares, quando prestam serviços públicos por delegação do Estado. Isto é, a tarifa, por essa linha de raciocínio, somente seria cobrada quando uma atividade pública é prestada por particulares. Por essa razão, é que a atividade submetida à remuneração por meio de tarifa pode sofrer restrições à livre concorrência, sendo facultado ao Poder Público intervir na determinação do valor a ser exigido, haja vista o interesse coletivo presente. Para essa corrente, o preço público

A distinção entre preço público e taxa é um dos assuntos mais tormentosos do Direito Constitucional Tributário. Entre os dois ingressos há uma identidade básica material, qual seja a de que ambos são devidos pela prestação de serviços públicos divisíveis. As diferenças, de ordem valorativa, são apreendidas de modo diverso pelos juristas, conforme a posição teórica a que se filiam. Os positivistas apegados ao comando da lei recusam, de um modo geral, a diferença, sucumbindo à falácia da distinção ao alvedrio do legislador. [...] Mas a verdade é que a distinção, embora difícil, encontra sólidos fundamentos jurídicos, pois se baseia no grau de proteção dos direitos fundamentais e no próprio papel do Estado Democrático de Direito. [...] Há também inúmeros serviços que, com o caminhar da História, deixaram de proteger os direitos fundamentais para se relacionar com os econômicos. O serviço postal, por exemplo, era remunerado através de taxa, porque tinha objetivo principal de garantir a inviolabilidade da correspondência e a liberdade de comunicação; hoje é remunerado por tarifa, pois já se chegou à conclusão de que é um serviço público que deve ser gerido com eficiência, rapidez e segurança requerido pela vida econômica moderna, pouco ou nada tendo a ver com direitos da liberdade.⁸⁶

Nesses termos, além de apontar o grau de proteção de direitos fundamentais envolvidos como critério distintivo, Ricardo Lobo Torres destaca a evolução e a mutação do que ocorre no enquadramento jurídico da cobrança em razão das mudanças históricas, além de indicar que o serviço postal é atualmente remunerado por meio de tarifa.

Pelo exposto, os termos “preço público” e “tarifa” serão utilizados a seguir como sinônimos, apesar de possíveis visões alternativas quanto ao tema, como visto.

A Lei nº 9.609,⁸⁷ de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional e os critérios para conversão das obrigações para

somente é aplicável quando o próprio Estado presta o serviço público. Nesses termos, não seria possível falar em delegação, e, por conseguinte, em tarifa, na hipótese que o Estado cria uma pessoa jurídica para prestar o serviço público ou explorar a atividade econômica. Por fim, também é possível sustentar que o preço público possui um sentido *lato*, abarcando as tarifas e os preços públicos em sentido estrito.

86 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 4, p. 440-442.

87 A lei é fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.027, de 20 de junho de 1995. A Medida Provisória originária do Plano Real é a de nº 542, de 30 de junho de 1994. Dispõe o art. 70 da Lei nº 9609/95: “A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos

a moeda até hoje em vigor no país (o real), estabelece que o reajuste e a revisão de tarifas e preços de serviços públicos, a partir de 1º de julho de 1994, devem ser realizadas anualmente, conforme “atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda”.

Até hoje, desde o Plano Real, podem ser identificados dois modelos distintos de precificação a disciplinar os preços e as tarifas dos serviços postais submetidos à reserva de mercado, os quais estão distribuídos em quatro fases.

O primeiro modelo vigeu antes da edição da Portaria MF nº 244/2010, segundo o qual o “reajuste das tarifas era calculado com critérios definidos pela própria ECT e submetidos ao Ministério das Comunicações”.⁸⁸ Após a edição da citada portaria, e até o presente momento, vige o modelo de teto de preços para os serviços postais prestados em regime de exclusividade, com pequenas variações ao longo do tempo.

As citadas quatro fases são distribuídas nos seguintes termos: (A) de 30 de junho de 1994 até 28 de março de 2010, período em que foram editadas diversas portarias ministeriais,⁸⁹ sem que tivesse sido publicado ato específico

e das tarifas de serviços públicos far-se-ão: I — conforme atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda; e II — anualmente. § 1º O Poder Executivo poderá reduzir o prazo previsto no inciso II deste artigo. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, à fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, reajustes e revisões de que trata a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993”.

88 Após análise da matéria, o ministério ao qual se vinculava a ECT submetia o pleito ao Ministério da Fazenda, considerando o disposto no citado art. 70 da Lei nº 9.609/95. “A solicitação da ECT era, então, analisada pelo referido Ministério e, caso fosse aprovada, era enviada ao Ministério da Fazenda para análise. Também não havia norma disciplinando a revisão tarifária das tarifas postais de monopólio.” BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nota Técnica n. 16, de 4 de dezembro de 2015. Relator: Marcelo de Matos Ramos. [s.n.], Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrencia/2015/nt-166_2015.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

89 Após a edição da Portaria Interministerial nº 239, de 27 de abril de 1994, dos Ministérios da Fazenda e das Comunicações, para disciplinar os valores tarifários básicos para os serviços postais e telegráficos em Unidades Real de Valor (URV), foram publicados diversos atos conjuntos e, também, de cada uma das pastas ministeriais para disciplina da matéria. A Portaria Interministerial nº 240, de 27 de abril de 1994, dos Ministérios da Fazenda e das Comunicações, por exemplo, foi editada com fundamento no art. 33 da Medida Provisória nº 457, de 29 de março de 1994, que estabelece: “Os preços públicos e as tarifas de serviços públicos poderão ser convertidos em URV, por média calculada a partir dos últimos quatro meses anteriores à conversão e segundo critérios estabelecidos pelo Ministro da Fazenda. § 1º Os preços públicos e as tarifas dos serviços públicos, que não forem convertidos em URV, serão convertidos em Real, na data da primeira emissão deste, observada a média e os critérios fixados no *caput* deste artigo. § 2º Enquanto não emitido o Real, na forma prevista nesta medida provisória, os preços públicos e tarifas de serviços públicos serão revistos e reajustados conforme critérios fixados pelo Ministro de Estado da Fazenda”.

pelo Ministério da Fazenda fixando parâmetros e regras gerais a serem seguidos pelo Ministério ao qual se vincula a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT);⁹⁰ (B) após 29 de março de 2010 e até 26 de março de 2018, período de vigência da Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 244, de 25 de março de 2010,⁹¹ a qual estabeleceu “normas e critérios para o reajuste e a revisão das tarifas e dos preços públicos praticados pela” ECT “nos serviços postais prestados em regime de monopólio”; (C) de 27 de março de 2018 até 30 de agosto de 2018, interregno no qual a Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 97, de 26 de março de 2018,⁹² regulou a matéria, mas dentro da qual não foi editado qualquer ato sob seu fundamento de validade; e, por fim, (D) de 31 de agosto de 2018 até hoje, em que vigora a Portaria do Ministério da Fazenda (MF) nº 386, de 30 de agosto de 2018.

Durante esse período, foram editadas 24 portarias do Ministério das Comunicações, com a seguinte distribuição ao longo do tempo, registrada na Tabela 1:

TABELA 1. Quantidade de portarias do Ministério das Comunicações (2010-hoje)

ETAPAS	PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA FIXANDO REGRAS GERAIS	QUANTIDADE DE PORTARIAS DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES	PERCENTUAL EDITADO EM CADA MODELO
A) de 30/06/1994 até 28/03/2010	—	13	54%
B) de 29/03/2010 até 26/03/2018	Portaria MF nº 244/10	7	29%
C) de 27/03/2018 até 30/08/2018	Portaria MF nº 97/18	0	0%
D) de 31/08/2018 até hoje	Portaria MF nº 386/18	4	17%
Total		24	100%

Fonte: elaborado pelo autor.

90 A ECT já esteve vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Para simplificação, será indicado apenas o Ministério das Comunicações, que hoje a supervisiona.

91 A Portaria MF nº 244, de 25 de março de 2010, publicada no Diário Oficial da União em 29 de março de 2010, inaugurou um novo regime jurídico infralegal para o reajuste e a revisão das tarifas e dos preços públicos praticados pela ECT, seguindo mecanismo de teto de preços, também chamado de modelo *Price Cap Regulation* (PCR), o qual será objeto de análise no tópico 4.1 desta seção.

92 A Portaria do Ministério da Fazenda nº 97, de 26 de março de 2018, revogou a Portaria MF nº 244, de 25 de março de 2010.

A partir da identificação de todos os atos do Ministério das Comunicações, foi criada uma base de dados, em meio eletrônico, contendo, de forma individualizada, os valores de cada tipo de serviço realizado pela ECT, para permitir a medição e a comparação de reajustes e revisões das tarifas e dos preços públicos prestados em regime de exclusividade em relação à inflação no país, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).⁹³

O IPCA foi escolhido pois, após a adoção do chamado Índice de Serviços Postais (ISP), pelo art. 3º da citada Portaria MF nº 244/2010, tanto a Portaria MF nº 97/2018 como a Portaria MF nº 386/2018, arts. 3º e 2º, respectivamente, todas editadas pelo Ministério da Fazenda, determinaram que os reajustes das tarifas e dos preços públicos dos serviços postais prestados em regime de exclusividade, em cada ano, deveriam, além de submeter-se a mecanismo de teto de preços, obedecer ao percentual acumulado do IPCA no ano civil anterior, descontado o Fator de Produtividade, conforme definições e metodologia de cálculo constantes no anexo das respectivas portarias.

Antes de apresentar as peculiaridades das diferentes fases já indicadas e a metodologia utilizada para alcançar os resultados das revisões e dos reajustes adotados nos últimos vinte anos, é importante destacar, de forma sintética, as distinções entre o chamado *Cost of Service Regulation* (COS) e o *Price Cap Regulation* (PCR), o que auxiliará na compreensão do que o regulador desejou desde a edição da Portaria do Ministério da Fazenda nº 244, de 25 de março de 2010.

4.1 O *Cost of Service Regulation* (COS) e o *Price Cap Regulation* (PCR)

Os dois principais critérios de fixação de preços públicos (ou tarifas), para tentar impedir que os monopolistas cobrem preços excessivos, são: (1) a regulação por custo do serviço (*Cost of Service Regulation* — COS), também designada de regime regulatório por taxa interna de retorno (*Rate of Return Regulation*

93 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é responsável pelo Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor (SNIPC) por meio do qual é produzido “contínua e sistematicamente o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo — IPCA que tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias. Esta faixa de renda foi criada com o objetivo de garantir uma cobertura de 90% das famílias pertencentes às áreas urbanas de cobertura do Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor — SNIPC”. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo. IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplio.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 4 jul. 2021.

— RRR); e (2) a regulação por meio do preço-teto ou teto de preço (*Price Cap Regulation* — PCR).

De acordo com o COS, ou RRR, o regulado pode cobrar o preço que lhe permita recuperar os seus custos e ganhar uma taxa de retorno considerada justa para os seus investimentos.

Na hipótese de múltiplos produtos e serviços oferecidos, além do desafio de fixar a indicada taxa de retorno justa para a atividade, nas condições específicas do setor, existem dificuldades adicionais para alocação de custos comuns entre as diversas linhas de produção envolvidas.

O professor Stephen Charles Littlechild⁹⁴ foi um dos primeiros a apresentar críticas formais quanto à eficiência e à complexidade do COS, em relatório acerca da regulação dos preços no setor de telecomunicações inglês, endereçado ao Departamento da Indústria de Londres, em 1983.⁹⁵

O problema central desse modelo é que ele não incentiva a redução dos custos e os avanços tecnológicos por parte do ofertante, tendo em vista que os ganhos de produtividade promovidos pela empresa serão repassados e usufruídos pelo consumidor final, por meio da redução das tarifas. Além desse desincentivo para o produtor, suscita supervisão regulatória substancial, a qual é, ao mesmo tempo, dispendiosa e demorada.

Apesar da regulação “por taxa de retorno ou custo do serviço” ser tradicionalmente utilizada no Brasil, salientam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005) que três problemas desse modelo são dignos de nota:⁹⁶ a) a perda de eficiência técnica e dinâmica no setor, considerando que não há incentivos para que a empresa reduza seus custos; b) a dificuldade para o regulador dimensionar corretamente os custos e a demanda do regulado, elementos essenciais para implementação desse modelo regulatório, isto é, problemas relacionados à as-

94 Currículo completo disponível em: https://prabook.com/web/stephen_charles.littlechild/587999. Acesso em: 11. jul. 2021.

95 LITTLECHILD, Stephen C. *Regulation of British Telecommunications' Profitability*. Londres: Department of Trade and Industry, 1983.

96 De acordo com essa sistemática, o ofertante disponibiliza ao regulador a sua planilha de custos diretos e indiretos, além do montante de capital investido, a fim de que seja possível calcular “o custo de capital da empresa, aplicando sobre o valor atualizado de seus ativos uma taxa de retorno ‘justa’, que deve essencialmente refletir a rentabilidade alternativa que a empresa poderia obter caso aplicasse esses recursos em outra atividade com um mesmo nível de risco”, “pré-fixada para todo o período de concessão”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 271.

simetria informacional; e c) “quando, como é típico, a taxa de retorno incidente sobre o capital supera o custo de capital da empresa, esta tende a utilizar mais capital do que o ótimo do ponto de vista da sociedade”.⁹⁷

Na mesma linha, Marcelo Barbosa Saintive e Regina Simões Chacur (2006) apontam cinco dificuldades técnicas não triviais na aplicação do COS (RRR):⁹⁸ a primeira refere-se ao dimensionamento do capital investido, comumente denominado de base de remuneração dos ativos;⁹⁹ a segunda diz respeito ao método adotado para valoração do custo de capital da empresa necessário à determinação da taxa interna de retorno que remunere adequadamente os investimentos realizados pela firma; a terceira é concernente ao problema da assimetria informacional, tendo em vista que somente um apurado conhecimento técnico do processo produtivo do setor regulado e uma contabilidade regulatória eficaz permitem a correta avaliação das despesas operacionais necessárias à determinação dos “custos totais, que devem ser cobertos pela cobrança de tarifas, de forma a satisfazer a condição de lucro zero”;¹⁰⁰ a quarta diz respeito à dificuldade de o regulador estimar corretamente o nível de demanda dos serviços prestados, sob pena de ter que revisar constantemente a taxa interna de retorno do regulado;

97 Ibidem, p. 272.

98 Os autores salientam que não incluíram o “chamado efeito Averch-Johnson (1962). Em poucas palavras, este resultado diz que as firmas reguladas sob o regime mencionado escolheriam ser intensivas em capital vis-à-vis a outros insumos. Isto porque o método, ao permitir que os lucros sejam diretamente proporcionais ao capital investido, induziria as firmas a empregar mais capital do que trabalho, o que seria ineficiente em termos econômicos. Apesar de ser um resultado intuitivo para os setores de infraestrutura, intensivos em capital, pode-se argumentar que se, por um lado, temos má alocação dos recursos utilizados, por outro lado, maior intensidade em capital pode significar a utilização de tecnologias modernas, bem como qualidade e segurança nos bens e serviços fornecidos. Todavia as principais críticas à regulação tarifária pelo custo do serviço ainda são baseadas na análise do efeito Averch-Johnson. Além disso, como veremos mais adiante, o regime de preço-teto, por sua vez, enfrenta os questionamentos acima assinalados”. SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. Brasília: Ministério da Fazenda; Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24FOA728E014F0B03FAE02692>. Acesso em: 11 jul. 2021.

99 “Quais são os ativos que formam a base de cálculo do valor da empresa? Qual o critério para que um ativo seja incorporado, e mais, que este ativo seja definido como útil para prosseguimento das atividades e necessidades de investimento da firma? Percebe-se que cabe ao regulador um alto grau de discricionariedade na admissão dos ativos necessários, bem como há um risco de captura do corpo técnico do órgão.” SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. Brasília: Ministério da Fazenda; Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24FOA728E014F0B03FAE02692>. Acesso em: 11 jul. 2021.

100 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 271.

e por fim, como já salientado, o COS garante uma taxa de retorno interna mínima, razão pela qual não incentiva a eficiência produtiva.

Considerando todos esses aspectos negativos, a principal alternativa, amplamente difundida internacionalmente ao longo dos últimos 40 anos, foi a chamada regulação por meio do preço-teto (*Price Cap Regulation* — PCR).¹⁰¹

Apesar de o objetivo ser semelhante ao da regulação por taxa de retorno (RRR) ou por custo do serviço (COS) — isto é, estabelecer uma tarifa que permita ao ofertante remunerar os seus custos, inclusive o de capital, por uma taxa justa —, no PCR, os parâmetros considerados são os custos e as remunerações futuras (não passada), razão pela qual reduzem-se o citado problema da assimetria informacional e a dependência da higuez da contabilidade do negócio.¹⁰²

No PCR, o regulador estabelece uma tarifa limite (teto) que o prestador de serviço público pode cobrar, podendo esse ser definido com fundamento em vários parâmetros ou fatores, como a flutuação dos preços dos insumos de produção e a inflação de determinado período, e, até mesmo, a eficiência produtiva. O ofertante pode optar por um valor inferior ao preço-teto, havendo maior flexibilidade nesse modelo de precificação, conforme ressaltam Timothy J. Brennan e Michael A. Crew:

A PCR oferece flexibilidade às empresas regulamentadas, pois permite que a cesta de preços da empresa aumente por algum índice refletindo a inflação. Frequentemente, o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) é empregado. Em sua versão mais simples, a variação percentual permitida na cesta de preços ponderada da empresa é a mudança no IPC menos X, onde

101 “O que é a regulação do tipo preço-teto? Uma regulação tipo preço-teto é uma forma de regulação econômica que estabelece um limite nos preços que um prestador de serviços públicos pode cobrar. A regulação tipo preço-teto foi desenvolvida pela primeira vez para a indústria de preservativos no Reino Unido, mas desde então tem sido adotada para uma série de indústrias de serviços públicos em todo o mundo. O limite é definido de acordo com vários fatores econômicos, como um índice de teto de preços, economia de eficiência esperada e inflação. As regulamentações tipo preço-teto contrastam com as regulamentações de retorno e as regulamentações de limite de receita, que são outras formas de controles de preços e lucros usadas para regular os provedores de serviços públicos.” KENTON, Will. *Price-Cap Regulation: Definition, How It Works, and Examples*. *Investopedia*, [S.l.], 19 abr. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/price-cap-regulation.asp>. Acesso em: 13 jul. 2021. Tradução nossa.

102 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 272.

X representa a queda nos preços reais fornecidos aos consumidores sob PCR. Isso é geralmente referido como regulamento “IPC - X”. A empresa é compensada pela inflação, exceto pela dedução predefinida de X. PCR é atraente para os consumidores, pois os preços da empresa diminuem em termos reais. É benéfico para a empresa, pois não tem a despesa de uma audiência de taxa para obter um aumento de preço. Além disso, tem alguma flexibilidade a ponto de poder elevar alguns preços maiores que o IPC - X se ele levanta outros por menos que o IPC - X. 2 Além disso, fornece incentivos para a eficiência interna.¹⁰³

Dessa forma, há dois componentes principais no PCR:

Primeiro uma regra de reajuste dos preços determinados em contrato através de um indexador baseado em algum índice geral de preços, frequentemente um índice de preços ao consumidor, descontado um fator de produtividade (fator X), que corresponderia ao estímulo para redução dos custos operacionais da firma regulada.

Segundo, em períodos pré-fixados, uma revisão tarifária, cuja intenção consiste em determinar e rever o custo de capital das indústrias de serviços públicos bem como os custos operacionais, readequando o nível das tarifas a mudanças mais estruturais que não foram corrigidas pela regra de reajuste.¹⁰⁴

Assim, considerando os previsíveis aumentos dos custos dos insumos, incluindo a inflação, a regulação por meio de preço-teto é introduzida para proteger os consumidores, ao mesmo tempo que garante que a atividade permaneça economicamente sustentável.

As principais críticas em relação ao PCR são:¹⁰⁵ 1) que a empresa tende a ofertar serviços de baixa qualidade, ao tentar reduzir ao máximo seus custos e

103 BRENNAN, Timothy J.; CREW, Michael A. Price Cap Regulation and Declining Demand. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016. p. 4-5. Tradução nossa.

104 SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. Brasília: Ministério da Fazenda; Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B03FAE02692>. Acesso em: 11 jul. 2021.

105 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 274.

elevar a margem de lucro,¹⁰⁶ razão pela qual a regulação por via de preço-teto deve ser acompanhada de rígida previsão de qualidade mínima na prestação dos serviços e fiscalização permanente para aplicação de sanções apropriadas; e 2) que os ganhos de produtividade podem ser apropriados pela empresa, e não pelo consumidor final, se o regulador, por preocupação, para não desestimular os investimentos pelo produtor, for muito conservador ao estabelecer o chamado fator X, o qual, como indicado, corresponde ao estímulo para redução dos custos operacionais da firma regulada.

A origem do modelo é britânica,¹⁰⁷ no contexto do processo de privatização das prestadoras de serviços públicos (*utilities*), em uma tentativa de promover a concorrência, considerando a dificuldade de que ocorra uma passagem direta do monopólio das estatais para o mercado livre. Com efeito, o mecanismo de regulação via preço-teto tem sido apontado como “etapa do processo de privatização, já que a introdução paulatina da concorrência nos setores reformados eliminaria as características de monopólios naturais e tornando, portanto, a regulação desnecessária”,¹⁰⁸ especialmente quando os dados financeiros relevantes necessários à fixação de limites das taxas de retorno não são confiáveis ou obscuros.¹⁰⁹

106 “No sistema de regulação por taxa de retorno, o problema é exatamente o oposto: na tentativa de aumentar a base de remuneração do capital, a empresa pode investir em ativos caros, mas que tragam poucos benefícios para os usuários, como escritórios luxuosos e instalações comerciais e administrativas dispendiosas.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 274.

107 LITTLECHILD, Stephen C. *Regulation of British Telecommunications' Profitability*. Londres: Department of Trade and Industry, 1983.

108 SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. Brasília: Ministério da Fazenda; Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B03FAE02692>. Acesso em: 11 jul. 2021.

109 “A regulação do tipo preço-teto tem vantagens e desvantagens sobre outras formas de regulação de serviços públicos. Em particular, esse modelo de regulação, que fixa limite de preços, pode ser útil no processo de privatização de uma utilidade pública, em que os dados financeiros relevantes necessários para definir os limites de retorno são obscuros ou não confiáveis. A regulação teto de preços foi desenvolvida pela primeira vez no Reino Unido durante a década de 1980. Todas as redes privadas de serviços públicos britânicos são agora obrigadas a aderir à regulamentação do limite de preços. Embora as regulamentações de limite de preços sejam fortemente identificadas com os serviços públicos britânicos, tais políticas foram instituídas em outros lugares, incluindo os Estados Unidos.” KENTON, Will. *Price-Cap Regulation: Definition, How It Works, and Examples*. *Investopedia*, [S.l.], 19 abr. 2021. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/price-cap-regulation.asp>. Acesso em: 13 jul. 2021. Tradução nossa.

4.2 As Portarias MF nº 244/2010, nº 97/2018 e nº 386/2018 do Ministério da Fazenda e os critérios para reajuste e revisão de tarifas e de preços públicos praticados pela ECT para prestação dos serviços em regime de exclusividade

Conforme já salientado, e indicado na citada Nota Técnica nº 166/COGCP/SEAE/MF, de 4 de dezembro de 2015,¹¹⁰ antes da edição da Portaria MF nº 244/2010, o “reajuste das tarifas era calculado com critérios definidos pela própria ECT e submetidos ao Ministério das Comunicações”, o qual, após análise da matéria, submetia o pleito ao Ministério da Fazenda, considerando o disposto no citado art. 70 da Lei nº 9.609/1995.

A mencionada Portaria MF nº 244/2010 inaugurou uma nova fase, ao criar um modelo de teto de preços para os serviços postais prestados em regime de exclusividade, estabelecendo, também, a correção dos valores pelo percentual acumulado do Índice de Serviços Postais (ISP), descontado o Fator de Produtividade, conforme definições e metodologia de cálculo constantes no anexo do ato.¹¹¹ Na realidade, foi uma tentativa de mimetizar, para o setor postal brasileiro, o modelo do preço-teto (*Price Cap Regulation* — PCR).

O limite para o percentual final do reajuste geral era aplicado de forma linear e indistintamente sobre todo o rol de tarifas e preços públicos cobrados pela ECT na prestação dos serviços postais então designados sob regime “de monopólio”.

110 “A solicitação da ECT era, então, analisada pelo referido Ministério e, caso fosse aprovada, era enviada ao Ministério da Fazenda para análise. Também não havia norma disciplinando a revisão tarifária das tarifas postais de monopólio.” BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Nota Técnica n. 16, de 4 de dezembro de 2015. Relator: Marcelo de Matos Ramos. [s.n.], Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/advocacia-da-concorrencia/2015/nt-166_2015.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

111 Dispõe o art. 3º da Portaria: “Os reajustes das tarifas e dos preços públicos dos serviços postais prestados em regime de monopólio adotarão mecanismo de teto de preços e obedecerão ao percentual acumulado do Índice de Serviços Postais (ISP), descontado o Fator de Produtividade, conforme definições e metodologia de cálculo constantes no Anexo desta Portaria. § 1º O valor calculado de acordo com o que dispõe o *caput* constituir-se-á no limite para o percentual final do reajuste geral, que será aplicado linear e indistintamente sobre todo o rol de tarifas e preços públicos cobrados pela ECT na prestação dos serviços postais de monopólio. § 2º Arredondamentos calculados de acordo com o disposto nesta portaria não são considerados para fins do limite de reajuste de que trata o § 1º, nem no cálculo dos reajustes subsequentes. § 3º O Fator de Produtividade, Fator X, será aplicado de maneira simplificada até que Portaria Conjunta do Ministério das Comunicações e do Ministério da Fazenda discipline a matéria. § 4º Constitui parâmetro para a aplicação do reajuste de que trata o *caput* o conteúdo do instrumento assinado pelo Ministro de Estado da Fazenda que tenha autorizado o reajuste de mesma natureza exatamente anterior ou, no que couber, a última revisão dos serviços postais prestados em regime de monopólio pela ECT”.

A Portaria MF nº 244/2010 estabeleceu os valores do indicado Fator X (que é o mecanismo que permite repassar aos consumidores dos serviços postais prestados em regime de monopólio as projeções de ganhos de produtividade da ECT), nos seguintes termos: i) zero, até 31 de dezembro de 2013; e ii) 5% (cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 2014 e até que a matéria fosse novamente disciplinada.¹¹²

Posteriormente, a Portaria MF nº 97, de 26 de março de 2018, que revogou a Portaria MF nº 244/2010, substituiu o citado Índice de Serviços Postais (ISP) pelo Índice de Preços ao Consumidor no Atacado (IPCA) do ano civil anterior, mas manteve o modelo do teto de preço ou preço-teto (PCR) com a aplicação do indicado Fator de Produtividade (Fator X), o qual, no entanto, foi fixado em i) zero, nos reajustes de 2018, 2019 e 2020; e ii) 5% (cinco por cento), a partir do reajuste de 2021 e até que a matéria fosse novamente disciplinada.

Sem que tivesse sido editado qualquer ato sob seu fundamento de validade, a Portaria MF nº 97/2018 foi revogada pela Portaria MF nº 386, de 30 de agosto de 2018, norma que atualmente disciplina a matéria. De acordo com a sistemática vigente, as tarifas são, da mesma forma, corrigidas pelo IPCA do ano civil anterior, tendo sido também adotado o modelo do teto de preço ou preço-teto (*Price Cap Regulation* — PCR), descontado o Fator de Produtividade (Fator X). O resultado, conforme salientado, consubstancia um limite para o percentual final do reajuste geral, que é aplicado linear e indistintamente sobre todo o rol de tarifas e preços públicos cobrados pela ECT na prestação dos serviços postais de exclusividade. O Fator de Produtividade (Fator X) foi mantido em i) zero, nos reajustes de 2018, 2019 e 2020; e ii) 5% (cinco por cento), a partir do reajuste de 2021 e até que a matéria seja novamente disciplinada, consoante o disposto no §3º do art. 2º do ato.

Assim, pode-se concluir que não houve repasse de qualquer ganho de produtividade relativamente aos anos de 2018, 2019 e 2020, sendo necessária a realização de exame específico para verificar se foram, de fato, repassados os ganhos de produtividade de 5% entre 1º de janeiro de 2014 e 9 de novembro

112 Conforme será indicado adiante, é necessária a realização de estudo específico para verificar se foram, de fato, repassados os ganhos de produtividade de 5% entre 1 de janeiro de 2014 e 9 de novembro de 2018, data em que foi publicada a Portaria MCTC nº 5.736, de 8 de novembro de 2018, ato editado sob a égide do modelo estabelecido pela Portaria MF nº 386, de 30 de agosto de 2018.

de 2018, data em que foi publicada a Portaria MCTC nº 5.736, de 8 de novembro de 2018, ato editado sob a égide do modelo estabelecido pela Portaria MF nº 386, de 30 de agosto de 2018.

Ainda, pode-se ratificar que os modelos vigentes desde 29 de março de 2010, com a publicação Portaria MF nº 244/2010, e, posteriormente, com as Portarias MF nº 97/2018 e nº 386/2018, tentam mimetizar, para o setor postal brasileiro, o modelo do preço-teto (PCR), apesar de não existir contrato de concessão para fundamentar a realização da atividade, sendo, talvez, uma tentativa de pavimentar a privatização da ECT.¹¹³

4.3 Os reajustes de tarifas e preços públicos em comparação com a inflação nos últimos vinte anos no Brasil

Nos termos já indicados, a partir da identificação de todos os atos do Ministério das Comunicações, foi criada uma base de dados contendo, de forma individualizada, os valores de cada tipo de serviço realizado pela ECT, o que permitiu a medição e a comparação dos reajustes e das revisões de tarifas e preços públicos prestados em regime de exclusividade nos últimos vinte anos em relação à inflação no país, medida pelo IPCA.

Desde a edição do Plano Real, com início a partir de 1º de julho de 1994, até julho de 2001, o Ministério das Comunicações editou quatro portarias¹¹⁴ sobre o tema, havendo muitas alterações na estrutura tarifária nesse período, o que dificulta a comparabilidade de todos os serviços até o presente. A Portaria MC nº 133, de 18 de abril de 2000, por exemplo, vigente até 11 julho de 2001, previa cinco faixas de pesos (em gramas) para carta não comercial e cartão-postal¹¹⁵ e, da mesma forma, para carta comercial e aerograma nacional.¹¹⁶

A estrutura tarifária dessas duas espécies de serviços postais foi substancialmente alterada após 2001, mantendo-se, posteriormente, estável até 2020. Com efeito, a Portaria MC nº 383, de 11 de julho de 2001, ampliou para onze

113 O Decreto nº 10.674, de 13 de abril de 2021, incluiu a ECT no Programa Nacional de Desestatização.

114 (1) Portaria MC nº 767, de 13 de outubro de 1994; (2) Portaria MC nº 247, de 9 de outubro de 1995; (3) Portaria MC nº 371, de 10 julho de 1997; e (4) Portaria MC nº 133, de 18 de abril de 2000.

115 Até 20; acima de 20 até 50; acima de 50 até 100; acima de 100 até 250; e acima de 250 até 500.

116 Até 20; acima de 20 a 50; acima de 50 a 100; acima de 100 a 150; e acima de 150 a 200.

faixas a estrutura tarifária tanto da carta não comercial e cartão-postal¹¹⁷ como da carta comercial e aerograma nacional.¹¹⁸ Não houve modificação na quantidade de faixas dessas duas espécies de serviços postais até 2020, quando a Portaria MCTC nº 370, de 29 de janeiro de 2020, agrupou ambas em item único, designado carta e aerograma nacional, sistemática mantida pela Portaria MCOM nº 2697, de 25 de maio de 2021.

Aplicando-se a correção pelo IPCA sobre as tarifas fixadas em 2001, pela Portaria MC nº 383, e comparando-se o resultado alcançado com os preços estabelecidos pela citada Portaria MCOM nº 2697/2021, chega-se aos resultados apresentados na Tabela 2 a seguir para cada um dos serviços indicados em cada uma das faixas (1. carta não comercial e cartão-postal; 2. carta comercial e aerograma nacional; 2.1. franqueamento autorizado de cartas — nacional).

Como mostrado, houve aumento para todas as faixas de todos os serviços, sendo o acréscimo mais expressivo para carta não comercial e cartão-postal em suas diversas pesagens (aumento médio de 26,05% acima da inflação do período, medida pelo IPCA), tendo em vista, especialmente, a citada unificação realizada pela Portaria MCTC nº 370, de 29 de janeiro de 2020. Para carta comercial e aerograma nacional, constata-se um aumento médio das tarifas acima de inflação no percentual de 12,83%. Por sua vez, em relação aos valores do franqueamento autorizado de cartas — nacional, verifica-se um aumento médio de 11,14% acima da alta do IPCA no período.

Em relação ao Serviço de Telegrama Nacional, observa-se que os preços, líquidos de impostos e contribuições sociais, que só tiveram sua estrutura tarifária consolidada a partir de 2004, com a Portaria MC nº 374, de 29 de setembro de 2004, também aumentaram acima da inflação do período, no percentual de 11,02% para o pré-pago; de 14,06%, no caso do telefone/fonado; e de 1,57%, no caso de internet.

Considerando todo o exposto, percebe-se que houve aumento real de todas as tarifas praticadas pela ECT nos últimos vinte anos, e não apenas atualização monetária dos valores cobrados.

117 Até 20; acima de 20 até 50; acima de 50 até 100; acima de 100 até 150; acima de 150 até 200; acima de 200 até 250; acima de 250 até 300; acima de 300 até 350; acima de 350 até 400; acima de 400 até 450; acima de 450 até 500.

118 Até 20; acima de 20 a 50; acima de 50 a 100; acima de 100 a 150; acima de 150 a 200; acima de 200 a 250; acima de 250 a 300; acima de 300 a 350; acima de 350 a 400; acima de 400 a 450; acima de 450 a 500.

TABELA 2. Comparação das tarifas praticadas nos últimos vinte anos em face da inflação apurada de acordo com o IPCA

	PORTARIA MC Nº 383, DE 11 DE JULHO DE 2001	VALOR CORRIGIDO PELO IPCA	PORTARIA MCOM Nº 2697, DE 25 DE MAIO DE 2021	AUMENTO EM REAIS (R\$) ACIMA DA CORREÇÃO PELO IPCA NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS	% DE REAJUSTE ACIMA DA INFLAÇÃO MEDIDA PELO IPCA NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS
Data de entrada em vigor	12/07/2001	Site BACEN	31/05/2021		
0. Carta social	R\$ 0,01		R\$ 0,01	R\$ 0,00	0,00%
1. Carta não comercial e cartão-postal					
	VALORES EM R\$	CORREÇÃO IPCA	VALORES EM R\$		
FAIXA DE PESO (EM GRAMAS)					
Até 20	R\$ 0,40	R\$ 1,32	R\$ 2,10	R\$ 0,78	37,14%
Acima de 20 até 50	R\$ 0,60	R\$ 1,99	R\$ 2,95	R\$ 0,96	32,54%
Acima de 50 até 100	R\$ 0,95	R\$ 3,15	R\$ 4,10	R\$ 0,95	23,17%
Acima de 100 até 150	R\$ 1,15	R\$ 3,81	R\$ 5,00	R\$ 1,19	23,80%
Acima de 150 até 200	R\$ 1,30	R\$ 4,30	R\$ 5,90	R\$ 1,60	27,12%
Acima de 200 até 250	R\$ 1,45	R\$ 4,80	R\$ 6,85	R\$ 2,05	29,93%
Acima de 250 até 300	R\$ 1,75	R\$ 5,80	R\$ 7,80	R\$ 2,00	25,64%
Acima de 300 até 350	R\$ 2,00	R\$ 6,62	R\$ 8,70	R\$ 2,08	23,91%
Acima de 350 até 400	R\$ 2,25	R\$ 7,45	R\$ 9,65	R\$ 2,20	22,80%
Acima de 400 até 450	R\$ 2,50	R\$ 8,28	R\$ 10,55	R\$ 2,27	21,52%
Acima de 450 até 500	R\$ 2,80	R\$ 9,27	R\$ 11,45	R\$ 2,18	19,04%
Aumento médio acima da inflação					26,05%

continua

TABELA 2. Comparação das tarifas praticadas nos últimos vinte anos em face da inflação apurada de acordo com o IPCA
(*continuação*)

2. Carta comercial e aerograma nacional				Comercial OU não		
FAIXAS DE PESO (EM GRAMAS)	VALORES EM R\$	CORREÇÃO IPCA	VALORES EM R\$	AUMENTO ACIMA DA CORREÇÃO PELO IPCA	% DE REAJUSTE ACIMA DA INFLAÇÃO	
Até 20 g	R\$ 0,55	R\$ 1,82	R\$ 2,10	R\$ 0,28	13,33%	
Acima de 20 a 50 g	R\$ 0,70	R\$ 2,32	R\$ 2,95	R\$ 0,63	21,36%	
Acima de 50 a 100 g	R\$ 1,20	R\$ 3,97	R\$ 4,10	R\$ 0,13	3,17%	
Acima de 100 a 150 g	R\$ 1,40	R\$ 4,64	R\$ 5,00	R\$ 0,36	7,20%	
Acima de 150 a 200 g	R\$ 1,60	R\$ 5,30	R\$ 5,90	R\$ 0,60	10,17%	
Acima de 200 a 250 g	R\$ 1,75	R\$ 5,80	R\$ 6,85	R\$ 1,05	15,33%	
Acima de 250 a 300 g	R\$ 2,00	R\$ 6,62	R\$ 7,80	R\$ 1,18	15,13%	
Acima de 300 a 350 g	R\$ 2,25	R\$ 7,45	R\$ 8,70	R\$ 1,25	14,37%	
Acima de 350 a 400 g	R\$ 2,50	R\$ 8,28	R\$ 9,65	R\$ 1,37	14,20%	
Acima de 400 a 450 g	R\$ 2,75	R\$ 9,11	R\$ 10,55	R\$ 1,44	13,65%	
Acima de 450 a 500 g	R\$ 3,00	R\$ 9,93	R\$ 11,45	R\$ 1,52	13,28%	
Aumento médio					12,83%	

continua

TABELA 2. Comparação das tarifas praticadas nos últimos vinte anos em face da inflação apurada de acordo com o IPCA
(continuação)

2.1. Franqueamento autorizado de cartas-nacional						
FAIXA DE PESO (EM GRAMAS)	VALORES EM R\$	CORREÇÃO IPCA	VALORES EM R\$	AUMENTO ACIMA DA CORREÇÃO PELO IPCA	% DE REAJUSTE ACIMA DA INFLAÇÃO	
Até 20	R\$ 0,50	R\$ 1,66	R\$ 1,88	R\$ 0,22	11,70%	
Acima de 20 até 50	R\$ 0,63	R\$ 2,09	R\$ 2,58	R\$ 0,49	18,99%	
Acima de 50 até 100	R\$ 1,08	R\$ 3,58	R\$ 3,69	R\$ 0,11	2,98%	
Acima de 100 até 150	R\$ 1,26	R\$ 4,17	R\$ 4,46	R\$ 0,29	6,50%	
Acima de 150 até 200	R\$ 1,44	R\$ 4,77	R\$ 5,20	R\$ 0,43	8,27%	
Acima de 200 até 250	R\$ 1,58	R\$ 5,23	R\$ 6,08	R\$ 0,85	13,98%	
Acima de 250 até 300	R\$ 1,80	R\$ 5,96	R\$ 6,81	R\$ 0,85	12,48%	
Acima de 300 até 350	R\$ 2,03	R\$ 6,72	R\$ 7,69	R\$ 0,97	12,61%	
Acima de 350 até 400	R\$ 2,25	R\$ 7,45	R\$ 8,45	R\$ 1,00	11,83%	
Acima de 400 até 450	R\$ 2,48	R\$ 8,21	R\$ 9,31	R\$ 1,10	11,82%	
Acima de 450 até 500	R\$ 2,70	R\$ 8,94	R\$ 10,09	R\$ 1,15	11,40%	

Fonte: Elaborado pelo autor.

Confirmada a hipótese inicialmente sugerida, de que houve aumento real de todas as tarifas praticadas pela ECT, e não apenas atualização monetária dos valores cobrados, faz-se importante repisar a relevância do impacto da redução de demanda quando há regulação do tipo preço-teto, como é o caso brasileiro desde 2010. Sobre o tema, salientam Timothy Brennan e Michael A. Crew:

A regulação do tipo preço-teto tem vantagens significativas, na forma de induzir empresas regulamentadas a operar de forma eficiente e reduzir os custos de transações de regulação. No entanto, o PCR pode deixar uma empresa regulada incapaz de cobrir os custos quando a demanda cai, porque com as economias de escala os custos unitários aumentam à medida que a produção diminui. Um ajuste na fórmula do teto de preços, baseado na elasticidade do custo médio em relação à produção e à elasticidade da demanda, pode restaurar a solvência de uma empresa regulada por preço. O ajuste proposto ao teto de preços mantém os incentivos para a eficiência interna da PCR, pois, como o ajuste do IPC é exógeno para a empresa. Tudo o que é necessário é provar que o volume caiu, o que é muito diferente do custo de regulação dos serviços, o que requer a comprovação de que os custos aumentaram.¹¹⁹

Assim sendo, o modelo preço-teto possui inquestionáveis vantagens para o aumento de eficiência, como salientado, mas também estabelece desafios quando uma atividade importante do setor regulado sofre queda de demanda, como é o caso das cartas em papel.

Deve-se ressaltar, por outro lado, a necessidade de avaliação específica quanto ao peso relativo das receitas e dos custos dessas atividades, cuja procura é declinante ao longo do tempo, em comparação com as receitas e os custos decorrentes das demais atividades realizadas. O exame é necessário para que se possa identificar se eventuais dificuldades da estatal submetida à regulação do tipo preço-teto têm como causa preponderante outras variáveis relevantes, como a gestão do negócio, os custos com mão de obra¹²⁰ e demais encargos trabalhistas, previdenciários etc.

119 BRENNAN, Timothy J.; CREW, Michael A. Price Cap Regulation and Declining Demand. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016. Tradução nossa.

120 Conforme noticiado em matéria publicada em 19 de agosto de 2021, intitulada “Empregados pedem aumento de 14%, e Correios vão ao TST para evitar greve”, constata-se que as reivindicações inevitavelmente pressionam os custos das atividades do setor postal do país. “Os Correios aproveitaram uma paralisação convocada por trabalhadores da estatal nesta quarta-feira

5. Conclusão

A segurança nacional e o relevante interesse coletivo são razões constitucionais para fundamentar a reserva de determinada atividade ao Poder Público. Por sua vez, sob o ponto de vista econômico, as restrições à concorrência podem ser justificadas, principalmente, pela existência do chamado monopólio natural ou pela necessidade de implementação de subsídios cruzados, que ocorrem, especialmente, em função da necessidade de universalização do acesso e de modicidade tarifária. Entretanto, conforme já ressaltado, é essencial a realização de análise de custo-benefício do subsídio cruzado, ainda que se operacionalize por meio de estimativa, para avaliar as perdas sociais, em contraposição aos benefícios decorrentes do modelo.

A prestação do serviço de entrega de cartas é indicada, em primeiro lugar, na lista de atividades que desaparecerão em breve.¹²¹ Como descrito ao longo do capítulo, alguns dos pressupostos relevantes a fundamentar historicamente a construção do atual modelo do setor postal, com restrições à concorrência e à reserva de serviços de caráter universal para o Estado, não prevalecem nos mesmos termos em plena era digital. Na realidade, tendem a se modificar ainda mais num futuro próximo, tendo em vista a natureza disruptiva das tecnologias da informação e das novas formas de comunicação e interações sociais iniciadas no final do século XX, e aprofundadas no início do século XXI.

Embora o volume de cartas continue relevante em diversos países, provavelmente há diluição dessas nas estatísticas provenientes de entregas de objetos ligados ao e-commerce, razão pela qual a precisão das conclusões depende de novos estudos para se identificar a correta segmentação de cada espécie de entrega postal. Pode-se, em todo caso, constatar a queda do volume na União Europeia e nos Estados Unidos,¹²² além de substancial incremento da participa-

(18) e ingressaram com uma ação de dissídio coletivo no TST (Tribunal Superior do Trabalho). Com isso, por mais um ano caberá ao tribunal decidir os termos de reajuste salarial da categoria." ARAÚJO, Carla. Empregados pedem aumento de 14%, e Correios vão ao TST para evitar greve. *UOL*, São Paulo, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/colunas/carla-araujo/2021/08/19/correios-e-funcionarios-voltam-a-justica-para-tratar-dissidio-no-tst.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 21 ago. 2021.

121 "Você pode imaginar o carteiro nunca mais andando pela sua rua? [...] Seu e-mail ou pacote em breve não mais será entregue pelos serviços postais tradicionais." TOP 10 jobs most likely to disappear in the near future. *Arjen van Berkum*. Disponível em: <https://www.arjenvanberkum.nl/future-of-work/top-10-jobs-most-likely-to-disappear-in-the-future/>. Acesso em: 19 jul. 2021. Tradução nossa.

122 Mazareanu, E. United States Postal Service's total mail volume from 2004 to 2022. *Statista*, [S.l.], 17 mar. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/320234/mail-volume-of-the-usps/>. Acesso em: 21 jul. 2021.

ção dos correios na etapa de entrega de bens não digitais comercializados por meio do e-commerce, também em momentos de crise econômica.¹²³

Os impactos dessas mudanças estruturais, proporcionadas pela telemática, também tiveram reflexos no Brasil.

O Decreto nº 10.066, de 15 de outubro de 2019,¹²⁴ incluiu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT no Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Com o ato, o governo pretende possibilitar estudos de parceria com a iniciativa privada para melhorar os resultados da empresa. Posteriormente, já em 2021, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei nº 591/2021, atualmente em tramitação no Senado Federal, após a aprovação de substitutivo (PL 591-A/2021), pela Câmara dos Deputados.¹²⁵ Logo após o encaminhamento do PL, foi editado o Decreto nº 10.674, de 14 de abril de 2021,¹²⁶ incluindo a ECT no Programa Nacional de Desestatização (PND).¹²⁷

123 “Ao mesmo tempo, a maioria dos operadores em atividade se beneficia do crescimento do comércio eletrônico e constata seus volumes de encomendas aumentarem, apesar da crise econômica de 2009, de acordo com o IPC (2012), as entregas podem aumentar globalmente em até 69% até 2020.” JAAG, Christian; MOYANO, Jose Parra; TRINKNER, Urs. *Postal Strategies in a Digital Age*. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016. Tradução nossa.

124 Logo após a edição do ato do chefe do Poder Executivo, foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 666/19, para suspender o Decreto nº 10.066/19. A matéria chegou à comissão em 22 de outubro de 2019, não havendo qualquer movimentação desde a indicação do relator da matéria. BRASÍLIA. Congresso Nacional. *Projeto de Decreto Legislativo PDL 666/2019*. Susta os efeitos do Decreto nº 10.066, de 15 de outubro de 2019, que dispõe sobre a qualificação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT — no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2225822>. Acesso em: 21 ago. 2021.

125 Após a fixação do regime de urgência para o PL nº 591/21 em 3 de maio de 2021, foi aprovada a criação de Comissão Especial para tratar do tema. Após intenso debate virtual, em 5 de agosto de 2021 foi aprovado na Câmara texto substitutivo do relator com emendas (PL 591-A/2021), razão pela qual a matéria foi encaminhada, em 9 de agosto de 2021, ao Senado Federal, por meio do Ofício nº 966/2021/SGM-P. BRASÍLIA. Congresso Nacional. *Projeto de Lei PL 591/2021*. Dispõe sobre o marco regulatório, a organização e a manutenção do Sistema Nacional de Serviços Postais (SNSP) [...]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270894>. Acesso em: 8 nov. 2021.

126 O procurador-geral da República opinou pela procedência parcial da ADI 6.635, para que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do inciso I do art. 2º da Lei 9.491/1997, a fim de retirar da força normativa a autorização para privatizar os serviços postais e o correio aéreo nacional, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Correios: serviços postais e correio aéreo nacional não podem ser privatizados, opina PGR. *Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/correios-servicos-postais-e-correio-aereo-nacional-nao-podem-ser-privatizados-opina-pgr>. Acesso em: 7 jul. 2021.

127 A estruturação do projeto completo pelo BNDES foi separada em três fases. Os estudos de desestatização do setor postal brasileiro foram iniciados em 2020, e o resumo dos resultados da fase 1 estão disponíveis para consulta no site do PPI (<https://www.gov.br/ppi/resumofase1correios>).

O art. 30 do PL nº 591-A/2021 autoriza, expressamente, a desestatização da ECT e estabelece que a obrigação de a União prestar serviço postal, em regime público, restringe-se ao chamado serviço postal universal,¹²⁸ o qual poderá ser realizado por meio de empresa estatal ou em regime de concessão, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/1995. O serviço postal universal poderá ser prestado, também, por meio de empresa estatal e por empresa privada, ao mesmo tempo, sob amparo de contrato de concessão comum.

Nesse contexto de mutações regulatórias pretendidas, decorrentes, em grande medida, da evolução tecnológica, a pesquisa realizada revelou alguns pontos importantes. Foram identificados dois modelos distintos de precificação a disciplinar as tarifas dos serviços postais submetidos à reserva de mercado, os quais estão distribuídos em quatro fases. A Portaria MF nº 244/2010 revela-se iniciadora de um novo marco de precificação do setor postal, baseado na regulação do tipo preço-teto, ao mesmo tempo que fixa parâmetros e regras gerais transparentes a serem observadas pelo Ministério ao qual se vinculava a ECT, o que não ocorria anteriormente.

Confirmou-se, ainda, a hipótese inicial, no sentido de que houve aumento real de todas as tarifas praticadas pela ECT sob regime de exclusividade nos últimos vinte anos, e não apenas a atualização monetária dos valores cobrados.

“Em 21 de agosto de 2019, a Resolução do CPPI nº 68 submeteu à deliberação do Presidente da República a qualificação dos Correios no âmbito do PPI [Programa de Parcerias de Investimentos], para fins de estudos com objetivo de avaliar alternativas de parceria com a iniciativa privada, bem como para propor ganhos de eficiência e resultado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com vistas a garantir sua sustentabilidade econômico-financeira. [...] Por meio da Resolução CPPI nº 89, o BNDES, como gestor do FND, foi incumbido de contratar estudos especializados relativos ao setor postal e de encomendas no Brasil, nos termos do art. 6º, II, alínea “f”, da Lei do PND”. DESESTATIZAÇÃO do setor postal. *BNDES*. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/desestatizacao-do-setor-postal>. Acesso em: 21 jul. 2021.

128 Dispõe o art. 2º do PL: “Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] IX — serviço postal universal: subconjunto dos serviços postais cuja garantia da prestação é obrigação da União, em regime público, em todo o território nacional, de modo adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, assegurado a qualquer pessoa física ou jurídica, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, e que pode ser prestado direta ou indiretamente, nos termos do art. 8º desta Lei”.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2415/SP*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Proventos n. 747/2000 e 750/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que reorganizaram os serviços notariais e de registro, mediante acumulação, desacumulação, extinção e criação de unidades. [...] Relator: Min. Ayres Britto, 22 set. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur204198/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 800/RS*. Tributário e constitucional. Pedágio. Natureza jurídica de preço público. Decreto 34.417/92, do Estado do Rio Grande do Sul. Constitucionalidade. [...] Relator: Min. Teori Zavascki, 11 jun. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur269184/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 541.511/RS*. Tributário. Energia elétrica. Encargos criados pela Lei 10.438/02. Natureza jurídica correspondente a preço público ou tarifa. Inaplicabilidade do regime tributário. Ausência de compulsoriedade na fruição dos serviços. Receita originária e privada destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas integrantes do sistema interligado nacional. Re improvido. [...] Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 22 abr. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88246/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 594.116/SP*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Direito tributário. Direito processual civil. Taxa judiciária. Preparo recursal. Porte de remessa e retorno. Isenção. Inss. Justiça estadual. [...] Relator: Min. Edson Fachin, 3 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur344196/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 201.630/DF*. Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade. Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criado para fins de redução de consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo. [...] Relator: Min. Ellen Gracie, 11 jun. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17224/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 828.609/PE*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Encargos adicionais à tarifa de energia elétrica. Recomposição tarifária extraordinária. Lei nº 10.438/02. Natureza jurídica de preço público ou tarifa. [...] Relator: Min. Dias Toffoli, 15 dez. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340268/false>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. [...] Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Eros Grau, 5 ago. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173526/false>. Acesso em: 20 jul. 2021.

- BRENNAN, Timothy J.; CREW, Michael A. Price Cap Regulation and Declining Demand. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016.
- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Direito societário e regulação econômica*. Barueri: Manole, 2018.
- CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; MCDONALD, Rory. What Is Disruptive Innovation? *Harvard Business Review*, [Boston], dez. 2015. Disponível em: <https://hbr.org/2015/12/what-is-disruptive-innovation>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- COMISSÃO EUROPEIA et al. *International Postal Service, Remuneration and Regulation*. [S.l.]: Publications Office, 2021.
- COSTA, Leonardo de Andrade. Apontamentos sobre a regulação estatal dos preços privados no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 60-72, jan./jul. 2021.
- _____. Uma introdução à análise econômica do direito tributário. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 378-407.
- DON, Tapscott. *The Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence*. Nova York: McGraw-Hill, 1995.
- FERRARO, Valkíria Aparecida Lopes et al. A sociedade da informação na economia globalizada: alguns aspectos do direito cibernético. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v. 25, p. 19-28, set. 2004.
- GRAU, Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROSSMAN, Luís Osvaldo. Covid-19 aumentou o uso da internet nas classes C, D e E. *Convergência digital*, [S.l.], 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?useractivetemplate=site&useractivetemplate=mobile%252csite&inoid=54528&sid=14>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- HAYEK, Friedrich August von. The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 35, n. 4, p. 519-530, set. 1945.
- JAAG, Christian; MOYANO, Jose Parra; TRINKNER, Urs. Postal Strategies in a Digital Age. In: CREW, Michael A.; BRENNAN, Timothy J. (orgs.). *The Future of the Postal Sector in a Digital World*. Suíça: Springer, 2016.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Dicionário de direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.
- JR. CAMPBELL, James I. *Postal Monopoly Laws: History and Development of the Monopoly on the Carriage of Mail and the Monopoly on Access to Mailboxes*. [Fairfax]: George Mason University, 2018. Disponível em: https://www.jcampbell.com/docs-campbell/reports/2008_PRC/App_C_Ver_1.00.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. Ed. Trad. Carlos Irineu Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.
- LITTLECHILD, Stephen C. *Regulation of British Telecommunications' Profitability*. Londres: Department of Trade and Industry, 1983.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael (orgs.). *Direito portuário brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.

- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 115-176, 2010.
- MILL, John Stuart. *Principles of Political Economy*. Toronto: University of Toronto Press, [1848].
- MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação e delimitação de regimes jurídicos — caso ‘portos públicos e privados’: acórdãos nºs 402/2013 e 989/2017, TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- NUSDEO, Fábio. A Constituição econômica: origens, evolução, principiologia. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 66, p. 101-117, abr./jun. 2019.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Receitas públicas originárias*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- REALE, Miguel. Medidas provisórias — choque na economia — controle de preços — liberdade empresarial — penalidades e discricionariedade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 22, n. 91, p. 68-75, jul./set. 1989.
- SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. Brasília: Ministério da Fazenda; Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24FOA728E014FOB03FAE02692>. Acesso em: 11 jul. 2021.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; COSTA, Leonardo de Andrade. O *geopricing* na era da economia digital: a personalização da oferta em face do Código de Defesa do Consumidor. In: CARLI, Ana Alice de; CASTRO, Carla Appollinario de (orgs.). *30 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas e desafios na atualidade*. Rio de Janeiro: Ágora 21, 2020.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; DAYCHOUM, Mariam Tchepurnaya. 20 anos de regulação das concessões ferroviárias e a necessidade de revisão do estoque regulatório. In: DUTRA, Joísa Campanher; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 4.
- TRIVEDI, Prajapati. *Applied Microeconomics for Public Policy Makers*. Nova Delhi: Indian Institute of Management and Harvard University, 1991.
- UNIVERSAL POSTAL UNION. *Postal Reform Guide 2019*. Universal Postal Union, 2018. Disponível em: <https://www.upu.int/UPU/media/upu/files/postalSolutions/developmentCooperation/GuideReformPostalEn.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- VASCONCELLOS, Marco Antônio; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de economia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- YEUNG, Luciana. Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

3

Novo Marco Legal do Saneamento Básico: Alocação Ótima de Recursos Escassos Diante da Regionalização e do Federalismo Cooperativo

Juliana Patricio da Paixão

1. Introdução

Diante da repartição constitucional de competências, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020) apresenta instrumentos para maior eficiência econômica e regulatória basicamente em quatro atividades públicas: o recolhimento e o tratamento de resíduos sólidos (esgoto); a dispensação de água tratada; a limpeza urbana; e a drenagem de águas. O tema deste capítulo delimita-se no estudo da regionalização dos serviços de saneamento para alcançar viabilidade técnica e econômico-financeira para sustentar economia de escopo e escala em monopólio natural. É claramente um setor com falha de mercado por conta das economias de rede e escala e cuja ausência é causadora de externalidades negativas, especialmente poluição e disseminação de doenças. Há também assimetria de informação, tendo em vista que a população desconhece muitos desses riscos ambientais. Por isso, a intervenção estatal faz sentido no saneamento básico por importância econômica e social.

O presente capítulo discute a influência histórica do Plano Nacional de Saneamento — Planasa, instituído na década de 1970, o subsídio cruzado, os entraves federativos decorrentes da repartição constitucional de competências da CRFB/88 e as soluções setoriais apresentadas pelos diplomas normativos editados nos últimos trinta anos, demonstrando a limitação dos resultados alcançados nesse período. De fato, não houve a universalização dos serviços de saneamento básico.

Nesse sentido, o capítulo debate como a estrutura federativa e a falta de clareza sobre a titularidade dos serviços públicos causam dificuldades regulatórias e, conseqüentemente, a judicialização da política e a insegurança jurídica. Realiza-se o recorte metodológico para expor como a necessidade da regionalização e de subsídio cruzado encontra limitações impostas pelo federalismo. Na seqüência, se sustenta a constitucionalidade da reforma estrutural sanitária trazida pela aprovação da Lei nº 14.026/2020.

Pretende-se averiguar as razões de fato e de direito para que os três Poderes e os *stakeholders* garantam a universalização do acesso à água potável e ao esgotamento sanitário com maior eficiência, respeitando a solução do subsídio cruzado por empresas privadas, e refletir até que ponto o bloco de referência é uma releitura do Planasa.

O presente capítulo se encontra estruturado da seguinte maneira. Inicia-se (seção 2) com apresentação da falha estrutural da falta de infraestrutura

para a adequada prestação de serviços de saneamento básico. Na sequência (seção 3), traça-se a relação entre a redemocratização e o federalismo cooperativo no saneamento básico. Na seção 4, se explica a racionalização da gestão pela prestação regionalizada e sua rede de incentivos no Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Na seção 5, se debatem os argumentos da ADIN 6.492/DF, que questionou a Lei nº 14.026/2020 perante o STF. Ao final, são apresentadas as conclusões.¹

2. A falha estrutural sanitária: a falta de investimento que prejudica o desenvolvimento sustentável

Segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), quase metade da população do Brasil permanece sem acesso a sistemas de esgotamento sanitário, o que significa quase 100 milhões de pessoas. São brasileiros que se valem de medidas alternativas para descarte de dejetos, como o uso de fossa ou o despejo de esgoto diretamente em rios.²

A falta de infraestrutura para a prestação de serviços públicos essenciais afeta diretamente o bem-estar da população, notadamente na saúde pública, pela disseminação de doenças por água contaminada³ e maior incidência de carência alimentar dessa população desassistida. Além de debilitar a população economicamente ativa e diminuir a produção de riquezas,⁴ a poluição gera altos

1 Neste estudo, quando foram encontradas obras publicadas em livros ou revistas, bem como disponíveis na internet, optou-se por indicar os dois tipos de referência. As obras impressas conferem autoridade ao argumento de seus autores. Por sua vez, as obras on-line permitem a maior difusão do conhecimento em razão do acesso mais fácil e do baixo custo. Dessa forma, a dupla referência foi uma escolha ideológica refletida na pesquisa.

2 Disponível em: <http://antigo.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 20 jul. 2021.

3 São doenças relacionadas à falta de saneamento básico: leptospirose, disenteria bacteriana, esquistossomose, febre tifoide, cólera, parasitoides, além do agravamento das epidemias tais como a dengue.

4 O Instituto Trata Brasil e o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS) desenvolveram, em 2014, a pesquisa “Benefícios Econômicos da Expansão do Saneamento Brasileiro”, que demonstra que há a perda de produtividade e renda devido à falta de saneamento básico no Brasil. Segundo a pesquisa, a renda per capita do Brasil aumentaria em 6% se todos os brasileiros tivessem os serviços básicos. Além disso, 11% das faltas do trabalhador estão relacionadas a problemas causados por falta de saneamento. 217 mil trabalhadores se afastam de suas atividades anualmente devido a problemas gastrointestinais ligados à ausência de saneamento. Isso afeta diretamente a economia: ao ter acesso a rede de esgoto, um trabalhador aumenta sua produtividade em 13,3% e resulta em 3,8% de ganho salarial por diminuição das faltas. A universalização dos serviços básicos valoriza em média 18% o valor dos imóveis. CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO

gastos em saúde pública. Em 2011, por exemplo, os gastos com internações por diarreia no Brasil chegaram a R\$ 140 milhões.⁵ A diarreia, segundo a Unicef, é a segunda maior causa de mortes em crianças abaixo de cinco anos de idade.⁶

Ademais, a degradação do meio ambiente impede a promoção de turismo sustentável, que poderia gerar empregos e renda para as comunidades ribeirinhas. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), cada R\$ 1,00 investido em saneamento gera economia de R\$ 4,00 na área de saúde, uma externalidade positiva não trivial.⁷⁻⁸

Essa situação extremamente delicada ganhou maior evidência e poder de agenda durante a pandemia de Covid-19, a partir de março de 2020.⁹

A atual crise sanitária causada pela pandemia da Covid-19 torna ainda mais urgentes as mudanças propostas, na medida em que evidenciou a vulnerabilidade das pessoas que não dispõem de acesso a água potável, esgotamento sanitário e coleta de resíduos sólidos. Enquanto órgãos de saúde pública de referência no plano internacional e no Brasil recomendam que se lavem as mãos com frequência para evitar a contaminação com o coronavírus, temos 35 milhões de brasileiros sem acesso à água tratada. Um grande e potencialmente letal paradoxo.¹⁰

SUSTENTÁVEL (CEBDS); INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro*. [S.l.]: [s.n.], [2014]. Disponível em: <https://cebds.org/publicacoes/beneficios-economicos-da-expansao-saneamento-brasileiro/#.YPdEYMSSIPY>. Acesso em: 20 jul. 2021.

- 5 Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Beneficios-economicos-do-saneamento-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- 6 A cada cinco segundos, morre no mundo uma criança com menos de 15 anos. *Unicef*. Disponível em: <https://www.unicef.org/angola/comunicados-de-imprensa/cada-cinco-segundos-morre-no-mundo-uma-crianc%C3%A7a-com-menos-de-15-anos>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- 7 PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 37-40
- 8 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº **, de *** de **** de 2020. Relator: Tasso Jereissati. *****, Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- 9 Como observa o supracitado parecer: “A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que anualmente 15 mil pessoas morrem e 350 mil são internadas no Brasil todos os anos devido a doenças ligadas à precariedade do saneamento básico, situação agravada pela pandemia da Covid-19.” Ver BRASIL. Senado Federal. Parecer nº **, de *** de **** de 2020. Relator: Tasso Jereissati. *****. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- 10 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº **, de *** de **** de 2020. Relator: Tasso Jereissati. *****. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2021.

A “reversão desta realidade reclamava investimentos¹¹ da monta de cinquenta bilhões de reais por ano, a fim de que a universalização fosse alcançada em 2033.”¹² A crise fiscal enfrentada pela maioria dos municípios,¹³ por sua vez, não permitiria a realização desse vultoso investimento afundado. “Os avanços necessários em saneamento dependem de um aumento significativo no volume de aportes financeiros, bem como de eficácia e efetividade em sua aplicação. Para isso, é necessário criar ambiente favorável, com adequada regulação, e caracterizado por segurança jurídica para atração de recursos e investimentos.”¹⁴

Esse diagnóstico impulsionou um debate intenso no Congresso Nacional. Assim, a sociedade foi chamada a dialogar com as instituições e permitir a formação de elementos de convicção necessários para a resolução de conflitos constitucionais, a fim de se colocar em prática um novo marco legal do saneamento básico, de 2020, que i) fomentasse os investimentos privados; ii) criasse condições reais de implementação das metas dos planos nacionais, regionais e municipais no que se refere à integralidade e à universalidade; e iii) estipulasse regras setoriais nacionais, a fim de uniformizar o direito do saneamento no país.¹⁵

O próprio parecer do senador Tasso Jereissati (PSDB-CE), relator do projeto de lei,¹⁶ reconheceu dificuldades da expansão do saneamento básico, que são

11 FERNANDES, Vitória. Brasil precisa de R\$ 753 bilhões para universalizar acesso ao saneamento até 2033, aponta KPMG. *Money Times*, [S.l.], 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/brasil-precisa-de-r-753-bilhoes-para-universalizar-acesso-ao-saneamento-ate-2033-aponta-kpmg/>. Acesso em: 20 jul. 2021.

12 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021.

13 “Também a situação financeira dos municípios piorou, aponta o Índice Firjan de Gestão Fiscal, realizado desde 2006 pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan). Após avaliar receita própria, gastos com pessoal, investimentos, liquidez e custo da dívida, o índice mostrou que em 4.417 cidades (84,2% do total de prefeituras analisadas) a situação fiscal é difícil ou crítica. Outras 808 possuem boa gestão e apenas 18 têm gestão de excelência.” Heranças de um paradoxo. *Em Discussão!*, Brasília, DF, ano 6, n. 26, p. 24-49, set. 2015.

14 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERi, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

15 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº **, de *** de **** de 2020. Relator: Tasso Jereissati. ***** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline> Acesso em: 20 jul. 2021.

16 “O senador Tasso Jereissati, relator da MP 868/18, apresentou o Projeto de Lei (PL) 3.261/19, que continha essencialmente as mesmas propostas da medida provisória, salvo pequenas alterações. O PL foi aprovado no Senado e encaminhado à Câmara, onde ocorreram mais de dez audiências públicas para discutir o tema. Neste ínterim, o Poder Executivo apresentou o PL 4.162/19, com conteúdo similar ao PL 3.261/19. A apresentação de um PL pelo Poder

indústrias que operam em rede, têm características de monopólio natural¹⁷ e, dessa maneira, devem se beneficiar de economias de escala. Assim, a prestação regionalizada foi apresentada como uma solução de alocação ótima de recursos escassos para garantir a racionalidade econômica¹⁸ e eficiência compatível com a universalização da prestação desses serviços essenciais ao efetivar a justiça social.

O objetivo da regionalização é obter ganhos de escala e garantir viabilidade econômico-financeira dos serviços, com vistas à universalização dos serviços. A prestação regionalizada, por incluir municípios mais e menos atraentes e não necessariamente contíguos em um mesmo território de prestação, afasta o risco de que qualquer deles, por mais pobre e pequeno que seja, fique fora do processo de universalização. Não há obrigação de que o município participe de estruturas de prestação regionalizadas. Isso é facultativo. Municípios não participantes de regiões metropolitanas, unidades regionais ou blocos retêm sua titularidade, mas não terão prioridade no recebimento de investimento da União. A União apoiará, com a disponibilização de recursos federais e com o fornecimento de assistência técnica, a organização e a formação dos blocos de prestação de serviços de saneamento regionalizada.¹⁹

Executivo se fazia necessária para viabilizar a criação de cargos na administração pública — no caso, na Agência Nacional de Águas. Como era de se esperar, o PL 4.162/19 foi apensado à discussão do PL 3.261/19 na Câmara dos Deputados. Em dezembro de 2019, a Câmara dos Deputados aprovou o PL 4.162/19, sendo necessário, então, seu encaminhamento para o Senado Federal. Em junho de 2020, o Senado Federal aprovou o texto encaminhado pela Câmara dos Deputados, sem alterações, e o encaminhou para sanção presidencial. Finalmente, em 15 de julho de 2020, o presidente Bolsonaro sancionou a Lei com vetos, publicando a Lei nº 14.026/2020.” SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERJ, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

- 17 A regulação do monopólio natural surge quando há “impossibilidade econômica (elevados custos) ou mesmo barreiras físicas inviabilizam a duplicação da estrutura, fazendo com que a maneira mais eficiente de produzir (isto é, a de menor custo) seja por meio de uma empresa única.” ARAÚJO, Thiago C. *Infraestrutura e sua regulação*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 210.
- 18 “A racionalidade econômica, como entendida pelos economistas, pode ser descrita como a busca de satisfações ou benefícios em um mundo onde existem restrições ou recursos limitados (escassos).” YEUNG, Luciana. *Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 116.
- 19 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº **, de *** de **** de 2020. Relator: Tasso Jereissati. ***** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Assim, passa-se a discutir a falta de acesso a esgotamento como um fator de profunda desigualdade social estrutural e prejudicial ao desenvolvimento econômico sustentável no Brasil, em que é apresentada a prestação regionalizada com i) comentário legislativo do Novo Marco Legal do Saneamento Básico diante das dificuldades socioeconômicas; ii) federalismo de cooperação e construção da rede regulatória tripartite; e iii) perspectiva crítica de possíveis avanços e dificuldades das políticas públicas de saneamento básico.

2.1 Infraestrutura instalada e dificuldades herdadas pela CRFB/88

Antes da CRFB/88, o Brasil apresentava um modelo político-institucional centralizador organizado, a partir de 1971, pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), que tinha no Banco Nacional de Habitação (BNH) o órgão institucional de coordenação central do sistema de saneamento.²⁰ À medida que avançava a expansão urbana, com adensamento populacional, deveria ser implementada a infraestrutura sanitária adequada.

Ainda que a gestão do setor se baseasse na centralização decisória no âmbito federal, existiam mecanismos institucionais de coordenação, princípios claros de regulação tarifária e fluxos estáveis de recursos, oriundos principalmente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), destinados prioritariamente à expansão das redes de abastecimento de água.²¹

Notou-se que os investimentos restaram concentrados nos serviços mais rentáveis de poucas regiões do Brasil até os anos 1980. Atualmente, perdura a notória desigualdade do acesso à água no Brasil, em que “os maiores déficits estão concentrados nas regiões Norte e Nordeste, nos municípios de menor porte e/ou menos desenvolvidos economicamente e nas áreas rurais e subnormais.”²²

20 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

21 ARAÚJO FILHO, Valdemar Ferreira de. O quadro institucional do setor de saneamento básico e a estratégia operacional do PAC: possíveis impactos sobre o perfil dos investimentos e a redução do déficit. *Boletim Regional e Urbano*, Brasília, n. 1, p. 61-65, dez. 2008. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5521/1/BRU_n1_quadro_institucional.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

22 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERi, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

Isso significa que a expansão da rede não deu conta de cobrir as dimensões continentais do Brasil, havendo desabastecimento tanto nos vazios populacionais nas áreas rurais quanto poluição pela ocupação desordenada do solo urbano com grandes adensamentos populacionais.

Além do déficit de acesso, o serviço apresenta ineficiências técnicas e operacionais. É constatado o alto índice de perdas na distribuição, tendo em vista que, em 2018, 39% da água potável produzida no país não chegou ao consumidor, segundo o SNIS.²³ Novamente, as regiões Norte e Nordeste apresentam os maiores índices de perdas. Outra ineficiência observada é a intermitência do abastecimento, que pode comprometer a qualidade da água consumida e constituir potencial risco à saúde — seja pela maior incidência de contaminação, seja pela busca por fontes alternativas de abastecimento por parte dos usuários.²⁴

Outra herança do Planasa foi a indução de delegações, por outorgas municipais dos serviços, às Companhias Estaduais de Saneamento Básico (Cesbs), “e que elas fossem paulatinamente congregando a maior parte da provisão do serviço, reduzindo-se a participação municipal. Tratava-se, assim, de modelo centralizador que confiou na articulação entre a União e os Estados para a provisão do serviço”.²⁵

Na década de setenta do século XX, a União incentivou os municípios a firmarem contratos de programa com companhias estaduais. Na prática, impulsionava-se essa opção, na medida em que somente se conseguiria financiamentos federais, caso estivesse diante de um pacto deste jaez. Como era muito difícil cumprir as metas do PLANASA sem o referido recurso federal, viu-se uma entrega em massa da execução dos programas de saneamento às empresas constituídas pelos estados federados.²⁶

23 Disponível em: <https://saneamentobasico.com.br/abastecimento-de-agua/crise-brasil-perda-agua-abasteceria-63-milhoes-pessoas/>. Acesso em: 20 jul. 2021

24 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERI, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

25 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

26 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 462.

Com o fim do BNH, em 1986, e do Planasa, em 1990, observou-se que, nos últimos trinta anos, houve a desagregação do modelo institucional de coordenação da política sanitária, acarretando a inexistência de uma instância decisória que unificasse ações e estratégias das políticas públicas; a desarticulação e a fragmentação dos seus agentes; a ausência de um efetivo marco jurídico-político que servisse de referência para a atuação dos diversos níveis de governo; bem como a “erosão da capacidade de planejamento da política, derivada tanto da ausência de um marco regulatório nacional quanto da imprevisibilidade do processo de alocação de recursos”.²⁷

Segundo o SNIS, em 2018, “os prestadores públicos respondiam pelos serviços em 97% dos municípios, o que corresponde ao atendimento de 92% da população com acesso ao serviço”.²⁸

A prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil é concentrada em prestadores públicos. A prestação do serviço é dada de forma direta, por meio de autarquias municipais, empresas públicas e/ou administração pública direta em 25% dos municípios. Já dentre os que delegam a execução do serviço, 96% são atendidos por Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Ao todo, existem 26 CESBs no país, que atuam em 70% dos municípios brasileiros (SNIS, 2018). Estas são em sua maioria estatais (25) e apresentam em maior ou menor grau dificuldade em implementar adequada governança corporativa.²⁹

Além de, após a redemocratização, os investimentos serem insuficientes, a efetividade deles em saneamento é baixa e distinta entre prestadores públicos e privados. De acordo com estudo do FGV CERI, após oito anos da assinatura do contrato, “apenas 65% das obras sob responsabilidade de entes públicos

27 ARAÚJO FILHO, Valdemar Ferreira de. O quadro institucional do setor de saneamento básico e a estratégia operacional do PAC: possíveis impactos sobre o perfil dos investimentos e a redução do déficit. *Boletim Regional e Urbano*, Brasília, n. 1, p. 61-65, dez. 2008. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5521/1/BRU_n1_quadro_institucional.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

28 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERI, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

29 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERI, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

financiadas no âmbito do Programa Saneamento Para Todos, instituído pela Caixa Econômica Federal com utilização de recursos do FGTS, haviam sido concluídas”.³⁰

Portanto, também se configura um problema de economia política, tendo em vista que, mesmo após dois mandatos políticos (oito anos, no total), obras realizadas por entes públicos não conseguiram ser finalizadas. Por outro lado, no mesmo período, o setor privado conseguiu concluir 100% de suas obras, segundo o FGV CERJ, em 2016.

3. A redemocratização e o federalismo cooperativo

Com a Constituição Federal de 1988, restou expresso o federalismo cooperativo entre União, estados, municípios e Distrito Federal. A forma federativa de Estado é também uma “escolha constitucional voltada para a função de controle do Estado, mediante separação de poderes, pela descentralização organizativa, administrativa, fiscal ou financeira e política, sem que isso possa significar qualquer ruptura com a unidade nacional do Estado.”³¹ Preserva-se a importância do princípio de solidariedade,³² que promove a cooperação, sem que isso signifique qualquer ruptura com a unidade do Estado.

Portanto, “descentralização federal não é um valor em si. É, sim, um princípio complementar do federalismo. A unidade nacional, neste espaço, tem igual importância.”³³ Assim, conclui Torres, “[o] federalismo brasileiro é formado pela união indissolúvel de estados, Distrito Federal e municípios, fundado na descen-

30 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERJ, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

31 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. p. 33. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso: 20 jul. 2021.

32 “Solidariedade interterritorial [...] determina os laços de interdependência mútua entre unidades constitutivas, que passam a compartilhar direitos e deveres correlatos, que subordinam seus atos à formação não apenas de benefícios espacialmente particularizados, mas direcionados para toda nação. Assim, as unidades constitutivas estão sujeitas à realização de deveres de colaboração guiados pela cooperação recíproca, que denota relação de respeito mútuo firmado no vínculo de existência comum que forma um pacto nacional.” CONTIPELLI, Ernani. Solidariedade no federalismo fiscal comparado. *Direito e Desenvolvimento*, [João Pessoa], v. 4, n. 8, p. 61-93, jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/234>. Acesso em: 16 out. 2021.

33 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n.

tralização, enquanto medida de aproximação dos entes estatais às necessidades das pessoas e eficiência administrativa.”³⁴

Nesse sentido, o federalismo de equilíbrio da CRFB/88 cuida da “correlação entre fortalecimento da União para planejamento e ordenação das políticas públicas e aprimoramento das competências das unidades periféricas, para criar um sistema que não prioriza extremos, mas que alcança no equilíbrio suas melhores virtudes a serem concretizadas.”³⁵ A descentralização federativa implica “responsabilidade com os recursos e atribuições recebidas, e compromisso contínuo com a unidade do Estado Democrático de Direito e complementaridade das funções constitucionais”.³⁶

Ao adotar o princípio da solidariedade, a Constituição Federal estabelece que a federação em três níveis (União, estados e municípios) permanece com a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos essenciais, em especial os sociais, como saneamento básico.

A Constituição de 1988 estabeleceu a repartição de competências em que delimitou i) o papel da União Federal em definir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive saneamento básico (art. 21, inciso XX); ii) a competência comum, que envolve a cooperação entre os entes federados pela promoção e melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, inciso IX, parágrafo único); e iii) a competência dos municípios em organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão, os serviços públicos de interesse local (art. 30, inciso V).

A partir de 1988, houve uma fase de discussão acerca da competência federativa quanto à titularidade do serviço. De um lado, sustentava-se que seria serviço de interesse local; logo, haveria a atribuição municipal por força da

5, p. 25-54, mar./ago. 2014, p. 35. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso em: 23 fev. 2020.

34 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. p. 37. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso em: 23 fev. 2020.

35 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. p. 43. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso em: 23 fev. 2020.

36 TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. p. 48. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso em: 23 fev. 2020.

CRFB/88, art. 30, inciso V, “de modo que sua delegação deveria se operacionalizar na forma do art. 175 do mesmo texto constitucional, ou seja, mediante prévia licitação.”³⁷

Outro argumento em prol da titularidade municipal seria o fato de que, devido à sua proximidade em relação às áreas beneficiárias e os destinatários finais do serviço, os municípios teriam melhores condições de coletar as informações sobre o setor e verificar a adequação do desempenho das companhias prestadoras, o que, aliás, poderia gerar uma assimetria de informação entre o Estado e os municípios, ocasionando um moral hazard caso a prestação do serviço fosse atribuída àquele com exclusividade.³⁸

Por outro lado, a segunda corrente alegava a competência estadual, especialmente nas regiões metropolitanas,³⁹ isto é, “passou-se a pensar que a política pública seria de competência dos Estados, na forma do art. 25, § 3º, da CF/88: ‘Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum’.⁴⁰ Segundo parcela doutrinária defensora dessa corrente, “seria a consagração em sede constitucional dos limites da autonomia municipal e da ‘capacidade avocatória’ conferida pela Constituição aos estados para executar funções públicas que ultrapassassem o interesse local”.⁴¹

Ademais, os estados sustentavam que a água utilizada para a prestação do serviço advém de bacias hidrográficas⁴² que abrangeriam mais de um município,

37 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 464.

38 ARAÚJO, Thiago C. *Infraestrutura e sua regulação*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 244.

39 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços*. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

40 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 465.

41 ARAÚJO, Thiago C. *Infraestrutura e sua regulação*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 243.

42 “Nos termos da Constituição Federal, corpos hídricos são de titularidade federal ou estadual, conforme banhem ou não mais de um estado ou estejam em regiões de fronteira (vide arts. 20 e 26 da CF/88). Além disso, a Política Nacional de Recursos Hídricos adota o conceito de bacias

as quais, nos termos do art. 26, inciso I, da CRFB seriam bens de sua titularidade. Além disso, os estados argumentavam em defesa de sua competência que a questão ambiental decorrente do tratamento do esgoto não se encerra em âmbito local, demandando soluções de âmbito regional.⁴³

Somados aos argumentos jurídicos defendidos por ambos os lados, poderiam ser apresentados ainda argumentos econômicos capazes de justificar a competência para ambos os entes.⁴⁴ É que, sendo a bacia hidrográfica um bem público (não rival e não excludente) que atende a mais de um município, o ente federativo com melhores condições de regular a utilização do bem em um nível ótimo seria o Estado. Isso porque o ente regional teria melhores condições de organizar o processo produtivo de maneira que fosse alcançada a máxima utilização dos fatores envolvidos no processo produtivo, reduzindo os custos de prestação do serviço e alcançando o máximo possível de beneficiários. Além disso, conferindo a prestação do serviço aos estados, seria possível a implementação de subsídios cruzados, de modo que os municípios superavitários subsidiariam os deficitários, garantindo uma tarifa equitativa e homogênea para toda a região.⁴⁵

A controvérsia federativa foi objeto de ações judiciais no Supremo Tribunal Federal, que destacou, ainda que em jurisprudência vacilante (ADIs 1842 e 2340), que os estados poderiam atuar sob duas formas: i) pela cooperação com os municípios para prestar assistência financeira ou técnica; disponibilizar

hidrográficas para a gestão das águas. Nos termos do art. 1º da Lei 9.433/1997, 'a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos', sendo certo que a definição de uma bacia hidrográfica não se restringe à circunscrição territorial de um município. A prestação regionalizada do serviço poderá ser um instrumento de maior coordenação entre diferentes municípios que se sirvam de uma mesma bacia hidrográfica, evitando-se, assim, que municipalidades que invistam adequadamente na prestação dos serviços de saneamento sofram externalidades negativas decorrentes daqueles que, por razões diversas, tenham baixo alcance e/ou qualidade do seu fornecimento à população." SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

- 43 ARAÚJO, Thiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 243.
- 44 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002.
- 45 ARAÚJO, Thiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 243.

entidade reguladora em que os municípios podem delegar o exercício das funções de regulação; disponibilizar empresa prestadora de serviços de saneamento básico que possa ser contratada pelo município pela competência comum do art. 23, IX, da CRFB/88; e ii) pela instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões para que as competências municipais relativas ao saneamento básico sejam executadas de forma colegiada, pelo conjunto de municípios à luz do art. 25, § 3º, da CRFB/88, a partir da interpretação trazida pela ADI 1.842/RJ.

Com o julgamento da ADI 234, a titularidade dos serviços de saneamento básico restou claramente definida em março de 2013. O STF fixou o entendimento de que a competência para a prestação do serviço de abastecimento de água é dos municípios, podendo, porém, ser delegada por concessão a empresa estadual. Isso significa que o fornecimento de água potável e a eliminação de detritos sanitários domiciliares, incluindo captação, condução, tratamento e despejo adequado, seriam atribuições precípua de tais entes, uma vez que a Constituição lhes atribuiu a competência para legislar sobre os assuntos locais.⁴⁶

Adiante, Juliano Heiren resume como as duas compreensões foram erigidas:

(a) Em regiões metropolitanas ou aglomerações, a titularidade dos serviços de saneamento e de tratamento de água seria de competência dos estados, na forma do mencionado art. 25, § 3º, da CF/88;

(b) A titularidade de tais atividades continuaria sendo dos municípios, e a região metropolitana ou aglomeração seria um espaço geográfico para os entes federados debaterem e se organizarem mutuamente, criando soluções conjugadas. Guardar-se-ia, então, a autonomia de cada qual.⁴⁷

Dado que o esgotamento sanitário e o fornecimento de água potável são exemplos clássicos de monopólio natural⁴⁸ por operação em rede e economia

46 ARAÚJO, Thiago C. *Infraestrutura e sua regulação*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

47 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 465. 1

48 “Indústrias caracterizadas como monopólios naturais são também marcadas por importantes custos fixos, alta intensidade de capital, longos prazos de maturação (*break even* postergado) e ativos específicos com custos. Depois de instalada a infraestrutura, o custo de oportunidade do empreendimento é significativamente inferior do que antes da construção. Esta possível discrepância entre o acordado *ex ante* e o realizado *ex post* afeta significativamente as decisões de investimentos, representando um importante empecilho para expansão da infraestrutura.”

de escala,⁴⁹ deve-se evitar a duplicação de infraestrutura por concorrência. “Os custos fixos são muito elevados relativamente à demanda de forma que, se puderem ser diluídos por toda a produção do mercado, uma única firma fornecendo aquele produto pode ter um custo médio de produção menor do que duas firmas igualmente eficientes.”⁵⁰ Assim “cada uma das quais [tem] de incorrer nos mesmos custos fixos, mas tendo de diluí-los por apenas metade da produção total.”⁵¹

Portanto, não faz sentido a manutenção de redes não interligadas ou interdependentes, pois são economicamente irracionais. “Daí porque se reclama programações conjuntas e unitárias. Então, as discussões teóricas ou constitucionais sobre o assunto não podem ignorar a realidade que prospera no país. E o direito deverá dialogar com a realidade, sendo que será praticamente inócuo tentar alterá-la.”⁵²

A legislação infraconstitucional não foi tão precisa acerca das responsabilidades de cada ente federativo durante os trinta anos de vigência da Constituição. A Lei nº 11.445/2007 (LNSB), como fonte normativa do saneamento, viveu durante treze anos de pouca mobilização, escassos investimentos, “e as políticas públicas nela fundamentadas não deram cabo de conseguir avanços substanciais na universalização e na integralidade dos serviços públicos de saneamento.”⁵³ Juliano Heinen disserta sobre os principais diplomas normativos dessa área e seus silêncios eloquentes:

ARAÚJO, Thiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

- 49 “A estrutura de custos de firmas regionais e microrregionais é 10 por cento inferior do que a das firmas municipais”. Essa diferença parece se originar mais da diferença na escala de operação do que de questões relacionadas a níveis de eficiência e os dados obtidos sustentam uma orientação a favor da regionalização: “ao se regionalizar firmas municipais ou microrregionais, economias de custo emergiriam”. FERRO, Gustavo et al. Efficiency in Brazil's water and sanitation sector and its relationship with regional provision, property and the independence of operators. *Utilities Policy*, [S.l.], v. 28, p. 42-51, mar. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095717871300074X>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- 50 POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988. p. 343 e CASTELAR, Armando Pinheiro; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006. p. 266-275.
- 51 POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988. p. 343 e CASTELAR, Armando Pinheiro; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006. p. 266-275.
- 52 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 465.
- 53 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 460.

O Estatuto da Metrópole [...] seria o *locus* jurídico apropriado [...] [mas] originalmente assim o fez de modo muito superficial, determinando que a aplicação das disposições desta Lei deveria levar em conta o disposto em outras leis federais, bem como as regras que disciplinam a política setorial de saneamento básico (§ 2º do art. 1º). O dispositivo era vago. Mas para deixar o quadro em completa anomia, a Lei nº 13.683/2018 alterou o dispositivo a retirar inclusive a menção aos planos setoriais de saneamento. Veja que um diploma de tamanha importância sequer trouxe uma resposta jurídica ao debate.

A Lei nº 8.080/1990, [...] “Lei do SUS”, que tem base no art. 200, inciso VI, da CF/88, tratou da articulação das competências materiais em prestar o serviço de saneamento com adequada distinção. No art. 13, colocou a cargo das comissões intersetoriais o debate da articulação das políticas do setor (art. 13, inciso II). O saneamento será exercido por todos os entes da Federação [...], cada qual em seu âmbito administrativo (art. 15, inciso VII). Tanto que todos eles podem propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente (art. 15, inciso XV). Então, no âmbito do SUS, a rigor, caberia ao nível federal basicamente formular políticas públicas. Os estados deveriam formular suas políticas regionais e executar algumas ações. E caberia ao nível municipal executar os serviços de saneamento. [...]

O marco legal nacional no tema, ou seja, a famosa Lei nº 11.445/2007, foi aprovada depois de um amplo debate político. E foi aprovada “naquilo que foi possível” ser consensuado. [...] Assim, na sua origem, a par das sucessivas modificações posteriores, regularam o que foi possível em termos de saneamento, mas não foi abordada a titularidade de tal serviço, deixando ao Supremo Tribunal Federal definir a questão.⁵⁴

Essa complexidade da estrutura dos agentes responsáveis pela execução da política pública pode possivelmente ser uma das causas da entrega insatisfatória de serviços públicos. A colaboração recíproca não tem sido implementada adequadamente, e cada um dos entes busca se eximir da responsabilidade da prestação de serviços públicos. As “ações isoladas das instâncias executivas municipais tornam-se descontínuas e muitas vezes incoerentes [com] os

54 HEINEN, Juliano. Saneamento básico. In HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação; teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivum, 2021, p. 467. Disponível em: http://54.157.20.182/cdn/arquivos/jus1295_previa-do-livro.pdf Acesso em: 02 abr. 2023.

programas de gestão nas áreas de transporte, habitação, gerenciamento de resíduos sólidos e outros que tanto importam ao equilíbrio das relações formadas no ambiente urbano.”⁵⁵

Assim, os problemas urbanos podem ocorrer pelas seguintes razões: (i) diluição da responsabilidade e aumento dos custos de fiscalização, tanto por parte da sociedade civil organizada quanto dos próprios contrapoderes existentes no âmbito de cada ente federativo, o que pode ocasionar o jogo de “empurra-empurra” entre os agentes responsáveis; e (ii) baixo incentivo para a cooperação intergovernamental o que se traduziria em “vácuos⁵⁶ de ação estatal (‘deixa que eu deixo’), ou em verdadeira usurpação de competências entre um e outro ente”.⁵⁷

Portanto, os dados expostos anteriormente e a pesquisa do CERL evidenciam os seguintes entraves à expansão e à manutenção da rede de esgotamento: “i) titularidade municipal e a conseqüente pulverização da regulação são encaradas como um obstáculo à promoção da necessária estabilidade regulatória no setor de saneamento e, conseqüentemente, um inibidor da atração de investimentos; ii) como consequência do item anterior, a arquitetura institucional fragmentada e concentrada em entes subnacionais aumenta potencialmente os riscos do setor, uma vez que estes entes muitas vezes apresentam problemas relacionados à governança e assim como carecem de capacidade técnica e institucional; iii) a baixa concorrência existente no setor limita o incentivo à eficiência na prestação do serviço, já que há incentivo para que os titulares firmem contratos com entidades públicas”.⁵⁸

Observa-se que esses problemas policêntricos⁵⁹ estão relacionados com uma intrincada rede de falhas e violações interdependentes, conectados entre si,

55 FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa: poder local e Cidade-Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 271.

56 “A contemporaneidade se caracteriza por produzir todos os dias situações que sequer poderiam ser imaginadas pelo legislador de outrora, fazendo surgir inúmeros ‘vazios’ normativos e conflitos negativos e positivos de competência.” PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, [S.l.], v. 3, n. 14, out./nov./dez. 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1413/879>. Acesso em: 20 fev. 2020.

57 MENDES, André Pacheco Teixeira. *Política pública municipal e federalismo permissivo: sobreposições de competências administrativas e legislativas e o arrefecimento do controle social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2017.

58 SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERL, [2020]. Disponível em: https://cerl.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

59 PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de coisas inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 26.

que se influenciam e se condicionam reciprocamente. Essas questões complexas possuem um número de centros de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo que a solução de cada ponto depende da solução dos outros pela interação e coordenação entre as instituições, os três Poderes, *stakeholders* e a sociedade civil.⁶⁰

4. A racionalização da gestão pela prestação regionalizada no Novo Marco Legal

No giro democrático-constitucional, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico consolida a tendência pragmática buscada pela sociedade de ruptura da administração pública burocrática para garantir a adoção de estruturas e procedimentos aptos a produzir os melhores resultados.⁶¹ É o movimento de racionalização da gestão e de economização das escolhas administrativas.⁶²

Dessa maneira, a compreensão das relações entre o direito, economia e mercados são fundamentais para implementar estratégias de desenvolvimento econômico e melhoria do ambiente de negócios, levando em consideração as características socioeconômicas. Aplica-se o ferramental econômico para discutir desenhos jurídico-institucionais, com sensibilidade à lógica interna do sistema jurídico e sua estrutura normativa. Dessa forma, direito e economia estão profundamente imbricados, sendo cada vez mais necessário identificar os ganhos mútuos em políticas públicas devidamente fundamentadas pela interdisciplinaridade.⁶³

Nesse sentido, o Novo Marco Legal do Saneamento apresentou a prestação regionalizada como um princípio setorial (art. 2º, XIV) “com vistas à geração de ganhos de escala, por meio do apoio à formação de blocos de referência e à obtenção da sustentabilidade econômico-financeira do bloco” (art. 49, XIV).

60 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 182.

61 “Giro pragmático do direito administrativo — [...] descrição de uma tendência contemporânea da disciplina, [...] estratégia prescritiva de análise e decisão em busca de soluções aptas a alcançar os melhores resultados práticos para os problemas enfrentados pela administração pública.” BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 54.

62 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 34-35.

63 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006.

A *mens legislatoris* é tornar o setor mais atrativo para a participação de atores privados na qualidade de investidores, além das companhias estaduais de saneamento que já tradicionalmente atuam na prestação dos serviços. A prestação regionalizada, com a formação de blocos para garantir maior atratividade empresarial e eficiência econômica ao serviço público de saneamento, tem a capacidade de promover a universalização, por abranger municípios de menor porte, onde, muitas vezes, a prestação individualizada se mostraria deficitária ou pouco lucrativa. Ao se planejar a prestação integrada, num contexto de gestão associada, unindo municípios superavitários a outros deficitários, busca-se garantir a sustentabilidade da operação e ofertar serviços à comunidade com adequação e modicidade tarifária.

O Novo Marco Legal do Saneamento ofereceu novos modelos para a sua estruturação, à luz do art. 3º, VI. Além das já conhecidas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, a Lei nº 14.026/2020 introduziu a “unidade regional de saneamento básico” e o “bloco de referência” — os primeiros instituídos pelos estados e os últimos pela União, mediante leis ordinárias.⁶⁴

É possível conceituá-los da seguinte maneira: i) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião são unidades instituídas pelos estados mediante lei complementar, compostas de agrupamento de municípios limítrofes, por força da CRFB/88, art. 25, §3º, combinado com o Estatuto da Metrópole; ii) unidade regional de saneamento básico é a unidade instituída pelos estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos; e iii) bloco de referência é o agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do §3º do art.

64 “Outra discussão poderá residir em se haverá necessidade de lei autorizativa municipal para aderir a prestações regionalizadas. Com relação à unidade regional, a Lei 11.445/2007 (com a redação dada pela Lei 14.026/2020) requer lei ordinária estadual, mas não alude ao mecanismo por meio do qual os municípios aporão a sua adesão à unidade criada. Quanto aos blocos de referência, a Lei 11.445/2020 (com a redação dada pela Lei 14.026/2020) não aludiu expressamente à necessidade de lei federal e/ou do município aderente. Portanto, a nova legislação também não esclareceu o modo de formalização dessas associações, sendo certo que, se for na forma de consórcios públicos, haverá necessidade de lei municipal autorizativa, nos termos da Lei 11.105/2007. Além disso, previsões da lei orgânica municipal de cada ente federativo a compor o bloco de referência também poderão eventualmente trazer exigências de aprovação do Poder Legislativo local nesse tocante.” SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

52 da Lei nº 14.026/2020 e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

Ressalta-se que a lei inova ao admitir que os municípios que integram as unidades regionais de saneamento básico e os blocos de referência não precisam ser limítrofes, diferentemente das regiões metropolitanas. Ainda, a atuação da União, na instituição dos blocos de referência, deverá acontecer de forma subsidiária à dos estados. Ademais, em que pese a instituição dos blocos de referência ocorrer por ato normativo emanado da União (lei ordinária federal), esses somente serão formalmente criados por meio da gestão associada dos titulares.

Atenta-se que os institutos “unidade regional” e “bloco de referência” não encontram fundamento de validade no §3º do art. 25 da Constituição Federal, que somente confere poder aos estados para, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por “agrupamentos de municípios limítrofes”. No caso das unidades regionais e dos blocos de referência, não há previsão de lei complementar, nem se trata de reunir municípios limítrofes.

Além disso, o desenho das unidades regionais pelos estados e dos blocos de referência pela União, de forma subsidiária (art. 52, § 3º, Lei 11.445/2007, com a redação dada pela Lei 14.026/2020) parece ser uma forma adequada de alinhamento de interesses e superação de um problema que adviria de se deixar os municípios isoladamente escolherem a quem se associar ou não, pois seria difícil ao município mais bem estruturado, ou cuja população tenha maiores condições econômicas de custear o serviço por meio de tarifas, sustentar politicamente que ele integrará um conjunto associativo com outro município em situação de maior carência. A opção de aceitar práticas de subsídio cruzado entre populações residentes em diferentes municípios tenderia a não ser bem aceita por aquela que seria a ofertante do subsídio (mais abastada), e não a subsidiada.⁶⁵

À luz do art. 241 da Constituição Federal, no que tange aos blocos de referência, a lei aludiu expressamente a sua criação por meio de associação voluntária, situação que já encontrava guarida no direito por meio dos convênios de cooperação e dos consórcios públicos da Lei nº 11.107/2005. Para exercício da titularidade

65 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

conjunta do serviço público de saneamento básico, podem ser constituídas autarquias interfederativas, designadas pela lei como “associações públicas”. Por força do art. 2º, §3º, da referida lei, “os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor”.⁶⁶⁻⁶⁷

4.1. O pragmatismo jurídico e a construção da rede de incentivos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico concretiza um novo modelo de organização e diálogo entre os Poderes essencialmente contemporâneo e democrático para oferecer transparência, *accountability*⁶⁸ e desenvolvimento sustentável. A racionalização da gestão na administração pública passa a ser a realidade, de modo a produzir as consequências mais razoáveis, através de escolhas administrativas, que avancem na consecução da justiça social,⁶⁹ consideradas todas as variáveis relevantes,⁷⁰ tanto as particulares do caso concreto como dos efeitos

66 É relevante mencionar que a Lei nº 14.026/2020 incluiu o art. 13, § 8º da Lei nº 11.107/2005 para vedar a celebração de contratos de programa para a gestão associada dos serviços públicos de saneamento básico: “Art. 13 [...] § 8º Os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim”.

67 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

68 “*Accountability* refere-se ao dever de um detentor de poder público de prestar contas para sua consequente responsabilização, que está totalmente alinhado com os valores de um Estado democrático de direito. A doutrina faz uma classificação de *accountability* em duas dimensões: horizontal e vertical. A *accountability* horizontal diz respeito aos mecanismos de supervisão, controle e avaliação recíproca dos vários níveis de governo, que são exercidos através de agências e instituições estatais possuidoras de poder legal e de fato. A divisão dos poderes e a possibilidade de controles entre eles têm como objetivo evitar a corrupção e em forte ligação com a democracia. [...] *Accountability* vertical (também chamada de *accountability* política ou *accountability* democrática) diz respeito ao controle político realizado pelos cidadãos.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança, governabilidade e *accountability*: qualidade na administração pública. *IESDE*. Disponível em: https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/128358/mod_resource/content/1/governa%C3%A7%C3%A3o_governabilidade_accountability_qualidade_na_adm_p%C3%BAblica.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

69 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 58.

70 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico*: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 57.

sistêmicos relacionados ao Estado Democrático de Direito, tais como previsibilidade, generalidade, estabilidade e segurança jurídica.⁷¹

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico possui o ineditismo de desenhar uma rede de incentivos à prestação regionalizada no saneamento básico.

É aí que surge o modelo de regulação por incentivos. Nesse modelo, o regulador estabelece metas predefinidas ao agente regulado que, por sua vez, possui um poder discricionário limitado para escolher como implementá-las. Isso facilita a ação do regulador que passa a se limitar a monitorar o cumprimento das metas e impor punições caso o agente regulado não aja de forma adequada. Em resumo, as características desse modelo regulatório podem ser sintetizadas em dois aspectos: (i) o estabelecimento de metas regulatórias claras e o desenho de mecanismos específicos para o seu monitoramento; e (ii) o reconhecimento de um poder discricionário limitado ao agente regulado, permitindo que este maximize seu desempenho operacional e sua rentabilidade.⁷²

Nesse sentido, observa-se que o legislador realizou um esforço de afastar a prestação individual pelos municípios, estimulando a gestão associada pelos blocos de referência e pelas unidades regionais de saneamento básico. De forma regionalizada, a formulação do plano de saneamento básico deverá considerar a disposição das bacias hidrográficas e contemplar a diversidade dos entes federativos partícipes, à luz da governança interfederativa da região. O intuito é ampliar os ganhos de escala, ao delimitar uma área territorial com adensamento populacional compatível com uma alocação ótima de recursos escassos na execução dos serviços, ainda que essa seja diferente dos limites geográficos individuais de cada município.

Ademais, há a possibilidade de criação de blocos heterogêneos, em que a presença de municípios deficitários é compensada pela de outros superavitários, recorrendo-se à técnica do subsídio cruzado.⁷³ Assim, torná-los-ia mais atrativos

71 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 59.

72 ARAÚJO, Thiago C. *Infraestrutura e sua regulação*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019. p. 207.

73 Há a possibilidade de realização de subsídio cruzado entre titulares (tarifários ou fiscais), nos termos do art. 31 da Lei nº 11.445/2007 (com a redação conferida pela Lei nº 14.026/2020) para usuários de baixa renda. Quanto maior a base de clientes a custear um programa de universalização para baixa renda, em tese menor o peso individual dessa medida.

aos investidores, públicos ou privados, assegurando que a ampliação da cobertura ocorra nos diversos perfis de municípios, beneficiando a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico para toda a população brasileira.

De outro lado, como visto, a solução traz complexidade do ponto de vista político do gestor público municipal com população com maior renda per capita ou menor desigualdade, pois pode ser difícil a ele justificar o ingresso em uma prestação regionalizada quando seus munícipes arcarão com parte da conta decorrente da situação adversa de outros municípios parceiros. Em que pese a Constituição Federal aludir ao federalismo cooperativo na busca da redução das desigualdades regionais, aplicar essas transferências implícitas entre municípios poderá ser difícil de implementar na prática. É neste momento que a busca de financiamento pela União Federal pode ser um argumento robusto a proteger o gestor que adira à proposta de regionalização: o art. 13 da Lei 14.026/2020 requer a elaboração de decreto para dispor sobre o apoio técnico e financeiro da União à adaptação dos serviços públicos de saneamento básico às disposições desta Lei, observadas as seguintes etapas: (i) adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada; e (ii) estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada.⁷⁴

Com a ampliação das competências da Agência Nacional de Águas (ANA), agora Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, pretende-se melhorar a qualidade da regulação e assegurar maior uniformidade normativa. Há ainda a expectativa de que a Agência federal defina e padronize minutas de contratos de concessão e regras de fiscalização do serviço, com as agências locais realizando as adequações e as adaptações necessárias aos mais de mais de 5.500 municípios brasileiros.

Sob o ponto de vista empresarial, tais medidas são muito bem-vindas por garantirem a previsibilidade e a segurança jurídica aos possíveis investidores e prestadores, ao evitar uma miríade de normas regulatórias e a excessiva variedade de editais de licitação, que tenderiam a ocorrer caso cada município atuasse individualmente. Ainda que possivelmente sujeitos a um menor número de reguladores, teoricamente deverão ser mais bem qualificados e adotarão regras

74 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

mais uniformes, à luz da normatividade da ANA. Dessa maneira, a maior eficiência regulatória da ANA, pelo enxugamento de outras instâncias de controle, promove a redução do número de atores (*players*) e garante maior transparência nesse mercado tão complexo.

No art. 50, inciso VI, da lei, há mais um incentivo à estruturação da prestação regionalizada, que é a alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos, ou operados por órgãos, ou entidades da União, nesses empreendimentos. Ainda que a adesão a essas entidades não seja mandatária, é fortemente estimulada, sob o ponto de vista financeiro, uma vez que esses recursos financeiros federais são essenciais para a expansão da rede e o cumprimento das metas de universalização. Ademais, o §1º do mesmo art. 50 esclarece que, na aplicação de recursos não onerosos da União, terão prioridade os investimentos que viabilizem a prestação regionalizada por meio de blocos regionais, quando a sua sustentabilidade econômico-financeira não for viável apenas com os recursos oriundos de tarifas ou taxas.

Assim, a lei estabelece a necessidade de consentimento dos municípios que venham a conformar a unidade regional, pois a lei alude à “adesão pelos titulares dos serviços”, de modo que é possível cogitar-se de que essa não aconteça. Desde que o município possa buscar fontes alternativas para custear a prestação do serviço em seu território, prescindindo de recursos públicos federais, estará livre para fazê-lo (o financiamento pela iniciativa privada emerge como uma hipótese a esse respeito).⁷⁵

Assim, o presente modelo regulatório, expresso pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, se caracteriza pelo seu pragmatismo jurídico, tendo em vista a racionalização do aparato estatal na consecução de objetivos constitucionais.

O pragmatismo jurídico demonstra seu caráter instrumental na medida em que auxilia na persecução de um fim concreto em razão de uma necessidade. Também residual “quando a forma da norma entra em conflito com o seu próprio conteúdo fundamental, diante das circunstâncias do caso, permite-se que se decida com base em um argumento consequencialista”.⁷⁶

75 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

76 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 67.

Portanto, o pragmatismo jurídico se baseia no princípio da juridicidade⁷⁷ no uso da razão pública.⁷⁸ Determina “o desenvolvimento de uma abordagem coerente do Direito voltada para a ‘engenharia social’”.⁷⁹

5. ADI 6.492/DF: o questionamento do novo compromisso regulatório

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou a ADI 6.492/DF para questionar a constitucionalidade de dispositivos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico perante o STF. O ministro Luiz Fux indeferiu pedido de liminar, pois não verificou, no exame preliminar da ação, perigo da demora ou plausibilidade do direito que justifiquem a concessão de liminar por decisão individual.

Foram articulados os seguintes argumentos na petição inicial:⁸⁰ a) suposta violação do princípio constitucional da autonomia federativa dos municípios⁸¹ e rompimento do pacto federativo, em razão da regulamentação tarifária e da padronização dos instrumentos negociais pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico; b) ameaça ao direito público subjetivo coletivo ao saneamento básico com universalidade e modicidade tarifária pela desestatização, o que acarretaria maior vulnerabilidade social em periferias urbanas e áreas rurais; c) a ausência de um período de transição romperia com o sistema de subsídio cruzado e acarretaria o esvaziamento do patrimônio das Cesbs, considerada a impossibilidade de amortização gradual de investimentos já realizados.

77 “A lei deixa de ser o fundamento único da atuação do Estado-Administração para tornar-se apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Lei Maior.” BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 45.

78 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 140-141.

79 FREIRE, Alonso. *O pêndulo de Posner*. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, [S.l.], v. 8, n. 2, 2015. Disponível em: revistapensamentojuridico.fadisp.com.br. Acesso em: 22 jul. 2021.

80 AGRA, Walber de Moura. [Petição inicial]. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/07/ADI-contra-Novo-Marco-Legal-de-Saneamento-B%C3%A1sico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

81 “Alguma controvérsia tem surgido em torno da figura da unidade regional, justamente pelo fato de que essas serão criadas por lei ordinária estadual, o que tem sido interpretado por alguns como violador da autonomia municipal assegurada pelo art. 18 da Constituição Federal.” SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

Inicialmente, o ministro do STF Luiz Fux apontou que a “realidade alarmante de precariedade sanitária no Brasil exige uma atuação imediata, concertada e eficiente do Poder Público.”⁸² À luz do experimentalismo democrático, deveria existir deferência técnica à especialização do setor para respeitar o cronograma de implementação da rede sanitária com prazos ampliados.

Sobre a questão federativa, o STF já fixou entendimento, na ADI 1.842/RJ, quanto à constitucionalidade de instituição de região metropolitana para saneamento básico e quanto à repartição constitucional de competências. Destaca-se que “a Federação atual exige a gestão compartilhada entre os entes em prol de se promover direitos e eficiência estatal”,⁸³ concretizando o federalismo cooperativo.

“Com a redemocratização do país [...], cresce a perspectiva de planos setoriais públicos, na linha de uma administração pública dialógica. E isso fica claro que este acordo de vontades passa pela administração pública dialógica.”⁸⁴

Nesse sentido, o art. 20, inciso XX, da Constituição, ao conceder competência à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, expressamente indica o saneamento básico. Assim, há a competência regulatória de natureza técnico-administrativa de agência reguladora estadual de saneamento básico, sem prejuízo da competência comum aos entes para atuar na área.

Diante dos escassos investimentos e do abandono de obras em redes de saneamento nos últimos trinta anos, a ampliação da participação do setor privado no serviço de saneamento e resíduos sólidos figura como uma decisão de economia política, tendo em vista que o fortalecimento dos entes reguladores tem o condão de fomentar o desenvolvimento econômico sustentável. Ainda que haja a judicialização da política,⁸⁵ é importante que o STF se mantenha deferente ao

82 AGRA, Walber de Moura. [Petição inicial]. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/07/ADI-contra-Novo-Marco-Legal-de-Saneamento-B%C3%A1sico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

83 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492/DF*. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Lei 14.026/2020. Atualização do marco legal do saneamento básico. [...] Relator: Min. Luiz Fux, 2 dez. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464818/false>. Acesso em: 25 jul. 2021.

84 HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação: teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 459.

85 “A opção por princípios macroinstitucionais como presidencialismo, sistema proporcional, multipartidarismo e federalismo aumenta a difusão do poder político no Brasil, estimulando a judicialização ante a necessidade de o Judiciário dirimir frequentes conflitos positivos e negativos travados entre ‘Poderes’, entes federativos, agências reguladoras, partidos políticos.” BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 205.

compromisso regulatório proposto pelos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, passa-se a promover a regulação por incentivos,⁸⁶ em que o regulador limita-se a monitorar o cumprimento das metas e a impor punições caso o agente regulado não aja de forma adequada.

Ademais, a inovadora concentração da função regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico pretende solucionar os riscos gerados pela sobreposição de entidades reguladoras. Ainda que, em certos casos, a coexistência regulatória seja benéfica e consentânea com a complexidade inerente a alguns sistemas, ela pode ser ineficiente ao causar inconsistências, bem como onerar excessivamente o usuário ou comprometer a clareza das diretrizes. Há, ainda, o risco de colapso das regras regulatórias em razão da dependência regulatória, em que a busca por legitimidade de cada agência por seu mandato é moldada pela conduta das outras, na contramão de uma cooperação regulatória.

Para Zagrebelsky (1998), o controle de constitucionalidade possui duas características, a saber: uma de natureza jurídico-formal, que ressalta a Constituição como norma jurídica, e a outra, de natureza política, que enfatiza o pluralismo político como força social. A primeira é a condição teórica da justiça constitucional, e a segunda, a condição prática.⁸⁷

No exercício da jurisdição constitucional na ADI 6.492/DF, o STF se manteve firme para reconhecer e consolidar essa nova realidade institucional politicamente construída e desejada através do Novo Marco Legal do Saneamento Básico. O mérito da ADI foi julgado em curto lapso temporal, e a decisão pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade trouxe segurança jurídica às providências de implantação do novo marco regulatório do setor.

6. Conclusão

Verifica-se que a Lei nº 14.026/2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico, é um passo para o avanço civilizatório da sociedade brasileira para

86 “A mudança de marco regulatório, assim, caminha no limite em que incentivos são claramente postos à regionalização e ao agrupamento de municipalidades, mas não se impõe que os municípios integrem unidades regionais ou blocos de referência, nem se transfere automaticamente a essas uniões associativas a titularidade do serviço, opção essa que restou rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1842.” SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.

87 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 14.

garantir o mínimo existencial nos serviços públicos sanitários. Fruto do concerto político, a lei traz novos institutos compatíveis com o modelo de regulação por incentivos. Há a consciência da administração pública gerencial de estabelecer metas predefinidas ao agente regulado e monitorá-las por mecanismos específicos, bem como reconhecer o poder discricionário limitado dos *stakeholders* para sua implementação para maximizar o desempenho operacional e a rentabilidade.

Ademais, a lei respeita a titularidade do serviço aos municípios, mas não proíbe que esses se reúnam para que consigam prestá-lo com eficiência e racionalidade econômica para as suas respectivas populações, sobretudo em face da complexidade e dos altos investimentos necessários para essa finalidade. Assim, a lei busca conciliar o incentivo à regionalização com a manutenção da autonomia federativa dos municípios, constitucionalmente consagrada e aplicável ao saneamento básico, conforme o julgamento da ADI 1.842/RJ pelo STF.

Nesse sentido, agora a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico passa a se apresentar como entidade capaz de fomentar a articulação das estratégias sanitárias e assegurar maior uniformidade normativa, inclusive regras padrão de fiscalização do serviço; bem como a normatização de contratos de concessão e regras de fiscalização do serviço em colaboração com as agências locais, realizando as adequações e adaptações necessárias aos mais de mais de 5.500 municípios brasileiros. Isso significa que a ANA, ao contrário de usurpar as competências municipais ou de colocar em risco esse direito público subjetivo coletivo, será a principal fiadora da expansão nacional da rede de saneamento básico, mormente para as populações mais carentes.

Referências

- A CADA cinco segundos, morre no mundo uma criança com menos de 15 anos. *Unicef*. Disponível em: <https://www.unicef.org/angola/comunicados-de-imprensa/cada-cinco-segundos-morre-no-mundo-uma-crianca-com-menos-de-15-anos>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- AGRA, Walber de Moura. [Petição inicial]. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/wp-content/uploads/2020/07/ADI-contra-Novo-Marco-Legal-de-Saneamento-B%C3%A1sico-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- ARAÚJO, Thiago C. Infraestrutura e sua regulação. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia*: diálogos. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- ARAÚJO FILHO, Valdemar Ferreira de. O quadro institucional do setor de saneamento básico e a estratégia operacional do PAC: possíveis impactos sobre o perfil dos investimentos e a redução do déficit. *Boletim Regional e Urbano*, Brasília, n. 1, p. 61-65, dez. 2008. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5521/1/BRU_n1_quadro_institucional.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BRASIL. Senado Federal. Parecer nº <*>, de <dia> de <mês> de 2020. Relator: Tasso Jereissati. <dados da publicação>. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8125378&ts=1593043966001&disposition=inline>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492/DF*. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Lei 14.026/2020. Atualização do marco legal do saneamento básico. [...] Plenário. Relator: ministro Min. Luiz Fux, 2 dez. 2021. Brasília, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464818/falsehttp://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5965908>. Acesso em: 25 jul. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842*. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998 [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 6 mar. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur241775/false>. Acesso em: 25 fev. 2023.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CASTELAR, Armando Pinheiro; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Campus, 2006.
- CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (CEBDS); INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento brasileiro*. [S.l.]: [s.n.], [2014]. Disponível em: <https://cebds.org/publicacoes/beneficios-economicos-da-expansao-saneamento-brasileiro/#.YPDeYMSSIPY>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- CONTIPELLI, Ernani. Solidariedade no federalismo fiscal comparado. *Direito e Desenvolvimento*, [João Pessoa], v. 4, n. 8, p. 61-93, jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesarrollo/article/view/234>. Acesso em: 16 out. 2021.
- FERNANDES, Vitória. Brasil precisa de R\$ 753 bilhões para universalizar acesso ao saneamento até 2033, aponta KPMG. *Money Times*, [S.l.], 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/brasil-precisa-de-r-753-bilhoes-para-universalizar-acesso-ao-saneamento-ate-2033-apon-ta-kpmg/>. Acesso em: 20 jul. 2021.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *Federalismo constitucional e reforma federativa*: poder local e Cidade-Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FERRO, Gustavo et al. Efficiency in Brazil's water and sanitation sector and its relationship with regional provision, property and the independence of operators. *Utilities Policy*, [S.l.], v. 28, p. 42-51, mar. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095717871300074X>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, [S.l.], v. 8, n. 2, 2015. Disponível em: revistapensamentojuridico.fadisp.com.br. Acesso em: 22 jul. 2021.
- HEINEN, Juliano (org.). *Direito da regulação*: teoria e prática dos setores regulados. Salvador: JusPodium, 2021.
- HERANÇAS de um paradoxo. *Em Discussão!*, Brasília, DF, ano 6, n. 26, p. 24-49, set. 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, abr./jun. 2002.

- MENDES, André Pacheco Teixeira. *Política pública municipal e federalismo permissivo: sobreposições de competências administrativas e legislativas e o arrefecimento do controle social*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2017.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança, governabilidade e *accountability*: qualidade na administração pública. *IESDE*. Disponível em: https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/128358/mod_resource/content/1/governa%C3%A7a_governabilidade_accountability_qualidade_na_adm_p%C3%BAblica.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.
- PAIXÃO, Juliana Patrício da. *Estado de coisas inconstitucional: sob a perspectiva da saúde coletiva e da metáfora da árvore*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- PIRES, Thiago Magalhães. Federalismo e democracia: parâmetros para a definição das competências federativas. *Direito Público*, [S.l.], v. 3, n. 14, out./nov./dez. 2006. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1413/879>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A reforma do marco legal do saneamento básico e o incentivo à prestação regionalizada dos serviços. In: OLIVEIRA, Carlos Roberto de; GRANZIERA, Maria Luiza Machado (orgs.). *Novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- _____. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS). Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em: 26 jul. 2021.
- SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; PARENTE, Ana Tereza Marques. *Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CERI, [2020]. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.
- TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014. p. 43. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rfdfe/index.php/rfdfe/article/view/258>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- YEUNG, Luciana. *Empresas, consumidores e mercados: fundamentos microeconômicos*. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). *Direito e economia: diálogos*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 14.

4

A Máxima da Eficácia dos Direitos de Informação e de Participação nos Processos Regulatórios: A Teoria Processual Administrativa da Regulação como Ferramenta de Legitimação do Poder-Dever do Regulador

José Cardoso Dutra Junior

1. Introdução

O presente capítulo busca explicar a relevância da aplicação da teoria processual administrativa da regulação para mitigar os efeitos não desejados — mas reais e sempre presentes — das forças que operam sobre o regulador¹ no contexto explicado pela teoria econômica da regulação, situando-a no panorama das teorias da escolha pública.

Como ponto de partida, na seção 2, resgatam-se os principais postulados da teoria que ganhou corpo a partir do início dos anos 1970, sintetizando as lições de George Stigler, Sam Peltzman e Gary Becker, para buscar descrever a realidade do ambiente político regulatório das sociedades modernas, com foco naquilo que costuma influir no comportamento dos reguladores. Ainda nessa parte, o texto irá firmar posição sobre a existência, ou não, de relação de efetiva captura ou de verdadeira barganha/negociação no ambiente de um “mercado de regulação”, bem como a respeito da singularidade ou diversidade de grupos que se confrontam politicamente, recorrendo às lições de Richard Posner sobre a transposição de teorias comportamentais da economia clássica para a economia da regulação.

A seção 3 partirá das premissas da teoria econômica da regulação e da existência de vieses do próprio regulador para abrir um campo jurídico-processual administrativo em busca de balizas para a atuação do agente público. Fincando-se nos fundamentos da teoria processual administrativa da regulação, tal como concebidos por Steven Croley, o capítulo, nessa etapa, procurará evidenciar como a procedimentalização da regulação pode servir para a constrição do regulador em direção ao interesse público.

Com esse propósito, as subseções 3.1 a 3.3 percorrerão, em passo fundamental, os alicerces da processualidade administrativa, para, em seguida, recordar as finalidades do processo administrativo regulatório. Segregando, então, a finalidade processual de legitimação do exercício do poder regulatório, o texto se proporá a atestar sua correlação com o alcance do devido processo legal procedimental à luz da jurisprudência do STF formada sobre os direitos fundamentais da informação e da efetiva participação no processo decisório, incluindo o direito do interessado de ter seus argumentos considerados (contraditório material).

1 As expressões “regulador” ou “reguladores” serão usadas, no presente trabalho, para identificar as autoridades (logo, agentes com poder de decisão) que integram entes com competência regulatória em sentido estrito, excluídos, portanto, os membros do parlamento e os ocupantes de cargos de cúpula no governo, titulares do poder de regular *lato sensu*.

Sequencialmente, demonstrar-se-á que a imposição de limites processuais ao regulador (procedimentalização regulatória adequada) é importante ferramenta para conter decisões enviesadas e favores regulatórios, especialmente a partir da imposição efetiva do dever de justificação (motivação), derivado do direito fundamental de participação democrática e influenciadora no processo decisório.

Por fim, examinar-se-á, na seção 4, em que medida as normas gerais previstas na Lei nº 13.848/2019, que hoje regulam o processo decisório nas agências reguladoras brasileiras, prestigiam o direito de informação sobre os chamados documentos preparatórios das deliberações regulatórias, e também o direito de participação nos processos normativos das agências, especialmente no que diz respeito à efetividade do diálogo com os interessados e a sociedade, e à vinculação dos reguladores à motivação das respectivas respostas ofertadas no curso de tais processos.

2. A teoria econômica da regulação: favores regulatórios e decisões enviesadas

Do ponto de vista econômico, a regulação se justifica a partir do pressuposto de que, operando de forma livre, os agentes do mercado podem vir a realizar transações que produzam efeitos não desejáveis sob a ótica da coletividade. É importante, por isso, que o Estado crie um ambiente de incentivos² para que, ao agirem em busca da satisfação de seus próprios interesses, as empresas, os consumidores e demais agentes econômicos não se distanciem do que é melhor para a sociedade em geral, que é a maximização do bem-estar social, como ensinam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi.³

Por essa ótica, a regulação econômica é a atuação do Estado que visa influenciar o comportamento do agente econômico para atingir determinando fim considerado relevante pelos titulares da política pública ou da competência regulatória. Ela se faz por meio de um conjunto de normas que estabelecem incentivos/desonerações ou desincentivos/onações, obrigações ou dispensa de obrigações, imposição ou retirada de condições, proibições ou permissões. Visa-se influenciar o comportamento economicamente desejável aos olhos de quem regula e tem o poder de coerção, isto é, de quem pode exigir dos

2 Em sentido amplo, abrangendo as diversas técnicas de indução comportamental econômica que o Estado tiver ao seu alcance.

3 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2005. p. 254.

agentes econômicos as condutas necessárias ao atingimento de determinado fim público normativamente assentado, especialmente ineficiências geradas por falhas de mercado.⁴

O objetivo da regulação econômica deve ser aquilo que se costuma chamar de bem-estar coletivo, o bem comum, o interesse geral, ainda que, episodicamente, sua ferramenta seja prestigiar um interesse individual. Daí Tirole pontuar que “a procura do bem comum passa, em grande parte, pela construção de instituições que visem reconciliar, na medida do possível, o interesse individual e o interesse geral”,⁵ tendo como guia a eficiência paretiana, isto é, melhorar a situação de um agente econômico sem trazer com isso prejuízo a outro.

Nessa perspectiva, como definir o bem comum — aquilo a que se aspira para a sociedade — exige, pelo menos em parte, um juízo de valor, é normal que esse reflita as preferências, o grau de informação, a posição na sociedade, a visão de equidade, os valores morais e religiosos e outras particularidades que variam de pessoa para pessoa.⁶ Por isso, e não sem razão, há quem sustente que a regulação pode, muitas vezes, travestir de público o interesse de um grupo específico ou um interesse qualquer do próprio agente público.

No seu texto seminal “A teoria econômica da regulação”, de 1971,⁷ George Stigler advogou ser a regulação o resultado da vontade da “indústria”.⁸ Dizia o expoente da Escola de Chicago que “em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”.⁹ Ou seja, em Stigler a regulação é, em regra, um produto negociado entre a indústria e os titulares do poder político, daí falar-se na existência de uma constante barganha entre regulados e reguladores (oferta e demanda de regulação),¹⁰ que

4 Ibidem.

5 TIROLE, Jean. *A economia do bem comum*. Tradução de Rita Carvalho e Guerra e Pedro Carvalho e Guerra. Lisboa: Guerra & Paz, 2018. p. 16.

6 Ibidem, p. 15.

7 STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 16 jul. 2021.

8 Indústria, nos trabalhos de Stigler, equivale aos agentes privados do mercado regulado.

9 STIGLER, op. cit., p. 3.

10 A doutrina esclarece que Stigler nunca usou essa palavra. Cf. ARANHA, Márcio Iorio. Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 16, p. 11-37, dez. 2019. p. 27. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3314>. Acesso em: 17 jul. 2021.

melhor explicaria o fenômeno regulatório do que a tese da captura¹¹ do regulador pela indústria.¹²

A propósito, Márcio Iório Aranha, em profundo estudo sobre os diversos autores que desenvolveram a doutrina da escolha pública (*public choice*), esclarece que a teoria de Stigler pertence ao universo dessa, não se confundindo com a teoria da captura. Com apoio em Richard Posner, explica o professor da Universidade de Brasília que Stigler teria “apenas aparentemente adotado a teoria da captura”, mas optou por trabalhar com a expressão mais aberta “oferta e demanda de regulação”,¹³ embora sem abandonar a premissa maior de que a regulação econômica verte em favor dos interesses de grupos privados, presente também na teoria da captura.¹⁴ Todavia, estudos posteriores direcionados à captura regulatória “se apropriaram da teoria econômica da regulação como um arauto eficaz”,¹⁵ e a reiterada menção a Stigler nesse contexto acabou construindo a ilusória sensação de que esse professor tenha protagonizado a teorização da captura.

O que interessa, porém, para o escopo deste capítulo, é que a teoria da regulação econômica de Stigler — e, de resto, os escritos de outros autores alinhados à teoria da escolha pública — procuram explicar os porquês dos comportamentos dos atores políticos nas trocas que resultam na matéria regulatória, partindo de fundamentos da teoria econômica geral. Como reconheceu Posner, ao avaliar a tese, é aplicável ao ambiente político-regulatório o pressuposto geral da economia clássica — adotado pela teoria econômica da regulação — de

11 Ibidem.

12 Peltzman esclarece que a teoria da captura já era desenvolvida antes de — e por isso não pode ser atribuída a — Stigler, remetendo o leitor ao trabalho de Marver Bernstein (1955), intitulado “Regulating business by Independent Commission”. Cf. PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E.; NOLL, Roger G. The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, [S.l.], v. 1989, p. 1-59, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2534719>. Acesso em: 17 jul. 2021.

13 ARANHA, Márcio Iório. Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 16, p. 11-37, dez. 2019. p. 28. Não é correto, entretanto, afirmar que a teoria de Stigler é uma teoria da captura, sob pena de ter-se de afirmar que toda a economia neoclássica, apoiada no reconhecimento de mercados de oferta e demanda, significaria a sua captura pelos demandantes. Em outras palavras, confundir a proposta de barganha constante entre reguladores e regulados com a postura apodítica de que sempre a regulação, como produto deste mercado, será adquirida na forma, no tempo e nos termos desejados pela indústria, conforme proposto pela teoria da captura, fere um dos pressupostos básicos da escolha pública de que o comportamento racional individual dirige o mercado político, mas sem extingui-lo.

14 Ibidem.

15 Ibidem, p. 28.

que o comportamento humano é uma resposta de seres racionais individualistas ao ambiente em que vivem; vale dizer: as pessoas tendem a promover seus próprios interesses e o fazem de forma racional.¹⁶ Ou seja, essa é, portanto, a realidade de quem pratica a regulação em seu sentido amplo: parlamentares, governo e reguladores.

Destaca-se, então, como primeiro referencial teórico deste capítulo, a teoria da regulação econômica como modelo que estuda a arena na qual os grupos econômicos privados organizados abrem interlocução com políticos que, por interesses eleitorais, de manutenção de poder ou mesmo financeiros, concebem e implementam, diretamente (ações do Parlamento ou do Executivo) ou por meio de influência sobre os reguladores, um ambiente regulatório capaz de atender ao interesse privado da indústria. Isso se dá sob diversas estratégias, que podem variar conforme o objetivo a ser alcançado, como subsídios, barreiras à entrada de novos concorrentes em determinado mercado, onerações para quem fabrica produtos substitutos daquele produzido pelo grupo econômico interessado, fixação ou controle de preços de produtos, estabelecimento de cotas de produção, entre outras.¹⁷

Por esse olhar stigleriano, aquele que está na posição de autor de política pública, ou de regulador, além de maximizar seu próprio interesse vinculado ao poder, seria bastante útil na maximização do bem-estar econômico de quem integra a indústria. Divididos entre a opinião pública e a rentabilidade pessoal (exemplo: contribuições de campanha ou promessas de bons empregos após a vida política), os políticos fazem escolhas que determinam a regulação em prol da indústria; essa que, quanto mais organizada e concentrada, mais eficiente será na conquista da regulação.¹⁸ Foi assim que Stigler fincou os pilares para o desenvolvimento da teoria econômica da regulação, nome esse atribuído anos depois por Richard Posner.¹⁹

Outros trabalhos vieram a complementar a teoria. Sam Peltzman, em 1976, ao escrever *Toward a More General Theory of Regulation*,²⁰ procurou demonstrar

16 POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974. p. 356. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0005-8556%28197423%295%3A2%3C335%3ATOER%3E2.0.CO%3B2-A>. Acesso em: 21 jul. 2021.

17 STIGLER, 1971, p. 4-7.

18 Ibidem, p. 3.

19 ARANHA, 2019, p. 25 .

20 *Para uma teoria mais geral da regulação*, em tradução livre.

que o regulador não é capturado por um único interesse econômico (o da indústria que auferir lucros), mas por vários ao mesmo tempo, de distintos grupos de interesse, inclusive de consumidores, desde que tenham um peso político marginal.

Nesse contexto, os políticos, sempre de olhos voltados à maximização de suas utilidades (notadamente, votos e recursos financeiros para campanhas eleitorais), buscam alcançar um equilíbrio mediante alocação de benefícios entre os grupos interessados de maneira ótima. Se consumidores organizados podem oferecer votos ou mesmo dinheiro, a pura e simples defesa dos interesses dos produtores não será mais a estratégia política dominante. O pequeno distanciamento do interesse da indústria (redução do retorno para essa) não implicará a ruptura relacional de poder estabelecida ou a retirada de apoio ao sistema de poder estabelecido.²¹

A posição de Peltzman encampa, assim, uma perspectiva da teoria econômica da regulação que, embora não afastando a premissa stigleriana de que a regulação não nasce de um fim idealista de suprir falhas de mercado para alcançar o bem-estar coletivo, trabalha com o conceito de uma clara convergência de distintas forças organizadas em direção aos autores das políticas regulatórias e ao próprio regulador, que reflete a distribuição de benefícios que colherá: em parte, os interesses da indústria; em parte, os dos consumidores; em parte, os dos ambientalistas etc.

Estabelece-se, portanto, a ideia de que, no cenário de oferta e demanda por regulação, a maximização dos interesses da indústria sofre limitação na justa medida em que o regulador precisa satisfazer a maximização dos interesses de outros grupos que ostentem capacidade de ofertar contrapartidas a conquistas regulatórias, ainda que menores, numa espécie de eficiência não paretiana.

Por fim, Gary Becker, em artigo publicado em 1983²² sobre a competição entre grupos de pressão, parte do mesmo quadro visualizado por Peltzman, em que diversas coletividades se organizam para pressionar o sistema político e obter benefícios, recusando-se a assumir custos que não sejam contrapartida a retornos em utilidades para os seus integrantes.

Todavia, nesse jogo de forças, um limite é imposto ao regulador: a queda de bem-estar social que resultar da implementação do equilíbrio na distribuição

21 PELTZMAN; LEVINE; NOLL, 1989, p. 9.

22 BECKER, Gary. Theory of competition among pressure groups. *Journal of Law and Economics*, [S.l.], v. 19, p. 245-248, ago. 1976.

da regulação.²³ Em outras palavras, a regulação ineficiente sob a ótica do interesse geral — postulado da teoria econômica da regulação — não caminha sem peias. Ainda que se queira encontrar a balança ideal para pesar as deferências feitas aos diversos segmentos que se organizam para colher benefícios regulatórios, será inevitável a perda de bem-estar social (ganho do ganhador menos a perda do perdedor no contexto de queda dos níveis de produção induzida pelo regulador), de todo indesejável.

Assim, as achegas teóricas de Becker centralizam-se na postulação de que as perdas ilimitadas de bem-estar social — naturais na concepção original da teoria — devem ceder espaço a um equilíbrio de forças no qual o regulador tende a se preocupar com o desenho de uma regulação que possa aumentar o bem-estar comum com um custo social e político menor que, por exemplo, a distribuição de benefícios por meio do aumento de impostos. Destarte, o sistema político tenderá a ser atraído para setores em que ele possa aumentar a riqueza ou para aqueles em que as perdas de bem-estar serão pequenas.

Todavia, para além das barganhas próprias de um “mercado de regulação”, é inegável que também influenciam as decisões dos reguladores fatores de ordem pessoal, que podem ou não convergir, episodicamente, com o interesse das forças políticas que sobre ele operam. Por isso, é correto dizer que a regulação sempre ostenta um viés (*bias*), ora flexionando-se em favor do mercado, ora inclinando-se em favor dos consumidores, e, obviamente, sempre sujeita à concepção política — e correlata ideologia — dominante em determinado momento histórico, notadamente diante da alternância de mandatos dos reguladores, dos parlamentares e do chefe do Executivo.

Sobre a regulação enviesada, Juarez Freitas leciona que “com a percepção crucial de que a racionalidade dos agentes econômicos se apresenta, em maior ou menor escala, enviesada (*biased*), uma regulação imparcial (nunca neutra) intenta suprimir os vícios de agentes do mercado e do governo”.²⁴

Por isso, reportando-se às finalidades regulatórias de assegurar o desenvolvimento sustentável e a implementação de prioridades constitucionalizadas (direitos subjetivos assegurados a usuários de serviços públicos ou privados),

23 PELTZMAN; LEVINE; NOLL, op. cit., p. 39.

24 FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. p. 98. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/44/519>. Acesso em: 15 jul. 2021.

argumenta o referido professor que “uma boa teoria de intervenção regulatória tem de mapear os vieses subjacentes a toda atividade decisória (pública e privada). Daí a relevância de conhecer os desvios cognitivos que tendem a comprometer o equilíbrio, a justiça e o balanceamento da regulação sustentável”.²⁵

De fato, tanto quanto os governantes²⁶ e os parlamentares, os reguladores também podem se enviesar por interesses próprios. Isso não quer significar que eles ajam motivados necessariamente por vontade de atender o governo, o parlamento ou os agentes. Podem também regular impulsionados por *nudges*²⁷ relacionados ao seu bem-estar pessoal, como a possibilidade de ganhar visibilidade (nome) para ascender a outros cargos, gozar de boa reputação com colegas, construir imagem de referencial de conhecimento no setor, construir um perfil pessoal técnico etc.

Enfim, sendo inarredável a premissa de uma regulação subjacentemente enviesada (flexionada para os interesses dos agentes, do governo, dos reguladores ou do parlamento), passa-se a investigar em que medida a adoção de constrições procedimentais poderia contribuir para a redução de favores regulatórios e decisões enviesadas.

3. A teoria processual administrativa da regulação e a busca de maior legitimação das decisões regulatórias

3.1 Os fundamentos da teoria jurídico-processual da regulação

No seu clássico *Law or Economics*,²⁸ de 1972, Stigler ensinou que, enquanto os economistas se preocupam em saber se os meios (medidas de regulação

25 Ibidem, p. 99.

26 Os termos “governantes” e “governo” serão aqui usados para se referir à estrutura de topo do Poder Executivo, que inegavelmente exerce influência sobre o regulador, seja via diretrizes oficialmente baixadas, seja via interferência não oficial, notadamente em agências cujo corpo diretor tem maioria nomeada pelo chefe do Executivo que está no comando no momento da deliberação.

27 Os *nudges*, objeto de estudo na ciência comportamental e na economia, são elementos externos a um problema ou a um processo que influenciam nas escolhas feitas por quem toma uma decisão na vida pessoal ou profissional. Em matéria de regulação, seriam, *grosso modo*, os estímulos subjacentes e invisíveis, de índole pessoal do regulador, que influenciam na sua decisão, isto é, que integram a arquitetura de suas escolhas. Sobre o tema, consultar THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. *Constitutional Political Economy*, [S.l.], v. 19, p. 356-360, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>. Acesso em: 13 jul. 2021.

28 STIGLER, George J. The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-12, jan. 1972. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724009>. Acesso em: 16 jul. 2021.

econômica) pelas autoridades competentes são eficientes para alcançar o fim público (o escopo da política pública), a preocupação que norteia os operadores do direito reside em verificar se os caminhos escolhidos e os destinos alcançados se adequam ao conceito de justiça e à legislação posta.

Apesar de ser adepto da compreensão de que a melhor solução para evitar que os grupos de interesse se beneficiem da regulação é o próprio abandono da regulação em prol de um livre mercado que se regule, o professor de Chicago não deixou de anotar que os juristas, não se limitando ao pragmatismo dos estudos sobre os efeitos da regulação, deveriam se esforçar para construir uma teoria jurídica processual que se comparasse, em termos evolutivos, à teoria dos processos econômicos construída pelos economistas, tendo sempre sob perspectiva a citada relação entre os fins e os meios. As tarefas de ambos — juristas e economistas — devem ser complementares em busca do mesmo fim público, numa espécie de parceria tácita.²⁹

Ao longo das décadas seguintes, tanto a teoria econômica da regulação evoluiu — no sentido de transformar-se — quanto a teoria processual em matéria regulatória também se desenvolveu.

Steven Croley, professor da Universidade de Michigan e proponente da chamada teoria processual administrativa da regulação, erigiu doutrina segundo a qual a procedimentalização da regulação, somada a uma estrutura regulatória adequada, é uma ferramenta para a melhor concretização do bem-estar social. A tese centra-se no pressuposto de que, desde que equipados com certas regras do processo administrativo e amparados por um contexto jurídico-institucional bem definido, os reguladores tenderão a alcançar resultados regulatórios que refletirão objetivos de interesse geral.³⁰

A teoria postula que o regulador, se levar em consideração todos os fatos relevantes, as informações e os argumentos vindos ao processo decisório — tanto os apurados pela própria agência quanto os conhecidos a partir de comentários ou alegações recebidos de interessados —, e se der ao público pleno conhecimento de todos os dados que podem influir na tomada de decisão (justamente para que acerca deles possa receber manifestações), certamente irá produzir

29 Ibidem, p. 1-8.

30 CROLEY, Steven P. Public Interest Regulation. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 28, p. 7-107, 2000. p. 28. Disponível em: <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol28/iss1/2>. Acesso em: 12 jul. 2021.

deliberação final que, justamente por refletir atenção e endereçar argumentos a todos os pontos importantes levantados pelos diversos atores envolvidos com o tema, tende a se aproximar do interesse público subjacente e a trazer as explicações suficientes para o caso de judicialização pontual.³¹

Trata-se, assim, de abordagem da regulação que sustenta a possibilidade de, por meio do adequado instrumental jurídico, ao menos reduzir o déficit de neutralidade regulatória inerente à realidade fenomenológica explicada pela teoria econômica da regulação. Nessa esteira, argumenta Croley que as próprias “armadilhas” da procedimentalização — em muitos processos de natureza “quase-judicial”,³² como a apresentação de provas, a oportunidade de contestar evidências contrárias, a exigência de decisões escritas que expliquem os fatos e a norma subjacentes à decisão da agência, a oitiva oral das partes etc. — acabam se tornando um inconveniente para o regulador que, motivado a prestigiar interesses específicos, pretenda fazer concessão de favores regulatórios a grupos empoderados.³³

Em outras palavras, a teoria jurídica conhecida como processual administrativa da regulação, ou teoria jurídico-institucional da regulação, “revela dimensão jurídico processual da regulação” e “enfoca um aspecto pouco aprofundado pela teoria econômica: o processo jurídico-institucional de preservação da dicção funcional do direito”.³⁴ A partir de um estudo da “manifestação do poder administrativo”, ela se ocupa da “dimensão processual do fenômeno regulatório em sua justificativa funcional de autonomia do processo de tomada de decisões”.³⁵

Assenta-se, então, a teoria na concepção de procedimentalização e de estruturação institucional regulatória adequadas, como estratégias para deixar mais escassos, estreitos ou — na pior das hipóteses — menos confortáveis os atalhos para favores regulatórios como aqueles descritos pela teoria econômica da regulação, determinados pelas forças políticas dos grupos de interesse sobre o parlamento, o governo e o regulador. Por essa ótica, o processo regulatório é um veículo relevante para o alcance do fim público previsto normativamente,

31 Ibidem, p. 35.

32 Característica presente de modo mais intenso no direito processual administrativo estadunidense, mas que existe também em certa medida no Brasil, a depender da espécie de medida regulatória a ser deliberada.

33 CROLEY, 2000, p. 38.

34 ARANHA, Márcio Iório. *Manual de direito regulatório*. 4. ed. [S.l.]: Laccademia Publishing, 2018. p. 42. E-book.

35 Ibidem, p. 43.

pois sua correta estruturação permitirá identificar desvios de finalidade a partir dos quais, muitas vezes, são confundidos, propositalmente, o interesse geral (ou público) com o interesse do ente público, do órgão, do governante ou do agente público que atua em seu nome, em desprestígio aos interesses individuais ou coletivos que, por serem vinculados a direitos fundamentais e naturalmente indisponíveis, não podem ser menoscabados.³⁶

Márcio Iório Aranha refere-se às categorias conceituais que compõem a teoria processual administrativa da regulação como sendo estas: a existência de procedimentos administrativos; a neutralidade desses; e o desenho de um ambiente jurídico-institucional adequado. Acrescenta o professor da Universidade de Brasília que a neutralidade do processo administrativo se apoia na natureza jurídico-funcional da decisão administrativa, ao passo que a exteriorização do processo via procedimento administrativo apoia-se em transparência, visibilidade, obtenção de apoio social, melhoria do conteúdo de regulamentação propostas, antecipação de críticas dos atores setoriais e oportunidades de ajuste da proposta.

Sobre o ambiente jurídico-institucional adequado, esse decorreria, ilustrativamente, de medidas como a garantia da estabilidade profissional do regulador, o seu relacionamento constante com comitês acadêmico-científicos, a geração de incentivos ao regulador defensor do interesse público e o respeito de estruturas de poder à competência das agências reguladoras. A implementação dessas categorias, segundo o professor, tem aptidão para impedir que o regulador se torne uma peça inerte no jogo de trocas políticas.³⁷ Isso justifica o empenho da “literatura do novo direito administrativo” no desenvolvimento dos conceitos de “autonomia dos órgãos reguladores, independência administrativa, transparência processual, e processo decisório administrativo”.³⁸

Resumindo esse referencial teórico, Hamanda Negreiros pontua que a relevância da teoria reside na defesa de uma “normatização que visa atender interesses que excedem o escopo de determinados grupos, tomando como base a existência de um processo que busca minimizar os riscos da captura por meio

36 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, [S.l.], ano 2, n. 6, p. 39-41, 2005.

37 ARANHA, 2018, p. 43-44.

38 *Ibidem*, p. 44.

da tentativa do resguardo do interesse público”.³⁹ É a normatização do processo de tomada de decisão para “realização da regulação publicamente interessada e imune às pressões de grupos especiais política e economicamente influentes”.⁴⁰ O processo administrativo é, assim, “o canal legal e institucional por meio do qual são tomadas decisões regulatórias operacionais e concretas”.⁴¹

3.2 A procedimentalização como garantia de legitimação

É lapidar a lição de Luhmann segundo a qual “os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários dos sistemas políticos das sociedades modernas”.⁴² De fato, antes de qualquer juízo sobre a medida em que a procedimentalização deve se instalar, é preciso ter a certeza de que a ausência de procedimentos não apenas abre margem ao abuso de discricionariedade como também gera um déficit democrático indesejável em qualquer Estado que não se assuma autoritário.

Já é distante o tempo em que se pensava em processo administrativo como simples ambiente de produção de atos administrativos, observados os requisitos prescritos normativamente. À medida que se ampliaram as funções do Estado e se alteraram as relações entre esse e a sociedade — com mutações do próprio direito administrativo —, o perfil do processo administrativo também evoluiu “para chegar até a legitimação do poder; saiu-se da perspectiva interna para perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa”.⁴³

São estas as finalidades do processo administrativo consagradas na doutrina: viabilizar garantias aos interessados (fim garantista — três círculos — Estado de Direito); melhorar o conteúdo das decisões e o cumprimento dos fins da atividade administrativa (colaboração para embasamento); ampliar a eficácia das decisões (colaborar aumenta tendência de aceitar e cumprir); legitimar o poder em concreto (imperatividade racionalmente motivada); aprimorar o desempenho da função administrativa (maior conhecimento e consideração dos dados

39 NEGREIROS, Hamanda Rafaela L. F. V. de. A aplicação da teoria processual administrativa à Lei nº 13.655/2018 e as reformas regulatórias. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 129-146, out. 2019. p. 136.

40 *Ibidem*, p. 134.

41 *Ibidem*, p. 136.

42 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 17.

43 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993. p. 61-62.

da questão controvertida); concretizar a justiça na administração (busca da verdade sem a cultura da remessa ao Judiciário); aproximar a administração dos cidadãos (maior contato, mais participação, mais pluralismo, democracia na atuação administrativa); sistematizar as atuações administrativas (organização racional da edição de atos, simplificação, conhecimento do modo pelo qual o agente público atua); facilitar o controle da administração (regras mais claras sobre o agir público facilitam o controle social, judicial e dos entes de controle — Estado de Direito); e servir de ambiente de convergência da concretização de princípios e regras que presidem a atividade administrativa.⁴⁴

Dentre esses escopos, destaca-se, para os fins deste trabalho, o de legitimação do poder em concreto, consistente no afastamento da ideia de imperatividade opressiva do Estado (regulador), que cede lugar à imperatividade racionalmente motivada, em cujo palco se apresentam procedimentos dentro dos quais se identificam os problemas e as respectivas soluções (regulatórias), bem como informações suficientes e abertas (transparência) para que se possa aferir “se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”.⁴⁵

A legitimação do exercício do poder de regular, segundo essa ótica, habita nos procedimentos, nas regras do jogo, na previsibilidade por parte do interessado (regulado) acerca das etapas a serem cumpridas no caminho até a decisão favorável ou não. Reside a legitimidade na certeza quanto aos critérios que serão adotados no relacionamento com os interessados diretos e indiretos, nos princípios que serão observados, nas regras que serão aplicadas em matéria procedimental (devido processo legal administrativo). Como num jogo de xadrez, a incerteza deve orbitar em torno do movimento exato que o jogador resolve fazer dentre as diversas possibilidades existentes (extensão objetiva da decisão); jamais sobre o formato do tabuleiro e quais peças podem ser mexidas e em que direção. Incerto é o *destino* (o que exatamente será decidido ao final); certo, porém, é o *mapa* que apresenta os diversos *percursos* que podem ser adotados.

Legítimo é, nessa perspectiva, o exercício do poder regulatório que se faz num ambiente de segurança jurídica processual para quem demanda a regulação, numa arena em que estejam bem definidos os direitos, os deveres procedimentais e as responsabilidades de quem oferta a regulação. Portanto, a procedimentalização é, ao fim e ao cabo, garantia de legitimação.

44 MEDAUAR, 1993, p. 62-69.

45 *Ibidem*, p. 65.

3.3 Desdobramento do devido processo legal procedimental: a participação influenciadora e a justificação racional da regulação

Julia Black ensina que procedimentos, participação e desenho institucional são as soluções comuns atualmente defendidas para uma série de problemas regulatórios percebidos, desde as grandes questões das falhas dos modelos tradicionais de regulação, até as mais prosaicas questões de legislação ambiental, de telecomunicações, corporações etc.⁴⁶

As atenções estão voltadas para o desenvolvimento de procedimentos e estruturas institucionais que possam melhorar a deliberação regulatória e permitir a participação da sociedade. A tônica está na melhor forma de projetar e implementar políticas regulatórias, e não em disciplinar o conteúdo substantivo dessas, embora não se possa, obviamente, pensar em adequadas regras de participação e deliberação processual (meios) sem levar em conta a natureza da regulação substantiva que se pretende editar (fins).⁴⁷

Essa procedimentalização da regulação envolve inúmeros aspectos, de certo modo antecipados linhas acima quando foi abordada a exposição das bases da teoria processual administrativa. Um deles, porém, merecerá atenção especial neste capítulo, que é a necessidade de justificação racional do regulador nas respostas que oferte para as manifestações (participação) que os regulados endereçam sob a forma de alegações nos processos de adjudicação de direitos ou de contribuições nos processos de elaboração de normas.

O dever de apresentar justificação racional, também chamada de motivação, é matéria de processo administrativo regulatório (perspectiva procedimental), não obstante também figure como requisito de validade do ato administrativo (perspectiva substancial).

Nesse sentido, embora respeitados autores esclareçam que o dever de motivar é elemento do ato administrativo e por isso tema de direito administrativo material, é imperioso enxergar o aludido dever como desdobramento do direito fundamental ao devido processo legal procedimental, especialmente dos subprincípios do contraditório e da ampla defesa, logo ínsito à procedimentalização regulatória. Portanto, para entender o alcance que se pretende dar ao direito a uma justificação racional, antes é preciso ter presentes tais princípios constitucionais.

⁴⁶ BLACK, Julia. Proceduralizing Regulation: Part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 20, n. 4, p. 597-614, dez. 2000. p. 1. Disponível em <https://doi.org/10.1093/ojls/20.4.597>. Acesso em: 21 jul. 2021.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 3.

Recorde-se, inicialmente, que o art. 5º da Constituição de 1988, após cuidar do devido processo legal substancial (inciso LIV), cravou, no inciso LV, o direito fundamental de que aqueles que possam ser afetados por decisões na esfera administrativa tenham assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a essa inerentes. Esse conjunto principiológico consagrou-se, no direito brasileiro, como a cláusula do devido processo legal processual ou procedimental administrativo.⁴⁸

A teoria processual, ao tratar do contraditório, inicialmente aludia à sua significação usando dois binômios: informação necessária e reação possível, isto é, sobre a necessidade de se dar informação a quem de direito para que esse, de posse dela, possa emitir manifestação reativa.⁴⁹ Posteriormente, evoluiu-se para incluir a participação-influência como elemento essencial do contraditório, entendida como o direito de participar de um processo de forma dialógica para com isso ter a possibilidade de influenciar, de algum modo, a decisão a ser proferida ao final.^{50,51,52}

Assim, o contraditório abrange tanto ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado direto ou reflexo quanto ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.⁵³ De igual modo, abrange a oportunidade de manifestar um ponto de vista sobre fatos, documentos e sobre outros pontos de vista, bem como de originariamente levar fatos, documentos e argumentos ao conhecimento da autoridade reguladora competente para decidir.⁵⁴ E é justamente nessa face-ta que o contraditório tem vínculos fortes e estreitos com a ampla defesa, uma

48 Para entender a evolução doutrinária sobre o tema nos anos que se seguiram Constituição de 1988, conferir MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993. p. 79-83.

49 DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 93.

50 FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, p. 165-193, 2012.

51 MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 336.

52 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 226.

53 Conceito positivado no art. 3º, II, da Lei nº 9.784/1999. Cf. BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999.

54 Direito contemplado pelo art. 3º, III, da Lei nº 9.784/1999. Cf. BRASIL, 1999.

interconexão profunda, que gera dificuldade teórica e prática de separar com precisão seus domínios,⁵⁵ dada a sua mescla no curso do processo.⁵⁶

Conglobando, dessarte, os aspectos dos contraditórios e da ampla defesa, o direito de participar — e assim poder influenciar de algum modo a convicção da regulador — está prestigiado expressamente, no direito brasileiro, pelo advérbio de tempo “antes” que o legislador inseriu no inciso III do art. 3º da Lei nº 9.784/1999, bem como na expressão “os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”, contida na parte final do mesmo preceito, que carrega assim também o predicado dialógico da participação, consistente na resposta a ser dada pelo agente público àquilo que lhe é submetido pelo participante.

Registre-se, todavia, que não seria necessário que a Lei de Processo Administrativo Federal tivesse dito isso expressamente. O legislador, no particular, foi sem dúvida expletivo, porquanto essa eficácia objetiva do direito fundamental ao contraditório decorre da própria Constituição, isto é, da interpretação do seu art. 5º, LV, como fez o Supremo Tribunal Federal ao sufragar voto vencedor do ministro Gilmar Mendes, no sentido de que a garantia prevista no referido preceito constitucional contempla os seguintes direitos fundamentais dela decorrentes:

- 1) **direito de informação** (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar, à parte contrária, os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) **direito de manifestação** (Recht auf Äusserung), que assegura ao acusado a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **direito de ver seus argumentos considerados** (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99).⁵⁷

55 Ilustrativamente, a doutrina classifica também como desdobramento da ampla defesa o direito de manifestação prévia à decisão, de receber comunicações, de ter acesso a processos, de tomar ciência de documentos novos, de apresentar alegações, de produzir provas etc. Cf. GORDILLO, Augustin. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, n. 10, out./dez. 1969. p. 21.

56 MEDAUAR, 1993, p. 101-102.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RMS nº 24.268/MG*. Mandado de segurança. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação

E, para conectar inexoravelmente os direitos do contraditório e da ampla defesa à noção de participação processual administrativa dialógica, o voto condutor do julgado ainda agregou observações específicas em relação ao direito fundamental do regulado de ver as suas alegações apreciadas. O Supremo Tribunal reconheceu que “o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador” envolve não só o dever de tomar conhecimento, mas também “o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”.⁵⁸

Por fim, fazendo a ligação da última chave, o Supremo conecta a esse direito — de ver as alegações detida e seriamente consideradas — o dever da autoridade administrativa decisora de justificar racionalmente, isto é, de motivar sua decisão. Lê-se no acórdão que “[é] da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões”.⁵⁹

Essa interpretação constitucional que prevaleceu no STF está em perfeita harmonia com a doutrina administrativista que se construiu nas duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988.

Odete Medauar destaca que um dos desdobramentos mais relevantes do contraditório é exatamente a motivação, pois seria vã a oportunidade de participação processual “se não existisse fórmula de verificar se a autoridade administrativa efetivamente tomou ciência e sopesou as manifestações”.⁶⁰ É pelas justificativas da decisão do regulador que os regulados e, de resto, a sociedade poderão saber se, quando, como e em que extensão as alegações, os fatos e os documentos trazidos por quem participa do processo foram levados em conta na formulação da decisão final. É o que se costuma chamar de contraditório material, que difere do contraditório simplesmente formal.⁶¹

da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 22 jul. 2021.

58 BRASIL, 2004, p. 170.

59 Ibidem, p. 170.

60 MEDAUAR, 1993, p. 107. Nas páginas 108-111 desta obra, a professora da Universidade de São Paulo faz um bom resumo do panorama de direito comparado relativamente ao dever de motivação, com boas referências históricas.

61 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/RT, 2018. p. 133.

Como a motivação permite que venham a lume eventuais sintomas de desvio de poder ou ilegalidades, ela constrói as bases sobre as quais se desenvolverá, em maior ou menor extensão, eventual controle judicial.⁶² Destarte, é correto afirmar que o devido processo legal procedimental, por meio da concretização do contraditório e da motivação a ele correlata, colabora para que se tenha também maior transparência do processo decisório.

Infere-se, portanto, que o dever do regulador de justificação racional da regulação (seja a normativa, seja a adjudicatória ou a sancionadora) é desdobramento da cláusula constitucional do devido processo legal procedimental, especialmente dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, somente a motivação explícita, clara e congruente das decisões regulatórias,⁶³ como produto da participação dialógica dos interessados diretos e indiretos no processo administrativo, é que permitirá completar-se a cadeia de direitos fundamentais estampada no art. 5º, LV, da Constituição.

A justificação racional dos atos regulatórios é, portanto, matéria essencialmente procedimental e, mais do que isso, é expressão de um direito fundamental, logo precisa ser levada a sério pelo regulador.

4. A máxima da eficácia dos direitos fundamentais de informação e de participação como ferramenta de constrição legitimadora do poder-dever do regulador

Fixou-se linhas acima a premissa da inevitabilidade das pressões e negociações que sempre se farão presentes, por parte dos grupos de interesses específicos ou especiais, na formação das decisões regulatórias, realidade bem descrita pelas teorias da escolha pública, em especial a teoria econômica da regulação. Pontuou-se, ainda, que, além das influências do parlamento e dos governantes — resultante justamente do diálogo deles com os já referidos grupos —, os reguladores também podem enviesar sua atividade a partir de interesses próprios, não necessariamente classificáveis como ilegais ou mesmo imorais.

Adicionalmente, resenharam-se acima os fundamentos da teoria processual administrativa da regulação, tendo como ponto de partida os escritos de

⁶² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 196-197.

⁶³ Esses foram os três adjetivos usados pelo legislador federal no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

Croley. Observou-se que as boas práticas regulatórias tendem a ser alcançadas por meio de medidas que combinem um bom arranjo institucional das estruturas regulatórias e a adequada procedimentalização da regulação, incluindo, mas não se limitando a, iniciativas como o anúncio daquilo que se pretende decidir, a abertura de oportunidades para o recebimento de contribuições ou comentários, o endereçamento de argumentos para essas colaborações e a condução de um processo decisório racional que inclua esclarecimentos para as decisões adotadas — os porquês do comportamento regulatório.

Indaga-se: dentre os diversos aspectos da procedimentalização regulatória, qual deles mereceria um tratamento mais detido no Brasil atualmente? De certo modo, a subseção anterior já antecipou a resposta, ao demonstrar a absoluta relevância do direito fundamental do regulado — ou, de forma mais ampla, de quem participa de um processo administrativo regulatório — de ter considerados, séria e detidamente, os fatos, as provas e os argumentos jurídicos endereçados ao regulador.

Como todo direito fundamental, o direito à efetiva participação influenciadora — isto é, o direito de ter seus argumentos considerados — reclama aplicação do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade, segundo o qual, na interpretação das normas da Constituição, deve-se fazer prevalecer o sentido que lhes empreste maior eficácia ou efetividade.⁶⁴ No caso de dúvida, “deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.⁶⁵

Não há no modelo regulatório brasileiro o adequado tratamento normativo que assegure a máxima eficácia ao referido direito fundamental, seja nos processos de elaboração de normas, seja naqueles de adjudicação de direitos. As regras existentes ou são insuficientes para fazer valer a garantia constitucional ou são com ela incompatíveis. O resultado disso é a abertura de espaço para arbitrariedades e o menor controle do enviesamento da regulação, haja vista que é maior a chance de aceitação da decisão pelo corpo social quando a transparência permeia todo o processo antes de consumado o resultado.

Note-se, a propósito, que a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras,

64 COÊLHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91.

65 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.224.

não dedicou uma só palavra aos chamados documentos (ou atos) preparatórios. Aliás, no único dispositivo que passou perto do assunto e cuida dos instrumentos de participação social, a lei autorizou as agências a divulgarem, trinta dias úteis após a deliberação, o seu posicionamento sobre as críticas ou as contribuições recebidas em consultas ou audiências públicas (art. 9º, §5º, e art. 10, §4º). Esses preceitos serão tratados mais adiante, quando abordaremos o direito processual de participação.

Antes, no que se refere aos processos de natureza adjudicatória de direitos, de grande volume nas agências, é fato que a matéria do amplo acesso à informação, embora verse sobre direito fundamental de índole procedimental, não mereceu tratamento adequado na lei mais importante da regulação brasileira. Logo, por falta de normas especiais de estatura legal para os ambientes regulados, aplicam-se aos processos administrativos das agências a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação — LAI) e seu respectivo regulamento, o Decreto nº 7.724/2012 (RLAI).

A LAI, após anunciar em seu art. 3º que pretende assegurar o direito fundamental de acesso à informação, excepcionou-o em seu art. 7º, §3º, ao prever que “o acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”. Na mesma linha, andou o art. 20 do RLAI ao dispor que “o acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão”.

Tem sido comum as agências, com base em tais dispositivos, negarem o acesso a documentos e informações que possam vir a ser usados como fundamentos para as suas decisões, os quais têm sido chamados de atos ou documentos preparatórios.⁶⁶ Partindo de interpretação literal do preceito, isolada do sistema, aplicam silogismo simplista: se o documento x — ou a informação y nele contida — pode vir a integrar a motivação do ato decisório, o regulador não está obrigado a dar conhecimento ao interessado nem a terceiros.

Não obstante, sendo pacífica a existência de direito fundamental de acesso à informação de processos regulatórios (inclusive como desdobramento do

66 O art. 3º, XII, do Decreto nº 7.724/2012, crava esse conceito para os fins daquele regulamento: “documento preparatório — documento formal utilizado como fundamento da tomada de decisão ou de ato administrativo, a exemplo de pareceres e notas técnicas”.

devido processo legal procedimental), é imperioso que se atribua às referidas regras infraconstitucionais uma interpretação conforme a Constituição, excluindo-se o sentido normativo claramente inconstitucional e, por isso, nulo. Com isso será possível maximizar a eficácia do direito fundamental de informação e, conseqüentemente, do direito fundamental de participação influenciadora.

Paulo Bonavides ensinava que a finalidade da interpretação conforme é encontrar o sentido da interpretação da lei ordinária que se mostre de acordo com a Constituição.⁶⁷ Diante de possibilidades interpretativas variadas, impõe-se a quem pretende aplicar a lei extrair dela o sentido que mais se harmonize com o texto constitucional.⁶⁸ No ponto objeto da presente seção, é vital que se interprete o comando da LAI e de seu regulamento de maneira a garantir a máxima eficácia do devido processo legal procedimental, que alberga, como visto, os direitos fundamentais de informação e de participação influenciadora.

Assim, cumpre retomar a premissa fundamental de que o Supremo Tribunal Federal já definiu o alcance do devido processo legal procedimental, estabelecendo o entendimento de que o direito fundamental de informação (acesso a documentos do processo) se conecta diretamente com o de participação (formular alegações) e esse com o direito de ter seus argumentos considerados pela autoridade decisora (participação influenciadora). Dessa maneira, não se completará a corrente do devido processo legal procedimental se, logo no primeiro elo, houver ruptura em razão de negativa, irrazoável ou desproporcional, do direito de informação.

Para que isso não ocorra, há que se afastar, de plano, a interpretação segundo a qual todo e qualquer documento qualificado como preparatório poderia ser segregado pelos reguladores para acesso externo apenas após a edição da decisão. É que proceder assim, sem que seja com a finalidade de preservar outro valor ou direito constitucionalmente protegido, implicaria violar a garantia do devido processo legal procedimental nas vertentes de informação e participação.

Não é ocioso registrar que o presente trabalho não se ocupa das hipóteses do art. 23 da LAI, que cuida das informações classificadas.⁶⁹ Aqui interessam

67 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 432.

68 ANDRADE, André Gustavo C. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 100-120, 2003. p. 102. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68184>. Acesso em: 23 jul. 2021.

69 Desde que presentes as situações ali descritas, haverá necessidade de balanceamento dos direitos fundamentais de informação e de participação em face de valores outros que, por sua importância, justificam a negativa de acesso a documentos. "Art. 23. São consideradas imprescindíveis à

tão somente os chamados documentos preparatórios, isto é, aqueles que não são abertos pela simples razão de que podem vir a compor a fundamentação na tomada de decisão.

Sobre esse tema, buscando encontrar um ponto de equilíbrio entre o nada e o tudo, a Corregedoria-Geral da União (CGU), na qualidade de monitora da aplicação da LAI no âmbito da administração pública federal, e de instância recursal administrativa sobre o assunto, editou um manual de boas práticas no qual defende que, em princípio, a legislação concedeu “relativa discricionariedade da Administração ao conceder acesso a tais documentos antes que o processo de tomada de decisão seja concluído”.⁷⁰ Todavia, a CGU faz duas ressalvas importantes a essa compreensão, a partir da certeza de que, “em observância ao princípio da máxima divulgação”, a negativa que se fundamente na natureza preparatória do documento “deve observar alguns critérios a fim de ser adequadamente motivada”, diretamente relacionados à ideia de risco: “risco ao processo” ou “risco à sociedade”.⁷¹

Explica aquele órgão que o primeiro critério a ser considerado é a finalidade do processo. Sempre que a disponibilização de uma informação em um processo cuja decisão ainda não foi proferida “possa frustrar a sua própria finalidade”, recomenda-se que essa informação seja disponibilizada apenas após a conclusão do procedimento. O segundo critério relaciona-se com as expectativas dos administrados. Como muitas vezes “uma informação incorreta ou incompleta pode causar grandes transtornos, ao disseminar na sociedade expectativas que não necessariamente se cumprirão”, é de boa cautela não abrir

segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I — pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II — prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III — pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV — oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V — prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI — prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII — pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII — comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.”

70 BRASIL. Corregedoria-Geral da União. *Aplicação da Lei de Acesso à Informação na administração pública federal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: [s.n.], 2019. p. 40. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46641/1/aplicacao_da_lai_2019.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

71 BRASIL, 2019, p. 40.

o documento antes da decisão para “zelar pela segurança jurídica e pela confiança dos administrados”.⁷²

Há um ponto positivo e outro negativo nessa abordagem. Aquele reside na redução de situações de conflitos e judicialização que poderia ocorrer se o órgão de monitoramento da aplicação da LAI não houvesse realizado esse esforço de redução teleológica em face da letra fria dos preceitos legal e regulamentar que alcançam os documentos preparatórios. Certamente, a posição do órgão contribui para afastar a lógica do tudo ou nada. O ponto negativo reside, por seu turno, na verificação de que a CGU se inclinou em favor de interpretação que não atribui máxima eficácia aos direitos fundamentais de informação e de participação influenciadora nos processos administrativos em geral, incluindo os regulatórios.

Note-se que, enquanto o primeiro critério por ela mencionado parece razoável e proporcional na interpretação teleológica do art. 7º, §3º, da LAI — desde que presente efetivamente o risco à finalidade do processo —, o segundo critério não tem pertinência com aquele preceito, pois remete à situação hipotética que se enquadraria em alguns dos incisos do art. 23 da LAI, que trata das informações classificadas, cuja restrição de acesso consta em norma autônoma e distinta.

O exemplo usado pela CGU, para o segundo critério, foi o da imaginária minuta de decreto que viesse a impactar o sistema financeiro. Dependendo do seu conteúdo e da forma como fossem divulgadas, informações sobre essas discussões poderiam gerar expectativas em indivíduos, que tomariam decisões mal embasadas. Essa hipótese, sem dúvida, enquadra-se no inciso III ou no inciso IV do art. 23⁷³ da lei (informação classificada), e não no art. 7º, §3º (documento preparatório), o que se confirma pela redação do parágrafo único do art. 20 do RLAI, onde está dito que “o Ministério da Fazenda [atual Ministério da Economia] e o Banco Central do Brasil classificarão os documentos que embasarem decisões de política econômica, tais como fiscal, tributária, monetária e regulatória”.

Assim, a rigor, a interpretação do art. 7, §3º, da LAI, e do art. 20 da RLAI pelas agências reguladoras e, de resto, por outras autoridades administrativas, somente será conforme a Constituição — isto é, compatível com o alcance já fixado pelo STF da cláusula do devido processo legal procedimental — se a justificativa para a negativa de acesso residir no risco ao atingimento da finalidade do processo administrativo.

72 Ibidem, p. 40.

73 Informação que possa “III — pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV — oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País”.

Não serão muitas, por certo, as situações em que, posteriormente à edição do ato, o regulador poderá provar que, se tivesse aberto o acesso à informação, a finalidade do processo administrativo estaria prejudicada. Raramente se tem situações como essa no manuseio de documentos preparatórios como pareceres, notas jurídicas, notas técnicas, informes etc.

Um bom exemplo para uma aplicação constitucional do art. 7º, §3º, da LAI, seria aquele em que a agência reguladora, diante de situação de risco de dano irreparável ou perigo da demora, abre procedimento para a rápida edição de medida cautelar ou decisão de natureza urgente que importe restrição de direitos de agentes do mercado regulado. Imagine-se um regulador — entre aqueles referidos nos diversos incisos de I a XVI do art. 1º da Lei nº 10.871/2004 — que resolvesse usar as prerrogativas que lhe concede o art. 3º, parágrafo único, da mesma lei para “promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções”.

De fato, a depender das circunstâncias do caso concreto, a prévia informação aos agentes envolvidos sobre a abertura de procedimento e o repasse a eles de documentos e informações que serviriam à tomada da decisão regulatória cautelar poderiam permitir que eles adotassem comportamentos aptos a esvaziar o efeito prático ou a utilidade da medida de urgência (decisão do regulador), comprometendo a finalidade desse específico processo. Adequada e proporcional seria, portanto, a restrição ao direito fundamental de informação.

Todavia, registre-se que, mesmo em casos tais, após a decisão sempre haverá a abertura das informações e a “prestação de contas” do regulador à sociedade, à CGU e aos órgãos de controle externo, notadamente diante da existência de regras de responsabilização.⁷⁴ A verificação da aplicação da lei conforme a Constituição se fará, obviamente, à luz de um juízo de razoabilidade e de proporcionalidade, no sentido de aferição da adequação entre o meio (negar acesso) e o fim (preservar a finalidade do processo administrativo), bem como sobre a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva, consistente na eliminação de hipóteses de adoção de providência menos gravosa ao direito fundamental, como o fornecimento de parte do processo, de parte dos

74 Os arts. 32 a 34 da LAI tratam da responsabilização pelo descumprimento das regras de acesso à informação.

documentos ou de parte das informações constantes desses (aplicação de tarjas sobre os dados realmente sensíveis).

Assim, no que se refere ao direito de informação sobre documentos preparatórios, de assento constitucional e absolutamente fundamental, é deficiente a sua concretização no ordenamento brasileiro atual, não tendo avançado nesse ponto a lei que disciplina o processo nas agências reguladoras.

No que se refere especificamente ao direito fundamental — também garantido pela cláusula do devido processo legal administrativo — de participação influenciadora na formação das decisões regulatórias, a Lei nº 13.848/2019 disciplinou o tema de forma parcial e, na parte em que o fez, não endereçou comandos efetivamente concretizadores da efetiva participação.

Como anunciado acima, a referida lei autorizou as agências a divulgarem, trinta dias úteis após a deliberação, as suas respostas às críticas e contribuições recebidas em consultas ou audiências públicas (art. 9º, § 5º, e art. 10, § 4º). Ou seja, o legislador optou por não estabelecer o diálogo aberto, transparente, ainda no momento que precede a deliberação. Preferiu deixar que as agências endereçassem à sociedade um verdadeiro monólogo, haja vista que não haverá nenhuma resposta do regulador à participação social (diálogo) senão após mais de um mês de consumada a decisão.

Essa norma irrita em duas vertentes o devido processo legal procedimental. A uma, menoscaba tanto o direito à informação prévia — à deliberação — sobre os atos do processo; e, a duas, não permite que se consuma a efetiva participação, já que o diálogo agência-participante não se completa, de igual modo, antes da decisão. Ou seja, reduz-se a relevância da participação influenciadora, haja vista que, mesmo aqueles que estiverem admitidos no processo e que possam fazer sustentação oral ou mesmo ter audiências com os reguladores nos dias que precedem a reunião deliberativa colegiada, não terão posse das análises técnicas e jurídicas realizadas pelos órgãos e autoridades da agência para, à luz delas, poder argumentar dialogicamente.

Ademais, não existe norma expressa, na lei que disciplina o processo decisório nas agências reguladoras brasileiras, estabelecendo qualquer espécie de vinculação do regulador aos argumentos de direito (fundamentação jurídica) usados nas respostas ofertadas às críticas e às contribuições recebidas. É razoável supor que, ao rejeitar ou acolher uma contribuição à minuta de ato submetida ao público, valendo-se de determinada interpretação dos preceitos esboçados, o

regulador de algum modo fique vinculado — após a edição das correlatas normas — ao sentido normativo por ele proclamado nos diálogos com os interessados e com a sociedade no processo regulatório correlato.

Tome-se, por empréstimo, embora não em perfeita analogia, o que ocorre no campo licitatório. Formou-se no Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido do caráter vinculante dos esclarecimentos prestados pela administração acerca das regras editalícias.⁷⁵ A Corte abraçou a posição doutrinária capitaneada por Marçal Justen filho segundo a qual “a resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos” e que “a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação”.⁷⁶

Note-se, porém, que não havia na lei de regência (Lei nº 8.666/1993) nenhum preceito cuidando de tal vinculação. Então, a construção doutrinária e jurisprudencial se fez a partir do fundamento de que as respostas (motivação) ofertadas pelo regulador à sociedade em processo participativo atraem a responsabilidade jurídica de ser coerente com a posição assumida. Posteriormente, no Decreto nº 10.024/2019, que regulamentou o pregão eletrônico, o entendimento foi incorporado no art. 23, §2º, daquele subsistema licitatório.⁷⁷

Embora construída dentro do sistema licitatório, a citada vinculação é um bom argumento comparativo para observação do sistema regulatório de produção de normas. É possível ver que, independentemente de norma específica, a motivação dos atos administrativos preparatórios (respostas a contribuições no processo de fazimento de normas regulatórias) carrega em si uma carga vinculativa a partir da qual se torna juridicamente exigível a coerência do regulador na aplicação das regras editadas ao final do processo.

75 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão do Mandado de Segurança nº 13.005/DF*. Relator: Min. Denise Arruda, 10 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83970>. Acesso em: 18 jul. 2021.

76 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 402-403.

77 “Art. 23 [...] § 2º As respostas aos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas pelo sistema e vincularão os participantes e a administração.”

Não se desconhece que, no campo das leis, prevalece o entendimento de que, uma vez editado o texto, esse tem vida própria do ponto de vista da proposição normativa que carrega (“vontade da lei”), pouco importando o que defenderam os parlamentares nas discussões em comissões ou plenário (“a vontade do legislador”).⁷⁸ Não há qualquer possibilidade de vinculação, mas apenas uma porta aberta para usar os anais do parlamento como argumento de interpretação histórica ou teleológica.

A analogia com o processo normativo regulatório não é, porém, adequada. A arena técnica e jurídica da regulação é bem distinta estrutural e funcionalmente do ambiente difuso e atécnico do parlamento. Sabe-se bem quem editou a norma regulatória, ao passo que, no meio parlamentar, a lei, segundo ensina Maria Helena Diniz, é “obra de vários espíritos, cujas ideias se fundem”, pois “o legislador moderno é um ser anônimo constituído por várias pessoas”, resultando no conjunto de “frações de ideias” pautados em diferentes motivos que sequer ficam ordinariamente consignados.⁷⁹ A relação de participação na regulação se estabelece diretamente entre duas pessoas bem identificadas: o participante e a agência, o que não ocorre no contexto congressual de que participam mandatários do povo. A comunicação no meio regulatório é formal, e há norma prevendo o dever de resposta, o que não existe no ambiente parlamentar. Os documentos de resposta às críticas e às contribuições são produzidos pelo corpo técnico do ente e são encaminhados em nome desse, em procedimento dialógico que não tem paradigma na instituição parlamentar.

Todavia, o que é mais importante e decisivo é outro elemento distintivo: a norma administrativa regulatória é, no fim do dia, ato administrativo, que por isso deve ser motivado de forma explícita, clara e congruente (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999), dever que não existe para o parlamento.

Finalmente, se os parlamentares apenas criam as leis, os reguladores editam e aplicam as suas normas. Daí ser admissível, no âmbito regulatório, falar-se no dever de coerência do regulador-aplicador da regulação, tendo como parâmetro de cobrança aquilo que foi escrito pelo regulador-formulador para os que participaram do processo de fazimento da norma.

78 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 420-421.

79 DINIZ, 2003, p. 422.

É falho, portanto, para os processos regulatórios de elaboração normativa e de adjudicação de direitos, o modelo de participação social hoje engendrado pela lei geral das agências, que não zela pela máxima eficácia do direito fundamental ao contraditório em sua plenitude e acaba por frustrar também a plena realização da participação influenciadora, pois o diálogo somente é aberto ao público e aos interessados diretos trinta dias úteis após a tomada de decisão.

A esta altura, já se pode concluir pontualmente que, seja em razão da não implementação da máxima efetividade para o direito fundamental de informação envolvendo documentos preparatórios nos processos regulatórios de adjudicação de direitos e de edição de atos normativos, seja em razão da redução da importância da participação colaborativa nos processos normativos das agências reguladoras, as estruturas regulatórias não estão fazendo uso, como poderiam, de todo o ferramental oferecido pela teoria processual administrativa da regulação.

E quando não se extrai da procedimentalização da regulação, isto é, dos postulados procedimentais importantes da teoria processual administrativa da regulação, tudo aquilo que se pode para obrigar os reguladores a darem efetividade a ferramentas tão fundamentais como o dever de informação e o dever de franquear a ampla participação, há um natural afrouxamento de alguns laços que poderiam ser bastante úteis na contenção do enviesamento decisório e de favores regulatórios.

Sempre que a sociedade perde poder colaborativo na produção da norma regulatória ou da decisão adjudicatória em concreto, o regulador ganha mais espaço, mais liberdade, quer para fazer favores regulatórios aos titulares do poder político ou diretamente a grupos de interesses específicos, quer para encampar, com menos peias, vieses guiados por interesse ou preferências próprias. Disso deriva a redução da importância do cidadão no contexto do processo democrático que deve ser encampado pelas agências no exercício de seu poder normativo, justamente para compensar o déficit de legalidade decorrente do repasse, a tais entes, da competência legislativa que outrora pertenceu ao parlamento.

Ao tratar precisamente desse papel das “pessoas de direito” de construtores da regulação jurídica em sistemas democráticos, Jürgen Habermas reporta-se à existência de “direitos fundamentais de participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam

a sua autonomia política e atrás dos quais eles criam direito legítimo”.⁸⁰ E, para que isso ocorra, “têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador”.⁸¹

Julia Black anota que Habermas estendeu esse caráter construtivo do direito via participação democrática à elaboração da regulação estatal, destacando que, nesse sentido, “o direito procedimental é e requer a democratização da administração: a inserção da deliberação diretamente no processo administrativo e regulatório”.⁸² E conclui ser possível afirmar que, segundo o professor alemão, a visão do direito procedimental como técnica de regulação resume uma teoria dos procedimentos deliberativos a ser observada pelos reguladores na gênese do direito que produzem ao final do processo regulatório, procedimentos esses que tornam legítima a norma criada, donde se pode falar em direito procedimental como forma de legitimação.⁸³

Se o Estado regulador atua para corrigir falhas de mercado e para promover valores socialmente compartilhados, conectados a serviços públicos ou produtos ofertados à sociedade,⁸⁴ não é admissível que, nessa importante missão, as autoridades investidas do poder regulador deixem de guiar-se pela finalidade da norma que lhes atribuiu competência.

Portanto, espera-se que, tanto no tratamento dos atos preparatórios em qualquer processo regulatório quanto no enfrentamento das críticas e colaborações nos processos de criação normativa, os reguladores, em vez de aproveitarem espaços procedimentalmente frouxos para encampar as práticas explicadas pela teoria econômica da regulação, extraiam o máximo possível da teoria processual administrativa da regulação para, ampliando a eficácia dos direitos fundamentais de informação e participação, alcançar resultados regulatórios mais afinados ao interesse público.

80 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 159.

81 *Ibidem*, p. 163-164.

82 BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. Parte I. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 154. A autora se reporta ao trabalho de Habermas intitulado *Between facts and norms*, p. 426 e p. 440-442.

83 BLACK, 2017, p. 154-155.

84 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

5. Conclusão

Este capítulo mostrou a relevância da teoria processual administrativa da regulação para mitigar os efeitos não desejados — mas reais e sempre presentes — das forças que operam sobre o regulador, explicadas pela teoria econômica da regulação.

Partindo das premissas da teoria econômica da regulação e da existência de vieses do próprio regulador, adentrou-se o campo jurídico-processual administrativo em busca de balizas para a atuação do regulador. Pontuou-se a importância do binômio regulação e processo e evidenciou-se como a procedimentalização de regulação pode servir de meio de contenção do comportamento do regulador que não seja pautado primordialmente pelo interesse público.

Após expor os alicerces da processualidade administrativa e as finalidades do processo administrativo regulatório, segregou-se para estudo a finalidade processual de legitimação do exercício do poder pelo regulador, demonstrando que ela deriva da adequada motivação (justificação) da decisão regulatória, que, por sua vez, é desdobramento do devido processo legal procedimental. Foi nesse contexto que se atestou a existência de direitos fundamentais processuais organizados em cadeia: direito de informação, direito de alegação e direito de ver seus argumentos considerados (contraditório material ou participação influenciadora).

Demonstrou-se, ainda, que a atual disciplina geral do processo decisório das agências (Lei nº 13.848/2019) não zela pela máxima eficácia dos citados direitos fundamentais de índole procedimental. Não se está a prestigiar — como se deveria — o direito de informação acerca dos preparatórios nos processos regulatórios de adjudicação de direitos e de edição de atos normativos, ao mesmo tempo que não se atribui a importância devida à efetiva participação colaborativa nos processos de fazimento de normas pelas agências reguladoras. Disso resulta um afrouxamento procedimental que abre espaço para decisões enviesadas e favores regulatórios indesejáveis sob a perspectiva do interesse público.

Propõe-se, então, nesse contexto, que tanto no tratamento dos atos preparatórios em qualquer processo regulatório quanto no enfrentamento das críticas e colaborações nos processos de criação normativa, os reguladores, em vez de aproveitarem espaços procedimentalmente frouxos para encampar as práticas explicadas pela teoria econômica da regulação, extraiam o máximo possível da teoria processual administrativa da regulação para, ampliando a eficácia dos direitos fundamentais de informação e participação, alcançar resultados regulatórios mais aderentes ao interesse público.

Referências

- ANDRADE, André Gustavo C. de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 100-120, 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/68184>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- ARANHA, Márcio Iório. *Manual de direito regulatório*. 4. ed. [S.l.]: Laccademia Publishing, 2018. p. 42. E-book.
- _____. Teoria jurídica da regulação: entre escolha pública e captura. *Revista Direito Público*, [S.l.], v. 16, p. 11-37, dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3314>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- BECKER, Gary. Theory of competition among pressure groups. *Journal of Law and Economics*, [S.l.], v. 19, p. 245-248, ago. 1976.
- BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. Parte I. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. Proceduralizing Regulation: Part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 20, n. 4, p. 597-614, dez. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ojls/20.4.597>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRASIL. Corregedoria-Geral da União. *Aplicação da Lei de Acesso à Informação na administração pública federal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: [s.n.], 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46641/1/aplicacao_da_lai_2019.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.
- _____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão do Mandado de Segurança nº 13.005/DF*. Relator: Min. Denise Arruda, 10 out. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83970>. Acesso em: 18 jul. 2021.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do RMS nº 24.268/MG*. Mandado de segurança. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 fev. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- CROLEY, Steven P. Public Interest Regulation. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 28, n. 1, p. 7-107, 2000. Disponível em: <http://ir.law.fsu.edu/lr/vol28/iss1/2>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- FRANCO, Marcelo Veiga. A evolução do contraditório: a superação da teoria do processo como relação jurídica e a insuficiência da teoria do processo como procedimento em simétrico contraditório. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 22, n. 24, p. 165-193, 2012.
- FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 93-105, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/44/519>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- GORDILLO, Augustin. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, n. 10, out./dez. 1969.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. Conceito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, [S.l.], ano 2, n. 6, p. 39-41, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.
- NEGREIROS, Hamanda Rafaela L. F. V. de. A aplicação da teoria processual administrativa à Lei nº 13.655/2018 e as reformas regulatórias. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 129-146, out. 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/RT, 2018.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E.; NOLL, Roger G. The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, [S.l.], v. 1989, p. 1-59, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2534719>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0005-8556%28197423%295%3A2%3C335%3ATOER%3E2.0.CO%3B2-A>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- STIGLER, George J. The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 1-12, jan. 1972. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724009>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- _____. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 16 jul. 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. *Constitutional Political Economy*, [S.l.], v. 19, p. 356-360, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>. Acesso em: 13 jul. 2021.

TIROLE, Jean. *A economia do bem comum*. Tradução de Rita Carvalho e Guerra e Pedro Carvalho e Guerra. Lisboa: Guerra & Paz, 2018.

5

A Implantação do Sistema *Free Flow* em Concessões Rodoviárias: Como Fica o Equilíbrio Econômico-Financeiro?

Heloisa Conrado Caggiano

1. Introdução

As rodovias brasileiras exploradas por meio de contratos de concessão contam com sistema de cobrança tarifária baseado em poucos pontos uniformes nelas instalados: as praças de pedágio. Ao passar por essas praças, os usuários pagam o valor cheio da tarifa correspondente à categoria do seu veículo, independentemente da distância da rodovia por eles efetivamente percorrida.

Apesar de comum no Brasil, esse sistema de cobrança tarifária gera problemas regulatórios. Por um lado, instala *subsídio cruzado* entre os usuários. Aqueles que percorrem pequenas distâncias (como os que realizam o movimento metropolitano pendular diário), mas são interrompidos por praças de pedágio, pagam, em regra, o mesmo valor da tarifa cobrada de veículos de mesmo porte que percorrem longas distâncias da rodovia. Por outro lado, veículos que trafegam em pequenos trechos nos quais não há praça de pedágio nada pagam; os serviços por eles utilizados são custeados integralmente pelos demais usuários pagantes.

Esse problema regulatório decorre do fato de o valor da tarifa não ser proporcional ao trecho percorrido pelos usuários, suscitando discussões em termos de justiça social. Por essa razão, vários foram os projetos de lei apresentados ao longo dos anos visando instituir a isenção tarifária a moradores ou profissionais em cidades e regiões metropolitanas cortadas por praças de pedágio. O objetivo era isentar total (ou ao menos parcialmente) o valor da tarifa de usuários “frequentes”, que — em tese — fariam uso de um trecho pequeno da rodovia, não havendo razão para pagamento do valor integral cobrado.

Do ponto de vista jurídico, porém, essa solução implica alteração legislativa dos contratos de concessão, o que não é admitido em vista da reserva administrativa — trata-se de competência exclusiva do Poder Executivo.¹ A solução ainda impactava no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, criando problemas no projeto concedido. Já do ponto de vista econômico, a solução era ineficaz: ao reduzir o universo de usuários pagantes, a isenção apenas acentua o subsídio cruzado, pois implica que menos usuários passem a pagar mais para compensar as isenções instituídas.

1 José Joaquim Gomes Canotilho conceitua a reserva administrativa como “um núcleo funcional da administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”. Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 733.

Outro problema regulatório instalado pelo sistema de cobrança tarifária via praças de pedágio é a perda de eficiência nas rodovias, em virtude da interrupção do tráfego (as praças as bloqueiam) e de todas as externalidades negativas daí decorrentes.²

Por muito tempo, a isenção tarifária parecia ser a única alternativa ao sistema de cobrança via praças de pedágio — já que não havia tecnologia de baixo custo que viabilizasse cobrança tarifária proporcional à distância percorrida pelo usuário. Avanços tecnológicos nos últimos anos, porém, viabilizaram o desenvolvimento de um sistema de cobrança capaz de ajustar o valor da tarifa à distância efetivamente percorrida. Trata-se do sistema *free flow*, já implantado em tantos outros países. Daí a Lei federal nº 14.157/2021, publicada em 2 de junho de 2021, ter estabelecido condições para a implantação desse sistema de cobrança tarifária em rodovias e vias urbanas concedidas.³

Sua implantação, porém, traz novos desafios para a cobrança tarifária em concessões rodoviárias — especialmente regulatórios e de impacto nas finanças contratuais. Afinal, como assegurar que os usuários instalem os equipamentos necessários em seus veículos, aderindo ao sistema de cobranças e evitando evasões? Esse custo de instalação nos veículos será dos usuários? Até que haja grande adesão, como compatibilizar sistemas de cobrança que pressupõem praça de pedágio e cancelas com o sistema de livre passagem em uma mesma rodovia? Do ponto de vista da tecnologia, e do grande volume de dados que o *free flow* gera, quais os cuidados necessários por parte das concessionárias na sua gestão e acesso com entidades envolvidas no processo de cobrança e fiscalização? Pode-se cogitar o compartilhamento desses dados com outras empresas, como fonte de receita acessória? Como prevenir fraudes, roubo de credenciais ou acessos indevidos, inclusive para fins de evasão?

2 Por exemplo, a desaceleração dos veículos quando se aproximam da praça gera maior desgaste da rodovia nesses trechos; o aumento da demanda em horários de pico e/ou em feriados implica longas filas, que geram custo de tempo aos usuários e maiores índices de poluição, reduzindo a percepção dos usuários sobre o nível de serviço.

3 A lei teve origem em um projeto que instituiu isenção tarifária a pessoas com residência — ou atividade profissional permanente — em municípios nos quais estivessem situadas praças de pedágio (PLC 1023/2011). Mas no Senado ela recebeu substitutivo alternando-se a proposta para a implantação do sistema *free flow*. A justificativa foi a dificuldade que a isenção tarifária instalaria na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, bem como o custo dessa isenção para os demais pagantes. BRASIL. Senado Federal. Parecer [s.n.], de 2019. Relator: Jayme Campos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8043782&ts=1626384009111&disposition=inline>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Essas e outras questões não foram endereçadas na lei que autorizou a implantação do sistema, mesmo porque a dinâmica e a tecnicidade da cobrança tarifária via *free flow* demandam regulação por meio de normas mais flexíveis e reflexivas.⁴ O propósito da lei foi tratar de aspectos mais gerais, remetendo seu detalhamento ao decreto regulamentador, às normas de agências reguladoras, às demais autoridades competentes e aos futuros editais de licitação e contratos de concessão, atentando-se aos aspectos específicos de cada rodovia licitada.⁵

Apesar disso, um dos dispositivos da lei estabeleceu norma relativa a aspecto bastante sensível das concessões rodoviárias quando da implantação do sistema de livre passagem: a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos diante de perdas de receita decorrentes de evasão dos usuários. Nos termos do art. 2º, ressalvado regulamento do Poder Executivo, o valor total destinado à recomposição das perdas de receita das concessionárias pelo não pagamento de tarifa *não poderá ultrapassar o montante total arrecadado por meio das respectivas multas aplicadas*.

Ao limitar o montante da recomposição da perda de receita da concessionária em caso de evasão à arrecadação decorrente das multas aplicadas, a regra prevista no art. 2º da Lei nº 14.157/2021 preserva o dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos? Afinal, qual o sentido do dispositivo?

Daí o objetivo deste capítulo: analisar de que forma a Lei nº 14.157/2021 pretendeu implantar o sistema *free flow* nas rodovias federais, com especial atenção à norma que tratou do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos em caso de perda de receita da concessão por evasão.

O capítulo está estruturado em três seções, além desta introdução e das considerações finais. A próxima seção traz breve exposição dos sistemas de cobrança tarifária nas concessões rodoviárias, descrevendo o sistema de livre passagem e seus benefícios. A seção 3 sintetiza as normas estabelecidas pela Lei nº 14.157/2021 e a estruturação mínima da implantação do *free flow*. Por fim, a seção 4 enfrenta os temas da forma em que a lei abordou o risco de evasão dos usuários e do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão rodoviária com implantação do *free flow*.

4 Sobre o tema, ver GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

5 Daí a versão final do projeto aprovado conter apenas cinco artigos, dos quais um foi vetado: o art. 4º do PL, que estabelecia prazo de 180 dias para o Poder Executivo regulamentar a lei (competência prevista no § 2º, do art. 1º do PL).

2. Os sistemas de cobrança tarifária em concessões rodoviárias federais

O modal rodoviário no Brasil é responsável por 61% da movimentação de mercadorias e 95% da de passageiros.⁶ São mais de 1,7 milhão de quilômetros de malha, dos quais apenas 12,4% são pavimentados. Dentre as rodovias federais, 87,6% são de pista simples.⁷ Esses dados revelam a necessidade de vultosos investimentos privados para garantir segurança e eficiência no transporte de cargas e passageiros, dada a escassez de recursos públicos para obras de conservação e ampliação da malha. Daí os diversos programas de concessão de rodovias federais implantados desde 1993.⁸

Não obstante a evolução do modelo ao longo das etapas do programa de concessões federais, o sistema de cobrança tarifária tem sido mantido. Trata-se do sistema aberto, por meio de poucas praças de pedágio, com bloqueio transversal, instaladas ao longo da rodovia, e cujo espaçamento é definido com base em critérios de equidade e eficiência.⁹ Para cada praça, são estabelecidos níveis tarifários por tipo de veículo, conforme o potencial desgaste que causam no pavimento, e são definidas as formas de cobrança — usualmente manual (operadores em cabines). Desde 2014, foi prevista a possibilidade de pagamento de forma eletrônica, com cancelas exclusivas nas praças de pedágio.¹⁰

6 Os dados são extraídos da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE (CNT). *Pesquisa CNT de Rodovias 2019*. Brasília: CNT/SEST/SENAT, 2019. Disponível em: <https://pesquisarodovias.cnt.org.br/downloads/ultimaversao/gerencial.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.

7 Para visão geral da malha rodoviária brasileira, ver as informações disponíveis em BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *Rodovias*. [2019]. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/setores/Highways>. Acesso em: 26 jul. 2021.

8 Breve histórico das concessões rodoviárias federais está disponível em AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Histórico*. [2021]. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/historico>. Acesso em: 29 maio 2021. Para exame a partir da análise econômica do direito, ver PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 323-329.

9 Para compreensão desses critérios e sua aplicação prática, ver BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *3ª etapa de concessões rodoviárias — fase 1: Sistema Rodoviário Federal Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal*. São Paulo: FTDE, 2008. Disponível em: http://ftp.antt.gov.br/acpublicas/apublica2008_94/EstudosTecnicos/BR116/EstudosdeTrafegoFinal_LocalizacaoPracaseSistemadePedagiamento.pdf. Acesso em: 29 maio 2021.

10 A cobrança eletrônica em rodovias federais foi regulamentada pela Resolução ANTT 4.281/2014, que estabeleceu normas para padronização, implementação e operação do sistema de arrecadação eletrônica, incluindo a autorização e a designação de entidades de homologação dos

Esse sistema é chamado de aberto porque não instala controle de acesso de veículos em todas as entradas e saídas da rodovia — solução que demandaria custo muito elevado em infraestrutura (as barreiras de controle), a ser repassado à tarifa. Mas o sistema aberto traz consigo uma dificuldade: permitir que parte dos usuários utilize a via sem o correspondente pagamento da tarifa, caso não haja uma praça de pedágio no trecho percorrido entre os acessos de entrada e de saída utilizados. Como consequência, instala-se subsídio cruzado na cobrança: veículos que trafegam por longos trechos, ou por pequenos trechos nos quais há praça de pedágio, pagam o custo do uso da rodovia e dos serviços prestados àqueles usuários que fazem uso gratuito, ou seja, que trafegam em trechos nos quais não há praça de pedágio.¹¹

A dimensão desse problema não é insignificante. Um levantamento feito pela concessionária que opera a concessão da BR-116 (rodovia Presidente Dutra) apontou que apenas 10% dos usuários que trafegam na rodovia estariam pagando tarifa.¹² Isso significa que os outros 90% trafegam gratuitamente, de modo que o custo do desgaste por eles gerado na pista, e os benefícios de que usufruem (como atendimento médico e mecânico), são pagos pelos outros 10% de usuários.

Desse contexto emerge o objetivo da Lei nº 14.157/2021, de autorizar a implantação de sistema virtualmente fechado em rodovias federais. Nos sistemas fechados, todas as entradas e as saídas da rodovia são controladas, de modo que 100% dos usuários (à exceção daqueles isentos por lei e/ou previsão contratual) pagam tarifa proporcional ao trecho percorrido.¹³

componentes desse sistema — como as tags, o sistema de leitura de tags (SLT), os equipamentos de configuração de tags (ECT).

- 11 Sobre subsídio cruzado em políticas tarifárias nas concessões, ver CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-81. Para análise mais ampla acerca da remuneração tarifária em concessões de serviço Público, ver MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 327-330.
- 12 O dado é apontado em notícia veiculada pela Agência Infra. Cf. AMORA, Dimmi. Desinformação, falhas, política e correria ameaçam maior concessão de transportes do país. Agência Infra, [S.l.], 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/desinformacao-falhas-politica-e-coreria-ameacam-maior-concessao-de-transportes-do-pais/>. Acesso em: 29 maio 2021.
- 13 Durante muito tempo, considerava-se muito elevado o custo da instalação desses sistemas fechados, recorrendo-se ao modelo aberto. O avanço da tecnologia e a consequente redução de custo tornaram possível o desenvolvimento de metodologia financeiramente viável. Sobre a localização das praças de pedágio e outros aspectos conceituais das concessões de rodovia, ver MICHEL, Fernando Dutra; CYDIS, Helena B. Betella; OLIVEIRA, Roberto Guena de (coord.). *A experiência brasileira de concessões de rodovias*. [São Paulo]: FIPE/USP; LASTRAN/UFRGS, 2003. p. 25.

A depender do sistema de instalação de pórticos na rodovia, o sistema *free flow* pode configurar um sistema fechado.¹⁴ Nesse caso, são instalados diversos pórticos (estruturas de menor custo que as praças de pedágio) ao longo da rodovia, separados por uma distância pequena. Em cada pórtico, são alocados antenas e leitores de identificação veicular (que funcionam via satélite ou radiofrequência), que capturam a passagem dos veículos através de aparelho de identificação (tag ou chip) neles fixado. Ao fazer a leitura da tag, o sistema gera automaticamente a cobrança da tarifa, conforme o tipo de conta que esse possui junto à administradora de meios de pagamento para arrecadação eletrônica de pedágio.¹⁵

A infraestrutura é semelhante à que já existe em rodovias operadoras de sistemas abertos com cobrança eletrônica, em cujas praças de pedágio há faixas específicas para veículos que possuam chips de identificação. Ao passar pelo leitor instalado na praça, o sistema automaticamente lê a tag do veículo e instala o processo de cobrança, liberando a cancela sem necessidade de o veículo parar para a cobrança manual.¹⁶ A diferença desse sistema para o *free flow* é que nesse a tecnologia utilizada não fica instalada apenas na praça de pedágio, que demanda redução de velocidade dos veículos. A cobrança é feita de forma automática ao longo de toda a rodovia, sem qualquer necessidade de catracas e conseqüente desaceleração de veículos e comprometimento do tráfego.

14 Diz-se “pode” porque no Chile, por exemplo, a implantação do sistema *free flow* nas autoestradas urbanas de Santiago não alterou a configuração do sistema aberto para fechado. Ao atravessar o pórtico, os veículos pagam valor que resulta da multiplicação da tarifa quilométrica correspondente à distância a ele associada, independente da quilometragem que o veículo tenha percorrido. Sobre o ponto, ver VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. Disponível em: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina_Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021. Em especial, p. 114 e seguintes.

15 Sobre as tecnologias disponíveis para o sistema *free flow*, ver a publicação divulgada em 24 jun. 2020: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Novas tecnologias de pagamento de pedágio. Transporte em movimento*, [S.l.], jun. 2020. Disponível em: <https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/bf8665da-3e39-45cf-9fbd-2dbbafc9ddd4.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.

16 Detalhes do sistema de cobrança eletrônico no Brasil podem ser encontrados em LABORATÓRIO DE SISTEMAS DE TRANSPORTES (LASTRAN). *Relatório final de projeto: projeto avaliação de condições para ampliação da utilização de sistema de cobrança eletrônica nas praças de pedágio de rodovias federais*. [Porto Alegre]: LASTRAN, 2017. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1447785/Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+condi%C3%A7%C3%B5es+para+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+sistema+de+cobran%C3%A7a+eletr%C3%B4nica+nas+pra%C3%A7as+de+ped%C3%A1gio+de+rodovias+federais.pdf/c39f28ce-aabe-a6db-a95c-abca658771a6?t=1595365692147>. Acesso em: 31 maio 2021.

Foi o avanço tecnológico dos últimos anos que permitiu a implantação do sistema *free flow* a custo razoável, gerando benefícios socioeconômicos que vão muito além dos inicialmente cogitados.¹⁷

Primeiro, o sistema de livre passagem soluciona o problema regulatório do subsídio cruzado, especialmente no que respeita ao movimento metropolitano pendular diário. Ele permite a cobrança proporcional do trecho percorrido por cada usuário, ampliando a base de pagantes. Com isso, suplanta-se a discussão sobre isenção tarifária de moradores ou profissionais em cidades e regiões metropolitanas cortadas por praças de pedágio.¹⁸

Além disso, a modalidade *free flow* gera benefícios em termos de segurança do tráfego e eficiência logística. Sua implantação está diretamente relacionada aos três eixos da Política de Modernização da Infraestrutura Federal de Transporte Rodoviário (Inov@BR), criada pelo Decreto nº 10.648/2021 e já qualificada no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI): segurança viária, fluidez e tecnologia (art. 5º).

No que respeita à segurança, o monitoramento constante que a tecnologia do sistema *free flow* viabiliza gera significativo volume de dados dos usuários, permitindo compartilhamento com outras entidades (por exemplo, responsáveis pela segurança pública). Isso viabiliza o monitoramento de cargas e a detecção de veículos irregulares (furtados, clonados ou com pendência judicial). Ainda, permite que a concessionária tenha controle mais amplo da rodovia através das

17 Não obstante as vantagens do sistema de livre passagem, em especial em termos de justiça tarifária, há um projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL 181/2021) que vai na contramão dos seus benefícios, pretendendo estabelecer distância mínima entre as praças de pedágio, de 100 km, diminuindo os pontos de cobrança tarifária e, com isso, o universo de usuários pagantes. O projeto está na Comissão de Viação e Transportes desde 13 de abril de 2021. Ver BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 181/2021*. Regulamenta o distanciamento mínimo entre a instalação de praças de cobrança de pedágio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268892>. Acesso em: 26 jul. 2021.

18 Conforme apontado na pesquisa sobre a experiência brasileira de concessões de rodovias, “[uma] imperfeição ligada à cobrança de pedágio está relacionada ao elevado custo técnico de fazê-la exatamente segundo a distância e o trecho percorrido por veículo. Como as rodovias concedidas no Brasil são abertas, com diversos trechos de entrada e saída, e dado o custo relativamente alto de se fechar (fisicamente, por meio de praças de pedágio tradicionais, ou virtualmente, através de antenas de cobrança eletrônica de pedágios) todas as entradas e saídas, a cobrança de pedágio costuma ser feita em praças localizadas ao longo da rodovia concedida. Quando isso é feito, há uma redução do número de veículos pagantes visto que alguns trafegam por trechos da rodovia nos quais não há praça de pedágio”. MICHEL, Fernando Dutra; CYDIS, Helena B. Betella; OLIVEIRA, Roberto Guena de (coord.). *A experiência brasileira de concessões de rodovias*. [São Paulo]: FIPE/USP; LASTRAN/UFRGS, 2003. p. 25.

câmeras instaladas nos pórticos, aperfeiçoando a prestação dos serviços de assistência médica e mecânica.

Por prescindir de cabines de cobrança e cancelas, que implicam a redução de velocidade ou parada total dos veículos, o sistema viabiliza melhor fluidez do tráfego. Note-se que a operação das praças de pedágio é fator que afeta a percepção do nível de serviço dos usuários, pois elas implicam desaceleração do veículo e tempo de espera do processo de cobrança. Porque as praças não têm a mesma capacidade de fluxo que as rodovias livres, elas funcionam como gargalos, especialmente em períodos de maior demanda (como feriados e escoamento de safra), o que leva à formação de congestionamentos. Para além do aumento do tempo de viagem, há aumento do consumo de combustível e de ruído (em vista das constantes acelerações e desacelerações dos veículos). Da mesma forma, aumenta-se o risco de acidentes e o nível de emissão de poluentes.¹⁹

Em caso de rodovias com excesso de demanda e congestionamentos, o *free flow* pode vir associado à cobrança de tarifas dinâmicas, que aumentam ou diminuem automaticamente diante do número de veículos, utilizando-se a tecnologia de monitoramento e controle tarifário. Esse sistema permite ao Poder Público criar incentivos financeiros a uma série de medidas, como redução de congestionamentos em horários ou dias de pico (e as externalidades daí decorrentes).²⁰

19 Sobre a operação de praças de pedágio e o nível de serviços em rodovias, inclusive do tempo de espera de usuários em praças de pedágio e suas variáveis, ver estudo empírico realizado em rodovias de São Paulo: ARAÚJO, Juliana Jerônimo de; SETTI, José Reynaldo. Caracterização operacional de praças de pedágio do estado de São Paulo. *Transportes*, [S.l.], v. 14, n. 1. p. 33-44, jun. 2006. Disponível em: <https://www.revistatransportes.org.br/anpet/article/view/58>. Acesso em: 14 jun. 2021. Sobre o impacto do pedágio no aumento do tempo de viagem, consumo de combustível e poluentes, ver ALVARENGA, Gustavo Siqueira; VIVEROS, Henry Pizarro; CANALE, Antonio Carlos. Estudo do impacto do pedágio no aumento do tempo de viagem, no consumo de combustível e na geração de poluentes. *Minerva*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 263-271, 2006. Disponível em: [http://www.fipai.org.br/Minerva%2006\(03\)%2006.pdf](http://www.fipai.org.br/Minerva%2006(03)%2006.pdf). Acesso em: 14 jun. 2021.

20 Para uma análise das tarifas dinâmicas na implementação de sistemas *free flow*, ver BRENT, Daniel Aaron; GROSS, Austin. Dynamic road pricing and the value of time and reliability. *Journal of Regional Science*, [S.l.], v. 58, n. 3, p. 1-41, set. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320049519_Dynamic_road_pricing_and_the_value_of_time_and_reliability. Acesso em: 13 jun. 2021 e LOMBARDI, Claudio; PICADO-SANTOS, Luís; ANNASWAMY, Anuradha M. Model-Based Dynamic Toll Pricing: An Overview, *Applied Sciences*, [S.l.], v. 11, n. 4778, p. 1-19, 2021. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2076-3417/11/11/4778/pdf>. Acesso em: 29 maio 2021. Caso de utilização de tarifas dinâmicas na América Latina é o Programa de Concessões Viárias Urbanas do Chile. Para uma síntese do modelo, ver VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. p. 109 e seguintes. Disponível em: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/>

O volume de benefícios do sistema é notável, bem como as potencialidades que ele pode trazer para a melhoria da experiência do usuário.²¹ São fatores que levaram à implantação do modelo nos mais diversos países (Estados Unidos, França, Portugal, Malásia, Rússia, Austrália, Canadá, Israel, Alemanha, Suécia, Chile, Eslováquia, Índia, entre outros), e à recente aprovação da Lei nº 14.157/2021.

Mas fato é que a lógica de concessões rodoviárias sem praças de pedágio altera significativamente a dinâmica da concessão. A receita do projeto concessionário passa a depender diretamente de tecnologia instalada. O relacionamento com as empresas administradoras dos meios de pagamento torna-se imprescindível, pois são elas que efetuam a arrecadação por meios eletrônicos. Os postos de cobrança se multiplicam, mas os obstáculos à passagem dos veículos desaparecem, facilitando a evasão: basta não aderir ao sistema de cobrança (não instalar a tag ou chip no veículo) ou fraudá-lo para utilizar a via sem qualquer custo, gerando perda de receita, que, ao final, tende a ser compartilhada com os usuários pagantes.

O funcionamento do sistema depende, portanto, do fluxo consistente da informação do tráfego e da atuação dos órgãos responsáveis pela coordenação e fiscalização do sistema de trânsito, bem como do exercício do seu respectivo poder de polícia. Depende, ainda, de um ambiente institucional adequado, que viabilize a máxima adesão dos usuários. Sobretudo em termos de redução de assimetria de informação, o tema não é simples. Os questionamentos e as dificuldades que surgiram por ocasião da concessão das rodovias BR-116 e BR 101, em que se pretendeu implantar o sistema *free flow*, são prova disso.²²

Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina._Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021.

- 21 Sobre o *free flow* para reduzir a assimetria de informação dos sistemas tradicionais e aumentar a justiça tarifária, ver VÉRAS, Rafael; RANDERSON, Rafael. Assimetria de informações, justiça tarifária e a implementação de sistemas de livre passagem (*free flow*) nas concessões de rodovias. *Fórum*, [S.l.], 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/assimetria-de-informacoes-justica-tarifaria-e-implementacao-de-sistemas-de-livre-passage-free-flow-nas-concessoes-de-rodovias-coluna-direito-da-infraestrutura/>. Acesso em: 24 jun. 2021.
- 22 Para uma síntese dos percalços enfrentados na estruturação da concessão, ver AMORA, Dimmi. Desinformação, falhas, política e correria ameaçam maior concessão de transportes do país. *Agência Infra*, [S.l.], 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/desinformacao-falhas-politica-e-correria-ameacam-maior-concessao-de-transportes-do-pais/>. Acesso em: 29 maio 2021. Especificamente sobre a resistência ao sistema *free flow*, ver DORIGON, Luana. Em audiência tumultuada, população de Guarulhos mostra resistência ao sistema *free flow* de pedágio. *Agência Infra*, [S.l.], 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/em-audiencia-tumultuada-populacao-de-guarulhos-mostra-resistencia-ao-sistema-free-flow-de-pedagio/>. Acesso em: 29 maio 2021.

Daí a necessidade de que sua implementação venha acompanhada de arcabouço normativo que enderece devidamente esses novos aspectos da concessão, preservando a sustentabilidade econômico-financeira dos contratos, objetivo básico da política tarifária prevista na Lei Geral de Concessão (arts. 9º a 13 da Lei nº 8.987/1995). A Lei nº 14.157/2021 é apenas o ponto de partida do sistema de livre passagem, sendo fundamental discutir desde logo os aspectos da sua regulamentação, o que pressupõe compreender as balizas instituídas pela lei.

3. A estruturação do sistema *free flow* a partir da Lei nº 14.157/2021

Para o sistema de livre passagem em rodovias federais, a Lei nº 14.157/2021 não só criou normas autônomas como pretendeu alterar o Código de Trânsito Brasileiro — CTB (Lei nº 9.503/1997) e a Lei nº 10.233/2001, que instituiu o Sistema Nacional de Viação e criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT. A nova lei se estruturou nos seguintes eixos: descrever o sistema de *free flow* (art. 1º, *caput* e §1º); estabelecer normas de competência (arts. 1º, §2º; 2º e 3º); propor alternativa a contratos que não admitam a sua implementação (art. 1º, §3º); e endereçar o risco de evasão e recomposição de perdas das concessionárias daí decorrentes (art. 2º).

Quanto à descrição do sistema, o art. 1º destacou a ausência de praças de pedágio e a identificação automática dos veículos dos usuários. Previu o uso do *free flow* tanto em rodovias como em vias urbanas, destacando o seu objetivo primário de preservação da proporcionalidade entre o trecho utilizado e a tarifa paga.

Em relação às normas de competência, atribuiu ao Poder Executivo a regulamentação do sistema, já estabelecendo um dos temas: a possibilidade de celebração de termos aditivos em contratos vigentes nos quais não for possível a implantação do *free flow*, para viabilizar, nesses casos, a concessão de benefícios tarifários a usuários frequentes (art. 1º, §3º). Em alguma medida, esse dispositivo resgatou a solução inicial do projeto originário (isenção tarifária), já cogitando eventual dificuldade na implantação do *free flow* em contratos vigentes. Substituiu o que antes seria a isenção pelos chamados *benefícios tarifários a usuários frequentes*, com respectivos limites: o abatimento de tributos municipais incidentes sobre a receita de exploração da rodovia. Caberá concertação entre União e município, de modo a compatibilizar os interesses dos municípios na concessão do benefício e do fazendário do município, que financiará o benefício através da menor arrecadação fiscal sobre a receita de exploração

rodoviária. Ao fim e ao cabo, quem arcará com os custos das isenções serão os contribuintes municipais.

A partir do art. 2º, a Lei nº 14.157/2021 passa a implementar alterações no CTB. São três as alterações, as duas primeiras tendo como objetivo gerar a adesão dos usuários ao sistema.

Primeiro, a lei incluiu o §10º no art. 115 do CTB, prevendo a obrigatoriedade do uso de meios de identificação em veículos que trafeguem em rodovias ou vias urbanas em que seja implantado o *free flow*, atribuindo ao Contran a competência para estabelecer quais serão esses meios técnicos.²³

Segundo, instituiu o art. 209-A no CTB, definindo como infração grave de trânsito, passível de multa, a evasão de cobrança de tarifa em rodovias e vias urbanas concedidas. A evasão é configurada tanto pelo não pagamento da tarifa como pelo pagamento de forma diversa da estabelecida.

Terceiro, incluiu o §3º no art. 320 do CTB para prever a recomposição de perdas de receita das concessionárias em caso de evasão. Porém, estabeleceu como limite máximo para recomposição das perdas o montante total arrecadado por meio das multas aplicadas com base no art. 209-A, “ressalvado o previsto em regulamento do Poder Executivo”. Nesse dispositivo, a lei pretendeu estabelecer vinculação, em termos numéricos, entre a sanção pecuniária a ser arrecadada do usuário que se evade (o que segue a lógica do CTB) e o valor destinado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

No art. 3º, a lei alterou dois dispositivos da Lei nº 10.233/2001. O inciso XVII do art. 24 da Lei nº 10.233/2001 foi modificado para atribuir à ANTT competência para, de forma direta ou mediante convênio, aplicar as multas em caso de evasão de usuário nas rodovias federais por ela administradas.

Já no art. 26 da Lei nº 10.233 foi incluído o §2º para atribuir à ANTT, quando da elaboração de editais de licitação das concessões rodoviárias, o dever de

23 Para análise simplificada dos meios eletrônicos de pagamento de pedágio existentes, ver LABORATÓRIO DE SISTEMAS DE TRANSPORTES (LASTRAN). *Relatório final de projeto*: projeto avaliação de condições para ampliação da utilização de sistema de cobrança eletrônica nas praças de pedágio de rodovias federais. [Porto Alegre]: LASTRAN, 2017. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1447785/Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+condi%C3%A7%C3%B5es+para+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+sistema+de+cobran%C3%A7a+eletr%C3%B4nica+nas+pra%C3%A7as+de+ped%C3%A1gio+de+rodovias+federais.pdf/c39f28ce-aabe-a6db-a95c-abca658771a6?t=1595365692147>. Acesso em: 31 maio 2021.

estruturar a concessão não apenas de modo a compatibilizar as tarifas com as vantagens econômicas e o conforto da viagem proporcionado aos usuários pelo aperfeiçoamento da via, mas também utilizar o *sistema tarifário que guarde maior proporcionalidade com o trecho da via efetivamente utilizado*. O dispositivo permite inferir que a implantação do sistema *free flow* passa a ser obrigatória sempre que viável — o que exige análise da viabilidade econômico-financeira que considere os atributos de um serviço adequado, inclusive a modicidade tarifária vis-à-vis o volume de investimentos. Aspectos que só poderão ser analisados em cada caso, quando da estruturação do projeto de concessão.

Da leitura dos dispositivos da Lei nº 14.157/2021, um primeiro aspecto da implantação do sistema *free flow* fica evidente: a necessária cooperação entre órgãos e entidades para viabilizá-lo, em vários níveis da federação. Se, por um lado, o sistema facilita a cobrança da tarifa e reduz seu custo, ao dispensar a instalação de praças de pedágio e a mão de obra necessária para operá-las, por outro mobiliza o aparato do sistema de trânsito para regulamentar a tecnologia a ser utilizada (Contran). Uma vez que as concessionárias administram, a partir dos seus centros de controle e operações, a passagem dos veículos, e as empresas administradoras de pagamento são diretamente responsáveis pela arrecadação,²⁴ a aplicação da multa em caso de evasão — privativa da ANTT ou de entidade conveniada — deverá ser a ela comunicada para então ser aplicada.

Em relação ao valor total de multas efetivamente arrecadado, esse deverá ser gerido de forma absolutamente transparente, com sistema de prestação de contas, uma vez que a lei estabeleceu esse montante como teto para a recomposição das perdas das concessionárias decorrentes de evasão (o que deverá ser passível de comprovação).

Mencione-se, ainda, a previsão de implantação do sistema *free flow* não apenas nas rodovias federais, mas também em vias urbanas, incluindo-se em uma mesma concessão trechos de rodovias federais e vias urbanas administradas por municípios — inclusive com a possibilidade de concessão de benefícios a usuários frequentes a partir de abatimento de tributos municipais. O ponto estimula a cooperação entre União e municípios, ciente de que os sistemas

24 Atualmente, são cinco as empresas administradoras de meios de pagamento cadastradas para realizar a arrecadação eletrônica de pedágio nas rodovias federais concedidas. O rol está disponível em AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Pedágio*. [2021]. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/pedagio>. Acesso em: 31 maio 2021.

rodoviários e viários urbanos cada vez mais se integram, podendo ser explorados em um mesmo projeto.

Mas, para além da cooperação entre órgãos e entidades, a Lei nº 14.157/2021 instala outros desafios regulatórios. O custo da instalação e a adesão dos usuários é um deles. No caso da opção pré-paga, na qual a empresa administradora faz a recarga dos valores, há cobrança de taxas sobre cada operação. Já na versão pós-paga, é comum que haja a exigência de mensalidade dos usuários. Em ambos os casos, há, ainda, o custo da aquisição da tag. Isto é, haverá despesas para além do simples ato de pagar a tarifa de pedágio se e quando um usuário transitar pela rodovia.

A toda evidência, esses custos tendem a desestimular a espontaneidade na adesão — como demonstram algumas experiências estrangeiras. Daí a importância de se associar incentivos aos usuários para adesão ao sistema. No caso da implantação das autoestradas urbanas de Santiago, no Chile, por exemplo, o governo previu que as concessionárias deveriam entregar gratuitamente as tags aos usuários que as solicitassem nos primeiros anos. A estratégia totalizou a instalação de 1,5 milhão de “tags gratuitas” no início da concessão (cujo custo foi incluído como verba adicional da concessionária, a ser recuperado mediante tarifa). Após esta fase, as tags passaram a ser vendidas pela concessionária.²⁵

A solução desenhada na Lei nº 14.157/2021 para criar adesão ao sistema, em um primeiro momento, foi a obrigatoriedade do uso da tecnologia, a ser definida pelo Contran. Não obstante prever a obrigatoriedade, a única penalidade prevista em caso de descumprimento foi a aplicação de multa aos veículos que trafeguem nas rodovias que venham a operar o sistema *free flow* sem a instalação da tag. Isso gera a seguinte cogitação: sendo de instalação obrigatória, pode haver fiscalização e/ou aplicação de multa a veículos que estejam trafegando nas cidades, ou em vias não concedidas, sem instalação de tag, a fim de gerar maior adesão? Ou a penalidade só é aplicável se e quando o veículo estiver trafegando em rodovias e vias concedidas — não servindo para prevenir evasão?

A resposta, positiva ou negativa, parece indicar a necessidade de se cogitar outros incentivos que não os negativos, típicos da lógica do comando e controle,

25 Neste sentido, ver VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. p. 115. Disponível em: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina_Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021.

como a aplicação de multa. No caso do sistema eletrônico já vigente (*stop&go*), a integração entre os sistemas de cobrança de tarifa e de estacionamentos em shopping centers, por exemplo, estimula de forma positiva a adesão de parte dos usuários, instalando comodidades. Mesmo aqueles que não trafegam frequentemente em rodovias terão estímulo para instalar a tag e, quando o fizerem, já estarão integrados ao sistema de arrecadação.

Outros incentivos positivos aos usuários podem vir a ser estabelecidos, a depender da rodovia concedida, do perfil dos usuários e da estimativa do Poder Concedente de que haja adesão. Existe uma solução na modelagem final da concessão da BR-116: a cláusula 16.2.6 do contrato previu que, em caso de implantação do sistema de livre passagem, os usuários que a ele aderirem terão um desconto de 5% na tarifa (Desconto Básico de Tarifa). Igualmente, voltando ao exemplo do Chile, pensando nos usuários eventuais, pode existir o sistema de cobrança alternativo pré-pago (Passe Diário Único — PDU), ou o Bilhete de Habilitação Tardia (BHT). No caso do PDU, o usuário adquire o passe até 30 dias antes da sua utilização, e no ato do pagamento indica os dados do veículo e o dia em que utilizará — podendo então trafegar nas vias com pontos de cobrança com sistema *free flow* ilimitadas vezes. Já o BHT constitui modalidade pós-paga de tarifa, que permite a regularização do pagamento da tarifa em prazo limitado (até vinte dias). Visando incentivar o pagamento prévio — e com isso mitigar o risco de evasão/inadimplência —, o valor do BHT pode chegar a até 40% a mais do valor da tarifa pré-paga.²⁶

Sublinhe-se que o risco de evasão não é irrelevante em concessão de rodovias com *free flow*. Por exemplo, se adotado como parâmetro o grau de adesão de usuários aos sistemas de cobrança eletrônica de pedágios já existentes, segundo estudo realizado pela Fundação Luiz Englert, em 2017, em trecho em que há cobrança eletrônica desde 2006 (operado pela Triunfo Concepa), apenas 30% do total do tráfego utilizava o sistema eletrônico.²⁷ Incentivos positivos, so-

26 Sobre as alternativas tarifárias, ver VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. p. 115. Disponível em: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina_Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021.

27 Estudo realizado no projeto para “Avaliação de condições para ampliação da utilização do sistema de cobrança eletrônica nas praças de pedágio de rodovias federais”, desenvolvido no trecho sob concessão da Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Triunfo Concepa). O relatório divulgado em 2017 analisou o estado da arte da cobrança eletrônica, a percepção dos usuários a respeito e possíveis fatores de estímulo à adesão. A informação sobre o percentual de usuários aderentes consta na página 9 de LABORATÓRIO DE SISTEMAS DE TRANSPORTES

mados a medidas para reduzir a assimetria de informação dos usuários sobre o sistema *free flow*, podem ser mais úteis do que a previsão de multa, sobretudo em casos nos quais a evasão ocorre menos por ilícito e mais por falta de informação. Não se discute a imprescindibilidade da multa, mas sua ineficiência e insuficiência.

Também nesse ponto a experiência chilena é ilustrativa. Segundo afirmou, em 2018, o então Ministro de Obras Públicas Juan Andrés Dontaine, mesmo na hipótese de a tag ser distribuída de forma gratuita, os dados indicam que 30% das pessoas não os utilizariam.²⁸

Outro desafio relevante, associado ao grau de adesão dos usuários ao sistema, é justamente o risco de evasão, de que decorre a previsão de medida para recomposição de perdas de receita da concessionária. Esse tema é de extrema relevância, sobretudo quando do momento zero da implantação, sendo fundamental para preservar a sustentabilidade do projeto. Ilustra-se o ponto com notícia divulgada em 2019 indicando ser de 10% o volume de inadimplência no Chile, país em que o sistema é utilizado desde 2004.²⁹

Dados estatísticos apresentados pelo governo do Chile no Congresso da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), em setembro de 2019, indicaram percentual de 7% de tarifas não pagas (isso sem considerar

(LASTRAN). *Relatório final de projeto: projeto avaliação de condições para ampliação da utilização de sistema de cobrança eletrônica nas praças de pedágio de rodovias federais*. [Porto Alegre]: LASTRAN, 2017. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1447785/Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+condi%C3%A7%C3%B5es+para+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+sistema+de+cobran%C3%A7a+eletr%C3%B4nica+nas+pra%C3%A7as+de+ped%C3%A1gio+de+rodovias+federais.pdf/c39f28ce-aabe-a6db-a95c-abca658771a6?t=1595365692147>. Acesso em: 31 maio 2021.

28 Nas palavras do então ministro: “no nos olvidemos que el peaje manual funciona con la lógica de pagado y servido y el free flow funciona con la lógica de servido y pagado si quiero”. Entrevista disponível na íntegra em CABELLO, Carla. Presidente de Copsa y colapso vial: “si hay un *free flow* sin medidas adicionales [...] vamos a tener un nuevo Transantiago”. *Latercera*, [S.l.], 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.latercera.com/pulso/presidente-copsa-colapso-vial-free-flow-sin-medidas-adicionales-nuevo-transantiago/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

29 Para uma síntese dos problemas do sistema *free flow* no Chile, ver AMORA, Dimmi. Sistema *free flow* em pedágio no Chile enfrenta quase 10% de inadimplência. *Agência Infra*, [S.l.], 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/sistema-free-flow-em-pedagio-no-chile-enfrenta-quase-10-de-inadimplencia/>. Acesso em: 15 jun. 2021 e CONSEJO POLÍTICAS DE INFRAESTRUTURA (CPI). Gobierno y concesionarias buscan solución a tacs en autopistas interurbanas: evasión en el foco de tratativas para implementar *free flow*. *CPI*, [S.l.], 23 abr. 2018. Disponível em: <https://www.infraestructurapublica.cl/gobierno-y-concesionarias-buscan-solucion-a-tacos-en-autopistas-interurbanas-evasion-en-el-foco-de-tratativas-para-implementar-free-flow/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

os 3,3% de veículos que trafegaram pelas rodovias, mas não teriam sido identificados pelo sistema para fins de cobrança da multa, seja por ausência ou adulteração de placa).³⁰ Outro dado preocupante, apresentado pelo governo do Chile naquele evento, foi a inadimplência das próprias multas aplicadas, que já totalizariam dez milhões de casos, representando impacto de 50 milhões de dólares apenas nas autopistas urbanas.

No caso brasileiro, o risco das evasões havia sido objeto de atenção ainda em 2013, por ocasião de uma primeira onda relativa à implantação do *free flow*.³¹ Daí porque sua abordagem pela Lei nº 14.157/2021 será analisada separadamente na próxima seção.

4. O risco de evasão e a perda de receita tarifária no sistema *free flow*: análise da Lei nº 14.157/2021

Contratos de concessão de serviços públicos tipicamente são de longo prazo, em vista do volume significativo de investimento demandado do privado, a ser remunerado por meio de tarifas pagas pelos usuários. Por isso, têm como elemento fundamental o equilíbrio econômico-financeiro da avença. A premissa é garantir a segurança do investimento a partir da sustentabilidade financeira do projeto.

Na Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995), o dever de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos consta dos arts. 9º e 10, que estabelecem a política tarifária e pretendem blindar a base objetiva do negócio (as condições que o viabilizaram) de alterações (mais ou menos previsíveis) que possam ocorrer ao longo da sua execução. Em outras palavras, modificações certamente existirão, mas elas não podem inviabilizar nem a prestação do serviço concedido nem a lucratividade do investimento.

Nesse sentido, o art. 9º, §2º estabelece que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro”. Veja-se bem: a revisão tem como escopo a manutenção do equilíbrio. Mais adiante, no §4º, o art. 9º determina que “[em] havendo alteração unilateral

30 A apresentação, realizada em setembro de 2019, está disponível no sítio eletrônico da ABCR. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. *Congreso ABCR*. Disponível em: <https://abcr.org.br/imagens/congresso2019/Apresenta%C3%A7%C3%B5es/marcela-hernandez--1-.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

31 CARVALHO, André Castro. *Free flow* precisa de garantias jurídicas no Brasil. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 17 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-17/andre-carvalho-free-flow-garantias-juridicas-brasil>. Acesso em: 16 jul. 2021.

do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. A simultaneidade é a marca do reequilíbrio, portanto. Já o art. 10 associa o conceito de equilíbrio à base objetiva do negócio, suas condições factuais, ao prever que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Esses são apenas alguns dos dispositivos de lei vigentes que estabelecem o dever de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos projetos concessórios. Cumpre analisar brevemente em que ele consiste em termos práticos.

Quando se estabelece que o equilíbrio econômico-financeiro decorre da observância das condições do contrato de concessão, não se quer significar que ele seja a representação perfeita de uma balança que equaliza receitas e encargos (uma imagem estática). Ao contrário: trata-se de fluxo de entradas e saídas estimadas e projetadas ao longo do tempo, sujeito a inúmeras intercorrências com maior ou menor impacto nas condições iniciais do contrato, e cuja gestão será — desde que assim previsto pelas partes contratantes — atribuída a uma delas. Insista-se: para garantir segurança aos investimentos, a prestação do serviço adequado e a sustentabilidade ao contrato.

A lógica é a de investimentos de longa maturação, decorrente de projeções econômico-financeiras de receitas e despesas, e cujo equilíbrio, em termos objetivos, pode ser mantido a partir de, basicamente, dois critérios: os custos ou os preços do serviço. No primeiro caso, há a predefinição de uma taxa de retorno sobre o capital investido (ROR — *Rate of Return*). No segundo, controla-se apenas o preço a ser cobrado do usuário, por meio de uma tarifa-teto.

Em qualquer dos casos, o elemento fundamental nos contratos de concessão para se estabelecer o seu parâmetro de equilíbrio é a chamada matriz de risco.³² Nessa, o Poder Público — aproveitando experiências pretéritas no setor — cogita eventos que podem vir a ocorrer e que tenham potencial para impactar a execução do contrato. Uma vez definidos tais eventos, o Poder Público alocará previamente a cada uma das partes, conforme sua capacidade de mi-

32 Sobre a relação estreita entre equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos dos contratos administrativos, ver GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89-98.

tigar a ocorrência do evento (se indesejado) ou de administrar seus impactos a um menor custo, caso venha a ocorrer.³³

Isso significa que, ocorrido um evento que altere o fluxo de receitas ou de encargos inicialmente previsto na concessão, a parte à qual foi alocado o risco de aquele evento ocorrer deverá arcar com o seu custo, com o seu impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro — inclusive, recompensando a outra parte, se necessário for, assim viabilizando a continuidade da execução nas condições estabelecidas.

No caso das concessões de rodovia, um dos riscos previstos e alocados previamente nos contratos é o risco de demanda, que tem como um dos elementos o chamado risco de evasão dos usuários. Nessa perspectiva, o risco de demanda define a qual parte caberá arcar com o custo gerado por usuários que trafegam pela rodovia sem pagar a correspondente tarifa (a chamada evasão).

De usual, o risco de evasões, considerado dentro do chamado risco de demanda, é alocado ao particular contratado.³⁴ Caberá aos licitantes, portanto, promover os estudos de tráfego necessários, a partir das informações disponibilizadas nos editais de licitação, para estimar e quantificar o risco na proposta a ser apresentada. Uma vez assumido o risco, em caso de aumento ou redução da demanda estimada, o custo dessa variação (positivo ou negativo) será assumido integralmente pelo particular contratado.

O risco de evasão nos contratos de concessão de rodovia na atual sistemática de arrecadação por praças de pedágio, vigente há mais de vinte anos, já é conhecido pelo mercado, e não tende a gerar maiores debates. Também já

33 Sobre os critérios para alocação de riscos, ver GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 107-108 e ainda RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78-100 e CAGGIANO, Heloisa Conrado. Alocação de riscos em concessões rodoviárias federais no Brasil: análise do caso BR 153/TO/GO. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 25-59, jul./set. 2017.

34 Sobre o tema, ver VÉRAS, Rafael. O “mito” da alocação do risco de demanda nas concessões de rodovia. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 2 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/rafael-veras-mito-risco-demanda-concessao-rodovias>. Acesso em: 5 jul. 2021. Um estudo mais amplo e aprofundado sobre alocação de riscos em concessões rodoviárias é realizado em GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. *PPP Risk allocation: road*. [2021]. Disponível em: <https://ppp-risk.github.org/risk-allocation-matrix/transport/road/#demand-risk>. Acesso em: 5 jul. 2021.

se sabe que essa previsão comporta exceções. Por exemplo, quando o impacto no tráfego decorre de alteração unilateral do contrato, seu custo é atribuído ao Poder Público.

Contudo, como visto no tópico 2, a implantação do sistema de livre passagem nos contratos de concessão de rodovia altera, em diversos aspectos, a dinâmica da sua execução (em muito, para melhor). Um desses aspectos é a tendência — em tese — ao aumento do risco de evasão dos usuários, na medida em que deixa de existir obstáculo ao tráfego (as cancelas das praças de pedágio somem na faixa destinada a usuários do *free flow*) e a arrecadação passa a depender diretamente da adesão dos usuários aos meios técnicos de pagamento (instalação de chip nos veículos), com seus consequentes custos. A experiência chilena, anteriormente descrita, vem comprovando o ponto.

Um usuário mal-informado (por exemplo, um veículo estrangeiro em passagem pelo país ou um veículo novo sem placa) pode trafegar ao longo das rodovias sem qualquer parada e chegar ao local de destino sem desembolsar qualquer valor a título de tarifa. Há, ainda, o risco de usuários que trafegam com placas clonadas ou veículos roubados, casos em que a cobrança da tarifa será destinada a conta indevida (e aí caberá definir quem será o responsável pelo pagamento) ou nunca será paga — o que tende a ocorrer também com a multa eventualmente aplicada caso o motorista do veículo roubado não seja localizado.

Não obstante as peculiaridades do risco de evasão nos sistemas *free flow*, nos casos em que está previsto nos contratos de concessão no Brasil, ele segue sendo alocado às concessionárias. No Contrato de Concessão ARTESP 0409/2020 (Piracicaba-Panorama — PIPA), conforme cláusula décima nona, “Quedas de RECEITA TARIFÁRIA em virtude da evasão de pedágio, conforme estabelecido no presente CONTRATO, com exceção das hipóteses expressamente previstas” são atribuídas à concessionária. Já no Contrato anexo ao Edital 1/2021 para concessão da BR 53/414/080/TO/GO, publicado pela ANTT, a previsão também é de alocação do risco de evasão à concessionária (Cláusula 21.2.15). E, no edital de concessão da BR 163/230/MT/PA, a minuta do contrato divulgada pela ANTT prevê, na cláusula 19.1.2, que a queda de receita em virtude de evasão de pedágio, ou recusa no pagamento, é de responsabilidade integral e exclusiva da concessionária.

Justamente porque cada concessão é estruturada em bases peculiares, atenta ao volume de investimentos, metas, níveis de serviço necessários, características dos usuários (especialmente sua capacidade financeira) e estimativas de tráfego,

nada há de anormal, *a priori*, na previsão dos contratos em relação à alocação de risco de evasão ao parceiro privado. Afinal, a lei não estabelece uma matriz de risco pronta para toda e qualquer concessão; antes remete o tema à minuta do contrato,³⁵ o que poderá ser feito à luz das melhores práticas setoriais.

Mas, sobretudo, a adequação da matriz de risco depende diretamente de análise cuidadosa do plano de exploração rodoviário de cada contrato, de cada projeto. E, em caso de implantação do *free flow*, depende de como os contratos vão estabelecer a sua implantação — tanto em termos de instalação da infraestrutura necessária como do período de transição para que o modelo funcione, fatores que podem até mesmo suavizar seus impactos, especialmente em termos de risco de evasão.

Não obstante a regra não ser a previsão legislativa sobre o tema — mas caso a caso, projeto a projeto —, a Lei nº 14.157/2021 fugiu à regra da generalidade. Mesmo sem mencionar a expressão “alocação de risco” nem “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, fato é que o seu art. 2º, ao incluir o §3º ao art. 320 do CTB, criou norma de alocação de risco e de equilíbrio econômico-financeiro nas concessões rodoviárias com sistema *free flow*. Estabeleceu referido dispositivo que:

O valor total destinado à recomposição das perdas de receita das concessionárias de rodovias e vias urbanas, em decorrência do não pagamento de pedágio por usuários da via, não poderá ultrapassar o montante total arrecadado por meio das multas aplicadas com fundamento no art. 209-A deste Código, ressalvado o previsto em regulamento do Poder Executivo.

Cumpra averiguar o sentido e alcance deste dispositivo. Ao prever a recomposição de perdas da concessionária em virtude de evasão de usuários, o dispositivo alocou por meio de lei (o que não é usual, exceção feita a casos como a criação de novos tributos, por exemplo) o risco de evasão ao Poder Concedente, porém, limitado ao valor arrecadado com multas. Em princípio, diante das inseguranças e dúvidas que a implementação do sistema *free flow* instala, a colocação pode até ser bem-vista pelos atores interessados (apesar dessa alocação não estar sendo adotada em contratos já firmados). A previsão, porém, suscita dúvidas em termos jurídicos e operacionais.

35 A expressão “por sua conta e risco”, prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95, já foi há muito desmistificada.

Ao estabelecer o valor de multas *arrecadadas* como teto do valor da recomposição das perdas por evasão, a regra significa que esse valor advirá das multas arrecadadas? Não necessariamente. A regra parece correlacionar a fonte da recomposição das perdas por evasão ao valor das multas arrecadadas (como se deu no projeto de lei anteriormente proposto para tratar do tema — PL 6.857/2010), e pode até ter sido essa a intenção do legislador, ao limitar o teto da recomposição ao valor a ser arrecadado com as multas. Mas isso não consta da literalidade do dispositivo. Se essa for a intenção do Poder Público, deverá ser objeto de ratificação em regulamentação.

Outra dúvida é se o dispositivo condiciona a recomposição das perdas por evasão à efetiva *arrecadação* das multas aplicadas pela ANTT. Em um primeiro momento, pode parecer que sim, o que implicaria substituir o risco de evasão pelo risco de inadimplemento da multa, e alocá-lo à concessionária. Vale a pena ilustrar a hipótese para aferir sua (in)adequação.

Sendo R\$ 195,23 o valor da multa por evasão grave (conforme art. 258 do CTB), e caracterizando-se como evasão *cada passagem por pórtico sem o respectivo pagamento da tarifa*, considere um veículo que passe por vinte pórticos sem pagar as respectivas tarifas de R\$ 0,50: ter-se-ia uma perda de receita da concessionária de R\$ 10,00, e um total de multa de R\$ 3.904,60.

Diante desses números, em termos práticos, nenhum problema parece existir quanto ao *teto* da recomposição das perdas estar limitado ao valor total das multas *aplicadas* (ainda que, em termos jurídicos, não se deva estabelecer teto, mas recompor as perdas na justa medida da ocorrência). Ora, o valor da multa, de R\$ 195,23, é muito superior ao custo que, se supõe, será atribuído às tarifas de cada pórtico (que devem ser inferiores às tarifas hoje praticadas com o sistema de praças de pedágio).

Porém, quando o dispositivo da Lei nº 14.157/2021 estabelece que o valor total destinado à recomposição das perdas de receita das concessionárias, em decorrência de evasão, “não poderá ultrapassar o montante total *arrecadado* por meio das multas aplicadas com fundamento no art. 209-A”, não se pode afastar, em tese, a hipótese de as multas serem aplicadas pela ANTT, mas só parte delas resultar em efetiva arrecadação. É dizer, evasão ocorre, multa é aplicada, mas nenhum valor (ou apenas parte dele) é arrecadado. Como fica a recomposição da perda de cada concessionária? Os valores pagos à ANTT reverterão a um fundo único por ela gerido ou será segregado por concessão? No primeiro caso,

como definir quanto dos valores efetivamente arrecadados será destinado a cada concessão a título de recomposição? Em qualquer caso, portanto, a transparência em relação à execução do poder de polícia pela agência deve ser absoluta. Da mesma forma, a regulamentação deve assegurar mecanismos de acesso à informação e de prestação de contas entre todos os agentes envolvidos no processo entre a ocorrência da evasão e a efetiva recomposição da concessionária.

Nesse cenário, a previsão do art. 2º, §3º, da Lei nº 14.157/2021 não atende ao dever de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A concessionária experimental teria comprovado perda de receita, mas, por fatos alheios ao seu controle (a capacidade do Poder Público de cobrar multas aplicadas por infrações de trânsito), só teria direito à recomposição se e quando da arrecadação dos valores — sem qualquer prazo definido.

Cogite-se a interposição de recursos administrativos pelos usuários em face das multas ou dos longos prazos (a controle da administração) para apreciação dos recursos e efetiva consolidação da cobrança na via administrativa. A concessionária deverá aguardar passivamente cada um desses desdobramentos para fazer jus à recomposição de perdas já ocorridas? Por quanto tempo? E se as multas forem judicializadas? A concessionária deverá aguardar anos até o trânsito em julgado, na expectativa de que disso decorra o efetivo pagamento pelo usuário executado? Os custos para *enforcement* das multas por infração de trânsito serão atribuídos à ANTT, à concessionária ou serão repassados aos usuários pagantes?

O problema não é irrelevante: no caso do Chile, a desproporção entre o valor da tarifa e o valor da multa já foi levada ao Judiciário e resultou em anulação das cobranças. No exemplo ilustrativo acima indicado, uma tarifa de R\$ 0,50 se transformaria em multa de R\$ 3.904,60 (a proporcionalidade é, de fato, questionável)!

Portanto, supor que a diferença de valor entre tarifa e multa aplicada assegure “fundo” suficiente para fazer frente à recomposição das perdas, mesmo que apenas parte delas venha a ser paga (e supondo que o valor recomposição advenha do valor das multas), pode ser um equívoco.

É necessário afastar desde logo essa interpretação, o que poderá ser reforçado quando da regulamentação da lei, já que o art. 2º, §3º estabeleceu previsão expressa para tanto. A única norma que se extrai do art. 2º, §3º, da Lei nº 14.157/2021 é que, independentemente do valor da perda de receita da

concessionária por evasão, ele não poderá extrapolar o valor da multa arrecadada. Não está expresso que o valor total arrecadado será destinado à concessionária, tampouco que a concessionária só receberá sua recomposição quando o Poder Público arrecadar o valor das multas. Caso assim seja, a regra seria tecnicamente incorreta em termos de alocação de risco, e ilegal em termos de preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Insista-se: a lógica por trás da alocação de risco é atribuí-lo à parte que tem melhores condições de ou mitigar a sua ocorrência ou administrá-la a um custo mais baixo. A aplicação de multa, porém, sendo manifestação típica de poder de polícia, não pode ser feita pela concessionária. Cabe, segundo a própria lei, à ANTT (ou a entidade com ela conveniada, nos termos do art. 3º). A concessionária, portanto, não tem qualquer ingerência ou controle em relação à arrecadação da multa. Sua única atribuição é verificar junto à empresa administradora de pagamento eletrônico o não pagamento e encaminhar os dados à agência reguladora para aplicação da multa.

Nesse caso, qual a utilidade da previsão da Lei nº 14.157/2021? A resposta é: nenhuma. Aparentemente, o único sentido legal atribuível a esse dispositivo seria estabelecer um teto para a recomposição de perdas, o que, se em termos práticos, não é um problema (dado que o valor da multa supera em muito o valor da perda), em termos jurídicos não é tecnicamente adequado. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve se dar na justa medida do desequilíbrio ocasionado, nem mais nem menos, inclusive sob pena de enriquecimento ilícito de uma das partes. E não deve ser condicionada a qualquer evento (incerto) de responsabilidade de terceiro — a recomposição do reequilíbrio depende apenas da análise da matriz de risco e da quantificação dos eventos.

Daí que nem sequer pela lógica econômico-financeira do custo da evasão, nem pela regra de alocação de riscos e do respeito ao equilíbrio dos contratos, o dispositivo da Lei nº 14.157/2021 endereçou o tema de forma tecnicamente adequada.

O aspecto positivo é que a própria lei previu que o Poder Executivo, ao regulamentá-la, poderá fazer previsão em sentido contrário. Desse modo, seria válido se o regulamento a ser editado remetesse a alocação de risco de evasão aos contratos de concessão, bem como a forma de recomposição do desequilíbrio, se entender que o risco de evasão deve ser alocado ao Poder Público. E que, por expressa autorização legal, não precisaria se limitar ao estabelecido no art. 320 do CTB e sua alteração implementada pela Lei nº 14.157/2021.

Em qualquer cenário, a regulamentação deverá instalar mecanismos adequados para assegurar a maior adesão possível dos usuários (criando-se incentivos positivos e negativos para tanto), bem como uma gestão adequada da informação entre concessionária, empresa administradora de pagamentos e agência responsável pela cobrança e arrecadação de multas. Poder Público e concessionárias deverão investir em divulgação do modelo de cobrança tarifária no sistema *free flow* e suas vantagens (antes e durante a operação), visando a aumentar a aceitabilidade do modelo pelos usuários, sua compreensão e adesão.

Mecanismos para reduzir o risco de inadimplência em meio pós-pago de cobrança deverão ser considerados — como centralizar em uma empresa o faturamento para que os usuários não precisem pagar várias faturas, caso trafeguem por trechos administrados por mais de uma concessionária.

Por fim, o bom funcionamento do sistema *free flow* pressupõe um quadro legal e administrativo efetivo para sancionamento de infratores, que considere todas as hipóteses possíveis de caracterizar evasão — desde tags desativadas até usuários desavisados. Nesse caso, a colaboração interadministrativa foi uma das soluções pensadas para as concessões de autoestradas chilenas operadas por sistema *free flow*, cogitando-se, por exemplo, a não autorização de renovação de habilitação de circulação de veículos que não pagam tarifas. Ainda, por não associar a multa por evasão a uma infração de trânsito, foi possível prever aumento do seu valor em caso de reincidência, desincentivando-se o inadimplemento.³⁶

5. Conclusão

A experiência estrangeira revela que a implantação do sistema *free flow* em rodovias abre um novo e amplo espaço para busca de melhorias no desenvolvimento socioeconômico. Para além de solucionar o problema dos subsídios cruzados e da justiça tarifária, que ainda existe no Brasil, sob a lógica de uma regulação por incentivos, o uso da tecnologia no monitoramento do tráfego pode auxiliar na resolução de inúmeros problemas de políticas públicas: reduzir congestionamentos e poluição, estimular aquisição de veículos elétricos e híbridos, incentivar o uso de transportes coletivos etc.

36 VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. p. 122. Disponível em: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina._Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021.

Sua implantação, porém, altera a dinâmica das concessões de rodovias. Os desafios regulatórios que já vêm sendo enfrentados por países que implantaram esse sistema em vias urbanas ou rodovias, especialmente o Chile, são um bom exemplo para orientar os avanços da legislação brasileira nesse sentido. E não devem ser ignorados.

Dentro desse enfoque, o risco de evasão dos usuários e o eventual reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos deve ser objeto de reflexão, tanto de modo a não onerar os usuários pagantes (caso em que um dos aspectos positivos da implantação do sistema se perderia) como a preservar o dever de reequilíbrio dos contratos.

Apesar do intuito da Lei nº 14.157/2021, ou seja, criar alguma relação entre o valor da receita das multas por evasão e o valor da recomposição das perdas das concessionárias, esse ponto merece especial atenção por parte do Poder Público, sob pena de inviabilizar projetos ou dar margem a um volume significativo de litígios se e quando da efetiva busca da recomposição das perdas das concessionárias.

Esta análise não pretende esgotar o tema, mas chamar a atenção para o ponto crítico que parece advir da literalidade do art. 2º, §3º da Lei nº 14.157/2021. Ciente de que o tema está sendo objeto de discussão para fins de regulamentação, o importante é que se tenha clareza do sentido e do alcance da norma. De todo modo, mais adequado parece ser, em se tratando de alocação de risco e de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, seguir a orientação da Lei Geral de Concessões e remeter às partes contratantes, projeto a projeto, contrato a contrato, a sua regulamentação. E, em qualquer caso, criar incentivos positivos à adesão do usuário, que tem menor custo, e pode gerar melhores resultados.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Histórico*. [2021]. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/historico>. Acesso em: 29 maio 2021.

_____. *Pedágio*. [2021]. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/pedagio>. Acesso em: 31 maio 2021.

ALVARENGA, Gustavo Siqueira; VIVEROS, Henry Pizarro; CANALE, Antonio Carlos. Estudo do impacto do pedágio no aumento do tempo de viagem, no consumo de combustível e na geração de poluentes, *Minerva*, [S.l.], v. 6, n. 3, p. 263-271, 2006. Disponível em: [http://www.fipai.org.br/Minerva%2006\(03\)%2006.pdf](http://www.fipai.org.br/Minerva%2006(03)%2006.pdf). Acesso em: 14 jun. 2021.

AMORA, Dimmi. Desinformação, falhas, política e correria ameaçam maior concessão de transportes do país. *Agência Infra*, [S.l.], 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/desinformacao-falhas-politica-e-correria-ameacam-maior-concessao-de-transportes-do-pais/>. Acesso em: 29 maio 2021.

- _____. Sistema *free flow* em pedágio no Chile enfrenta quase 10% de inadimplência. *Agência Infra*, [S.l.], 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/sistema-free-flow-em-pedagio-no-chile-enfrenta-quase-10-de-inadimplencia/>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- ARAÚJO, Juliana Jerônimo de; SETTI, José Reynaldo. Caracterização operacional de praças de pedágio do estado de São Paulo. *Transportes*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 33-44, jun. 2006. Disponível em: <https://www.revistatransportes.org.br/anpet/article/view/58>. Acesso em: 14 jun. 2021.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). *Rodovias*. [2019]. Disponível em: <https://hubdeprojetos.bndes.gov.br/pt/setores/Highways>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- _____. *3ª etapa de concessões rodoviárias — fase 1: Sistema Rodoviário Federal Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal*. São Paulo: FTDE, 2008. Disponível em: http://ftp.antt.gov.br/acpublicas/apublica2008_94/EstudosTecnicos/BR116/EstudosdeTrafegoFinal_LocalizaaoePracaseSistemadePedagiamento.pdf. Acesso em: 29 maio 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 181/2021*. Regulamenta o distanciamento mínimo entre a instalação de praças de cobrança de pedágio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2268892>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- _____. Senado Federal. Parecer [s.n.], de 2019. Relator: Jayme Campos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8043782&ts=1626384009111&disposition=i> nline. Acesso em: 10 ago. 2021.
- BRENT, Daniel Aaron; GROSS, Austin. Dynamic road pricing and the value of time and reliability. *Journal of Regional Science*, [S.l.], v. 58, n. 3, p. 1-41, set. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320049519_Dynamic_road_pricing_and_the_value_of_time_and_reliability. Acesso em: 13 jun. 2021.
- CABELLO, Carla. Presidente de Copsa y colapso vial: “si hay un *free flow* sin medidas adicionales [...] vamos a tener un nuevo Transantiago”. *Latercera*, [S.l.], 4 abr. 2018. Disponível em: <https://www.latercera.com/pulso/presidente-copsa-colapso-vial-free-flow-sin-medidas-adicionales-nuevo-transantiago/>. Acesso em: 27 jul. 2021.
- CAGGIANO, Heloisa Conrado. Alocação de riscos em concessões rodoviárias federais no Brasil: análise do caso BR 153/TO/GO. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 25-59, jul./set. 2017.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, André Castro. *Free flow* precisa de garantias jurídicas no Brasil. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 17 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-17/andre-carvalho-free-flow-garantias-juridicas-brasil>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- CHILE. Ministério de Obras Públicas. *Congresso ABCR*. Disponível em: <https://abcr.org.br/images/congresso2019/Apresenta%C3%A7%C3%B5es/marcela-fernandez--1-.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE (CNT). *Novas tecnologias de pagamento de pedágio. Transporte em movimento*, [S.l.], jun. 2020. Disponível em: <https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/bf8665da-3e39-45cf-9fbd-2dbbafc9ddd4.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.
- _____. *Pesquisa CNT de Rodovias 2019*. Brasília: CNT/SEST/SENAT, 2019. Disponível em: <https://pesquisarodovias.cnt.org.br/downloads/ultimaversao/gerencial.pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.
- CONSEJO POLÍTICAS DE INFRAESTRUTURA (CPI). Gobierno y concesionarias buscan solución a tacos en autopistas interurbanas: evasión en el foco de tratativas para implementar *free flow*. *CPI*, [S.l.], 23 abr.

2018. Disponível em: <https://www.infraestructurapublica.cl/gobierno-y-concesionarias-buscan-solucion-a-tacos-en-autopistas-interurbanas-evasion-en-el-foco-de-tratativas-para-implementar-free-flow/>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- DORIGON, Luana. Em audiência tumultuada, população de Guarulhos mostra resistência ao sistema *free flow* de pedágio. *Agência Infra*, [S.l.], 10 set. 2020. Disponível em: <https://www.agenciainfra.com/blog/em-audiencia-tumultuada-populacao-de-guarulhos-mostra-resistencia-ao-sistema-free-flow-de-pedagio/>. Acesso em: 29 maio 2021.
- GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. *PPP Risk allocation: road*. [2021]. Disponível em: <https://ppp-risk.github.org/risk-allocation-matrix/transport/road/#demand-risk>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *Revista de Direito Público da Economia*, [S.l.], v. 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.
- _____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- LABORATÓRIO DE SISTEMAS DE TRANSPORTES (LASTRAN). *Relatório final de projeto: projeto avaliação de condições para ampliação da utilização de sistema de cobrança eletrônica nas praças de pedágio de rodovias federais*. [Porto Alegre]: LASTRAN, 2017. Disponível em: <https://portal.antt.gov.br/documents/359170/1447785/Avalia%C3%A7%C3%A3o+de+condi%C3%A7%C3%B5es+para+amplia%C3%A7%C3%A3o+da+utiliza%C3%A7%C3%A3o+de+sistema+de+cobran%C3%A7a+eletr%C3%B4nica+nas+pra%C3%A7as+de+ped%C3%A1gio+de+rodovias+federais.pdf/c39f28ce-aabe-a6db-a95c-abca658771a6?t=1595365692147>. Acesso em: 31 maio 2021.
- LOMBARDI, Claudio; PICADO-SANTOS, Luís; ANNASWAMY, Anuradha M. Model-Based Dynamic Toll Pricing: An Overview, *Applied Sciences*, [S.l.], v. 11, n. 4778, 2021. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2076-3417/11/11/4778/pdf>. Acesso em: 29 maio 2021.
- MICHEL, Fernando Dutra; CYDIS, Helena B. Betella; OLIVEIRA, Roberto Guena de. (coord.). *A experiência brasileira de concessões de rodovias*. [São Paulo]: FIPE/USP; LASTRAN/UFRRGS, 2003.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- VASSALLO, José Manuel. *Parcerias público-privadas na América Latina: encarando o desafio de conectar e melhorar as cidades*. Bogotá: CAF, 2018. Disponível em: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1550/Parceria_Publico-Privada_na_America_Latina._Encarando_o_desafio_de_conectar_e_melhorar_as_cidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2021.
- VÉRAS, Rafael. O “mito” da alocação do risco de demanda nas concessões de rodovia. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 2 maio 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/rafael-veras-mito-risco-demanda-concessao-rodovias>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- VÉRAS, Rafael; RANDERSON, Rafael. Assimetria de informações, justiça tarifária e a implementação de sistemas de livre passagem (*free flow*) nas concessões de rodovias. *Fórum*, [S.l.], 23 jun. 2021. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/assimetria-de-informacoes-justica-tarifaria-e-implementacao-de-sistemas-de-livre-passage-m-free-flow-nas-concessoes-de-rodovias-coluna-direito-da-infraestrutura/>. Acesso em: 24 jun. 2021.

6

Considerações Iniciais Acerca da Importância do Marco Regulatório da Teleconsulta no Brasil

Flavia Bahia Martins

1. Introdução¹

Vivemos em tempos digitais. A tecnologia, presente em praticamente todas as nossas atividades, das mais simples às mais complexas, rompe barreiras geográficas, fomenta a comunicação e oferece oportunidades inéditas na história da humanidade.

Sem desconsiderar toda a complexidade da vida digital e seus aspectos desafiadores, neste capítulo pretendemos tratar de uma das grandes benesses que o avanço tecnológico nos proporciona na seara da medicina: a teleconsulta.

Desde 2005, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece o impacto potencial dos avanços nas tecnologias de informação e comunicação na área da saúde, o chamado *eHealth*² (e-saúde), incentivando seu uso como mecanismo de democratização da prestação do serviço de saúde no mundo.

Segundo a organização internacional,³ 58% dos países-membros têm uma estratégia de *eHealth*; 55% têm legislação para proteger os dados eletrônicos do paciente; 87% relatam ter uma ou mais iniciativas nacionais para *eHealth*; e 75% têm instituições que oferecem treinamento, pré-serviço ou formação contínua em tecnologias de comunicação e de informação de saúde para profissionais da área.

Chao Lung Wen, chefe da disciplina de telemedicina da Universidade de São Paulo e grande defensor do assunto no Brasil, também destaca que vários países vêm tendo expressivo crescimento sustentado no uso da telemedicina. Entre eles, cita os EUA, países escandinavos, Canadá e Austrália. Além da National Aeronautics and Space Administration (Nasa) e das Forças Armadas Americanas, a conexão entre a Groelândia e a Dinamarca para obtenção de serviços de saúde é um exemplo da incorporação do uso da telemedicina na prática médica diária.⁴

1 Artigo produzido originalmente em 2020, tendo sofrido alterações posteriores.

2 Disponível em: <http://who.int>. Acesso em: 10 maio 2021.

3 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Global diffusion of eHealth: making universal health coverage achievable*. Report of the third global survey on eHealth. [S.l.]: OMS, 2016. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/252529/9789241511780-eng.pdf;jsessionid=6810954D045CBA16D2421C44181BA39B?sequence=1#page=16>. Acesso em: 28 fev. 2023.

4 WEN, Chao Lung. Telemedicina e a telessaúde: uma abordagem sob a visão de estratégia de saúde apoiada por tecnologia. *Chao Lung Wen*. Disponível em: <http://chaowen.med.br/artigos/telemedicina-e-a-telessaude-uma-abordagem-sob-a-visao-de-estrategia-de-saude-apoiada-por-tecnologia/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

No Brasil, estamos evoluindo. A crise sanitária internacional causada pela Covid-19 acelerou o processo regulatório da telemedicina, ao reconhecer o uso da modalidade enquanto durasse a pandemia. Porém, até o momento, não temos bases sólidas, no plano normativo, que legitimem a sua adoção em definitivo e ofereçam, assim, maior segurança jurídica a profissionais, operadoras, prestadores de serviços, consumidores e pacientes.

Um levantamento feito pela FenaSaúde, entidade que reúne quinze grupos de operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, mostra que, entre fevereiro de 2020 e janeiro de 2021, houve 2,6 milhões de atendimentos de telessaúde no país. O estudo traz dados de oito das quinze associadas da entidade e mostra que a telessaúde se tornou uma solução inclusive para casos graves, em tempos de pandemia: 60% do total de atendimentos foram para urgências e 40% para casos eletivos. Mais de 80% dos pacientes tiveram suas necessidades atendidas de forma remota. A satisfação dos clientes ficou entre 75% e 94%, dependendo da operadora.⁵

A teleconsulta, uma das modalidades da telemedicina, enfrenta verdadeira “barreira de entrada”, já que a atividade, permitida excepcionalmente durante a situação pandêmica, é vedada pelo Conselho Federal de Medicina, órgão responsável pela autorregulação do setor.

Muitas são as falhas de mercado encontradas nesse segmento, tais como o poder de mercado e as externalidades, mas, no presente trabalho, destacaremos a que entendemos ser a mais expressiva e a que justifica, com maior intensidade, um efetivo marco legal da teleconsulta no país: a assimetria de informação.

Pretendemos mostrar, neste capítulo, que a regulação da teleconsulta será fundamental para corrigir distorções de informação, tanto para o profissional de saúde quanto para os pacientes, promover a segurança jurídica, potencializar a eficiência do atendimento médico e democratizar os serviços a saúde — já tão maltratados e mal prestados — no país.

A temática envolve muitos desafios específicos do setor; dentre eles, a proteção de dados, o prontuário eletrônico, a territorialidade e a primeira consulta (se presencial ou mediada por tecnologia), assuntos que também serão abordados, ainda que de forma inicial, nas próximas seções.

5 Satisfação de beneficiários chega a 94% com telessaúde na pandemia. *FenaSaúde*, Rio de Janeiro, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://fenasaude.org.br/noticias/satisfacao-de-beneficiarios-chega-a-94-com-telessaude-na-pandemia.html>. Acesso em: 28 fev. 2023.

2. A telemedicina: aspectos gerais e regulatórios

2.1 Definições

A expressão “telemedicina” aparece na literatura juntamente com “telessaúde” e “e-saúde”, não havendo consistência conceitual entre elas. De um modo geral, esses conceitos referem-se à utilização das tecnologias da comunicação e da informação na saúde e, muitas vezes, são utilizados como sinônimos.

De qualquer modo, entendemos que a telessaúde possui um conceito mais amplo e multidisciplinar que a telemedicina, pois abrangeria todas as outras áreas relacionadas com a saúde, como nutrição, fisioterapia, enfermagem, odontologia, psicologia e outras especialidades, além da difusão e da educação da saúde digital no âmbito acadêmico.

A telemedicina não representa uma nova ciência, mas, sim, a influência das tecnologias digitais na medicina, por meio do uso de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em saúde,⁶ funcionando como um termo guarda-chuva, que inclui serviços e práticas como telediagnóstico, telelaudo, teleconsulta, entre outros.

Por sua vez, a teleconsulta ou teleatendimento, uma das frentes da telemedicina, é a possibilidade de se realizar uma consulta médica de forma remota, por meio de tecnologias seguras de comunicação on-line, como videoconferência ou aplicativos de chamadas por vídeos utilizando computadores, tablets ou smartphones para a função. Em linhas gerais, pode ser feita das seguintes formas:⁷

- Entre médicos — quando um clínico geral busca assistência de um especialista, como uma segunda opinião no diagnóstico, um medicamento mais indicado, ou até mesmo orientações sobre a realização de um procedimento. O paciente pode ou não estar presente.
- Entre médico e paciente — de forma direta, sem mediação de outro médico ou profissional da saúde.
- Síncrona — a interação é imediata ou a resposta é fornecida num curto período. Um exemplo é a consulta em vídeo entre médico e paciente.

6 Resolução CFM 1.693/2002, art. 1º.

7 TRONCOSO, Renata. Teleconsulta, telemedicina ou telediagnóstico: qual a diferença? *Portal Telemedicina*, São Paulo, 25 set. 2020. Disponível em: <https://portaltelemedicina.com.br/blog/teleconsulta-telemedicina-telediagnostico-qual-a-diferenca>. Acesso em: 5 jul. 2021.

- Assíncrona — acontece em horários diferentes e não exige interação direta entre o paciente e o médico.

As consultas a distância podem ser iniciais (primeiro atendimento), de acompanhamento, urgência ou de supervisão (com a troca de experiências entre profissionais), e atendem desde cuidados primários e enfermagem até diferentes especialidades médicas, como radiologia, dermatologia, cardiologia, neurologia, pneumologia, psiquiatria, reabilitação, oftalmologia e outras.

Apesar de este capítulo se concentrar principalmente na teleconsulta, como não há unanimidade quanto aos conceitos envolvendo a saúde digital, e como são raros os trabalhos jurídicos acadêmicos envolvendo unicamente a teleconsulta, utilizaremos muitas vezes também a expressão central e mais difundida que é a telemedicina.

2.2 Histórico no Brasil

No Brasil, a telemedicina começou a entrar em evidência no final da década de 1990, tanto no setor público como no privado, por meio de projetos autônomos e independentes e, na maioria dos casos, ligados a instituições de ensino universitárias. No final daquela década, alguns acontecimentos alavancaram os avanços tecnológicos da prestação dos serviços médicos no país, segundo El Khouri:⁸

- 1997 — a Unicamp criou o Hospital Virtual Brasileiro.
- 1998 — a disciplina de Telemedicina do Departamento de Patologia da FMUSP, juntamente com seu Laboratório de Investigação Médica (LIM), iniciou suas atividades.
- 1998 — a Rede Nacional de Informações em Saúde (RNIS) foi criada pelo Ministério da Saúde.
- 1999 — a Universidade Federal do Estado de São Paulo (UNIFESP) criou seu laboratório de Telemedicina dentro do Centro de Informática em Saúde, e o Ministério da Saúde passou a disponibilizar seus dados pelo DATASUS.

8 EL KHOURI, Sumaia Georges. *Telemedicina: análise da sua evolução no Brasil*. 2003. 247 f. Dissertação (Mestrado em Ciências na Área de Fisiopatologia Experimental) — Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) inseriu a telemedicina, em 2005, como parte do edital do programa Institutos do Milênio, criado para estimular a formação de redes de pesquisa entre laboratórios de todo o país. Como resultado, surgiu o projeto Estação Digital Médica,⁹ que uniu nove instituições com a finalidade de consolidar e ampliar a telessaúde no Brasil.

O Ministério da Saúde passou a investir mais fortemente no setor desde o início dos anos 2000. Em 2007, pela Portaria nº 35/GM/MS, foi instituído o Programa Nacional de Telessaúde,¹⁰ revogado pela Portaria GM/MS nº 402/2010, que criou o Programa Telessaúde Brasil, para apoio à Estratégia Saúde da Família no SUS.¹¹

No ano seguinte, o Ministério da Saúde, pela Portaria GM/MS nº 2.546/2011, redefiniu e ampliou o Programa Telessaúde Brasil, que passou a ser denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes¹² (ou Telessaúde Brasil Redes), com o objetivo de apoiar a consolidação das Redes de Atenção à Saúde ordenadas pela atenção básica no âmbito do SUS.

A Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde — SUS, promoveu importantes avanços na defesa das novas tecnologias na área de saúde, principalmente com a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).

O Ministério da Saúde também produziu um manual para implantação de programas de telemedicina e telessaúde no Brasil — *Guia de avaliação, implantação*

9 O PROJETO. *Educação Digital Multicompetência*, [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://edm.org.br/o-projeto/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

10 Brasil. Ministério da Saúde. *Portaria nº 35/GM/MS, de 4 de janeiro de 2007*. Institui, no âmbito do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Telessaúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0035_04_01_2007_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.

11 Brasil. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 402/2010, de 24 de fevereiro de 2010*. Institui, em âmbito nacional, o Programa Telessaúde Brasil para apoio à Estratégia de Saúde da Família no Sistema Único de Saúde, institui o Programa Nacional de Bolsas do Telessaúde Brasil e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt0402_24_02_2010_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.

12 Brasil. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS nº 2.546/2011, de 27 de outubro de 2011*. Redefine e amplia o Programa Telessaúde Brasil, que passa a ser denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes (Telessaúde Brasil Redes). Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2546_27_10_2011_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.

*e monitoramento de programas e serviços em telemedicina e telessaúde*¹³ — publicado em agosto de 2019. Esse material é o produto da colaboração entre o Hospital Alemão Oswaldo Cruz (HAOC) e os pesquisadores do Núcleo de Telessaúde da UFRGS, no quadro do projeto PROADI-SUS3, como solicitado pelo Departamento de Ciência e Tecnologia da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde (DECIT/SCTIE/MS), em 2017.

Com a declaração da mais severa emergência em saúde pública, pelo menos dos últimos 100 anos, causada pela Covid-19,¹⁴ o Conselho Federal de Medicina enviou ofício ao Ministério da Saúde em 19 de março de 2020 (Ofício CFM nº 1.756), em que reconhecia a possibilidade e a eticidade da utilização da telemedicina, em caráter de excepcionalidade e enquanto durassem as medidas de enfrentamento ao coronavírus.

No intuito de proteger a saúde de pacientes e médicos durante a crise sanitária mundial, o referido ofício de março de 2020 dispõe sobre os seguintes serviços: i) teleorientação: para que profissionais da medicina realizem à distância a orientação e o encaminhamento de pacientes em isolamento; ii) telemonitoramento: ato realizado sob orientação e supervisão médica para monitoramento ou vigência à distância de parâmetros de saúde e/ou doença; iii) teleinterconsulta: exclusivamente para troca de informações e opiniões entre médicos, para auxílio diagnóstico ou terapêutico.

Em 20 de março de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 467, dispondo, também, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de telemedicina. A norma estabelece que essas ações ficam condicionadas à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e que podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada (conforme art. 2º da portaria).

Em 26 de novembro de 2020, a Câmara dos Deputados lançou a Frente Parlamentar da Telessaúde, sob o argumento de que, com a pandemia de Covid-19 e o isolamento social, a telessaúde, que já era um pleito antigo do setor, superou as adversidades e se estabeleceu no Brasil. Junto com a nova modalidade, veio a necessidade de debater a implementação efetiva em todo o território brasileiro e de discutir outros temas relacionados às tecnologias e às inovações na saúde.

13 O manual da telessaúde pode ser consultado aqui: http://www.ans.gov.br/images/MS-telessaude-manual_2019.pdf. Acesso em: 2 maio. 2021.

14 Covid-19 é a doença causada pelo vírus da Sars-CoV-2, identificada na China, onde se originou, ainda no segundo semestre de 2019.

Mais um passo fundamental nessa evolução durante a crise sanitária se deu com a edição da Lei nº 13.989/2020,¹⁵ em 15 de abril de 2020, que, no seu art. 3º, define a telemedicina como “o exercício da medicina mediado por tecnologias para fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde”. Temos, portanto, pela primeira vez no Brasil, uma definição legal sobre a referida prática. O art. 6º, por sua vez, estabelece que competirá ao Conselho Federal de Medicina a regulamentação da telemedicina após o período consignado no art. 2º da lei.

O art. 5º da Lei nº 13.989/2020 traz exigência ética e isonômica que respalda o atendimento da prestação de serviço de telemedicina, ao determinar que esse seguirá os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado, não cabendo ao Poder Público custear ou pagar por tais atividades quando não for exclusivamente serviço prestado ao Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁶

Com isso, não só pelas disposições da Lei nº 3.268/1957, como também por força do art. 6º da Lei nº 13.989/2020, a competência para regulamentar a telemedicina de forma permanente é atribuição do Conselho Federal de Medicina.

Finalmente, no dia 28 de dezembro de 2022, foi publicada a Lei nº 14.510/2022 para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional, configurando mais um grande marco regulatório sobre o tema no país.

Acerca dos aspectos relacionados ao cumprimento das regras de contratualização definidas pela ANS, em especial aquelas dispostas nas Resoluções Normativas nº 363 e nº 364,¹⁷ de 2015, frente à utilização da telessaúde no setor de saúde suplementar, há duas questões principais que exigem decisões da diretoria colegiada da ANS: a integração da regulamentação de contratos

15 Revogada recentemente pela Lei nº 14.510/2022, de 27 de dezembro de 2022.

16 “Art. 5º A prestação de serviço de telemedicina seguirá os padrões normativos e éticos usuais do atendimento presencial, inclusive em relação à contraprestação financeira pelo serviço prestado, não cabendo ao poder público custear ou pagar por tais atividades quando não for exclusivamente serviço prestado ao Sistema Único de Saúde (SUS).”

17 A Resolução Normativa nº 363, de 11 de dezembro de 2014, dispõe sobre as regras para celebração dos contratos escritos firmados entre as operadoras de planos de assistência à saúde e os prestadores de serviços de atenção à saúde e dá outras providências, e a Resolução Normativa nº 364, de 11 de dezembro de 2014, dispõe sobre a definição de índice de reajuste pela Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS — a ser aplicado pelas operadoras de planos de assistência à saúde aos seus prestadores de serviços de atenção à saúde em situações específicas.

na saúde complementar com os Códigos de Ética dos Conselhos Profissionais de Saúde e a necessidade de alteração contratual para inclusão desse tipo de atendimento.

2.3 A autorregulação e o papel do CFM

Ao definir a autorregulação (“*self regulation*”), Julia Black¹⁸ divide o conceito em três abordagens: o que se entende por “*self*”, o que se entende por “*regulation*” e a natureza da relação entre autorregulação e Estado.

O termo “*self*”, segundo a autora, pode ser interpretado no sentido individual, com o agente disciplinando sua própria conduta, ou no sentido coletivo, com a regulação orientada por determinado grupo ou por um coletivo que controla a ação de seus respectivos membros, como ocorre, por exemplo, nos conselhos de classe.

A definição de “*regulation*” pode variar — uma forma de controle imperativo, a regulação pelo mercado, as decisões voluntárias de cada indivíduo para controlar seu próprio comportamento. Outra análise descreve um arranjo corporativista particular, sem qualquer interferência do Estado, no qual a autorregulação se manifesta como sinônimo de uma administração coletiva.

O termo “*self-regulation*” descreve, segundo Black, um grupo que realiza a função reguladora para com seus próprios integrantes e demais interessados em aceitar a autoridade do grupo regulador.

No que tange à medicina, de acordo com a Lei nº 3.268/1957, compete ao Conselho Federal de Medicina e aos respectivos Conselhos Regionais o exercício da supervisão da ética médica e do exercício profissional, bem como a edição de resoluções, que têm por característica a finalidade pública, estabelecendo normas gerais de conduta. Há uma típica relação de comando e controle, justificada pelos impactos da atuação médica na saúde e na vida dos indivíduos.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), usando como base a Declaração de Tel Aviv de 1999,¹⁹ editou a Resolução 1.693/2002, que no seu art. 1º definiu a telemedicina como o exercício da medicina através da utilização de metodo-

18 BLACK, Julia. Constitutionalising Self-Regulation. *Modern Law Review*, [S.l.], v. 59. n. 1, p. 24-55, jan. 1996.

19 Sobre responsabilidades e normas éticas na utilização da telemedicina. Adotada pela 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999.

logias interativas de comunicação audiovisual e de dados, com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em saúde.

Em 2009, um novo Código de Ética Médica foi publicado por meio da Resolução CFM nº 1.931/2009, estabelecendo, no art. 37, vedação à realização de procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-los. Esse recuo normativo foi ratificado pela Resolução CFM nº 1.974/2011, que, no seu art. 3º, proibiu o médico de oferecer consultoria a pacientes e familiares como substituição da consulta médica presencial, vedando por completo a teleconsulta.

O Parecer CFM nº 14/2017 permitiu o uso do WhatsApp e plataformas similares para comunicação entre médicos e seus pacientes, bem como entre médicos, em caráter privativo, para enviar dados ou tirar dúvidas, apontando um importante avanço na análise do tema.

No I Fórum de Telemedicina organizado pelo Conselho Federal de Medicina, em 2016,²⁰ médicos, professores e demais especialistas debateram a necessidade de reformulação da Resolução 1.693/2002 e, pelas apresentações disponíveis na internet, tudo indica que o Código de Ética Médica será revisto à luz das novas demandas da telemedicina. Entretanto, não é possível prever quando o desafio normativo da teleconsulta será definido no âmbito do Conselho.

A Resolução CFM 2.227/2018 regulamentou a prática da teleconsulta no Brasil, mas foi revogada apenas um mês após a sua edição por outra resolução do Conselho. Deixando de lado especulações de natureza corporativa, que não são objeto da presente análise, os maiores questionamentos da classe foram direcionados a temas complexos como a própria teleconsulta, teletriagem e teleorientação, que prescindem da relação médico-paciente presencial, além de aspectos não claros na norma, como o que seria considerado área remota, bem como a possibilidade de teleconsulta em localidades (ou cidades) em que não há deficiência de especialistas, com grande impacto no mercado de trabalho.²¹ Em 4 de maio de 2022, após longo debate impulsionado pela situação pandêmica iniciada em 2020, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução 2.314, que define e regulamenta a telemedicina no país, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação.

20 CMF inicia revisão em telemedicina. *Eventos Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], [s.d.]. Disponível em: https://eventos.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21079&Itemid=573. Acesso em: 2 maio 2021.

21 Segundo opinião de Helvécio Neves Feitosa. Ver FEITOSA, Helvécio Neves. A telemedicina em foco. *Revista de Medicina da UFC*, Fortaleza, v. 59, n. 1, p. 6-8, jan./mar. 2019.

O Instituto de Estudos em Saúde Suplementar (IESS), em texto para discussão sobre a telemedicina, evidenciou que muitas das barreiras enfrentadas pela ferramenta são relacionados a (i) alto custo de sistemas e soluções de telemedicina, especialmente para áreas rurais; e (ii) resistência à mudança e lentidão na aceitação clínica da telemedicina, uma vez que os médicos de clínica geral, bem como os médicos especializados, estão habituados a manter seus métodos de diagnóstico tradicionais, em vez de experimentar novos, mesmo que apoiados pelas mais recentes descobertas tecnológicas; (iii) também existem apreensões por parte dos pacientes, que estão relacionadas a preocupações com a privacidade, mudanças disruptivas nos serviços existentes e preocupação com a capacidade de operar a tecnologia; (iv) falta de padrões da informação de saúde. A adoção de padrões ajuda muito na facilitação da comunicação entre diferentes centros de saúde e está relacionada à segurança e à privacidade da troca de dados.²²

O tema é complexo e sensível, levando em consideração também que a grande maioria dos médicos não recebeu na faculdade os ensinamentos necessários, muitas vezes técnicos, para a adoção de uma consulta remota, sendo ainda necessário considerar que a medicina é composta por 55 especialidades²³ reconhecidas pelo Conselho Federal e que demandam, logicamente, o uso de tecnologias próprias.

De acordo com estudo da Associação Paulista de Medicina, denominado *Conectividade e saúde digital na vida do médico brasileiro*, realizado em 2020, aproximadamente 65% dos médicos desejam a regulamentação da telemedicina. A pesquisa também constatou que cerca de 90% dos entrevistados consideram que o sistema público de saúde prestará um melhor serviço à população, caso adote ferramentas digitais capazes de agilizar o atendimento.²⁴

3. Aspectos econômicos e sociais do necessário marco regulatório

3.1 Assimetria de informação

A atividade de prestação de saúde no país não é alheia e livre de imperfeições em seu funcionamento, o que resulta em perda de bem-estar social. Pinheiro

22 Disponível em: <https://www.iess.org.br/biblioteca/tds-e-estudos/textos-para-discussao/td-74-telemedicina-traz-beneficios-ao-sistema-de>.

23 Resolução CFM 2.221/2018.

24 Disponível em: <http://apm.org.3br> (apresentação em powerpoint).

e Saddi²⁵ ressaltam que as falhas de mercado precisam ser corrigidas, e a regulação econômica atua de modo a corrigir distorções que o livre mercado não seria capaz de eliminar.

Nesse sentido, Black²⁶ afirma que a regulamentação, ao tornar as informações mais amplamente acessíveis, precisas e econômicas, pode proteger os consumidores contra informações inadequadas e suas consequências, e pode estimular a operação de mercados competitivos e saudáveis.

As assimetrias de informação são as diferenças nas informações existentes em uma transação no mercado, de modo que haja desníveis entre o conhecimento das partes envolvidas quanto à compreensão real das características da transação, o que, no setor de saúde, se apresenta muito frequentemente.

A assimetria informacional gera inúmeros problemas, como o risco moral e a seleção adversa. O primeiro, caracterizado pela utilização excessiva dos serviços após o estabelecimento do contrato de seguro de saúde, ou ainda quando o comportamento do beneficiário ou da empresa muda após a compra do seguro, de modo que a probabilidade de perda ou o tamanho da perda aumenta. O segundo, *ex ante* ao estabelecimento do contrato, acontece, por exemplo, quando os indivíduos que adquirem um plano de saúde possuem maior propensão a utilizar os serviços assistenciais do que aqueles que não possuem plano de saúde.

Pinheiro e Saddi²⁷ ainda destacam que, na relação paciente-médico, a assimetria informacional é o que motiva a consulta, e pode ser perigoso depender apenas de mecanismos de reputação para evitar os problemas que podem ser causados por essa assimetria. A seleção adversa aqui resulta de o cliente não ter como saber se escolheu um bom ou mau profissional. Já o risco moral reflete o fato de que, caso os serviços prestados pelo profissional não sejam bem-sucedidos, o cliente não tem como avaliar se isso ocorreu por falta de esforço pessoal do profissional ou por questões fora do controle dele.

Numa teleconsulta, a desigualdade de informações entre as partes em um atendimento médico se torna ainda maior, já que há perda de proximidade e de

25 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

26 BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 54, n. 1, p. 103-146, 1 jan. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em: 2 maio 2021.

27 *Ibidem*, p. 89.

alguns sentidos no canal de comunicação digital, o que deverá ser suprido por uma atuação médica ainda mais capacitada e sensível às múltiplas realidades dos pacientes.

Chao Lung Wen²⁸ pondera que uma das principais potencialidades da telemedicina é a sua capacidade de aumentar a confiança nos relacionamentos entre profissionais de saúde, pacientes e seus familiares. Os sistemas público e privado podem oferecer, de forma universal, serviços de qualidade e que garantam a prevenção de doenças e a rápida recuperação de pacientes, com efetivo acompanhamento domiciliar. Para o médico, aí está o papel da telemedicina: possibilitar o aumento da eficiência, fortalecendo o lado humano.

3.2 A democratização do acesso à saúde

No Brasil, a proteção constitucional do direito à saúde, como direito fundamental, ocorreu apenas em 1988, tendo em vista que os diplomas anteriores não deram a esse importante direito um grande destaque. Atualmente a saúde encontra proteção constitucional no art. 6º e nos arts. 196 a 200.

Em atenção ao disposto no art. 200 da CRFB/1988 (“Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei”) foi criada a Lei Orgânica da Saúde (LOS — Lei nº 8.080/1990) para dar estrutura e viabilidade ao SUS. Dentre os principais destaques da referida lei, está o tratamento da saúde como um direito à vida qualificada, necessária para uma existência digna, e como elemento basilar da construção da cidadania.

Como a saúde também é livre à iniciativa privada (art. 199, da CRFB/88), em 28 de janeiro de 2000, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), pela Lei nº 9.961/2000, no intuito de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, fiscalizando as operadoras setoriais, estabelecendo normas para ressarcimento ao SUS, criando critérios de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviços às operadoras, qualidade da cobertura, dentre outros objetivos.

Apesar de todo o fortalecimento constitucional e legal na defesa da saúde, ainda vivenciamos uma verdadeira síndrome de inefetividade e profunda

28 WEN, Chao Lung. Telemedicina e telessaúde valorizam a humanização da relação entre profissionais de saúde, pacientes e familiares. *Chao Lung Wen*. Disponível em: <http://chaowen.med.br/artigos/telemedicina-e-telessaude-valorizam-a-humanizacao-da-relacao-entre-profissionais-de-saude-pacientes-e-familiares/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

desigualdade na sua prestação. Em estudo recente sobre a demografia médica no Brasil,²⁹ verificamos que o Brasil ainda concentra a maior parte de seus médicos nas regiões Sul e Sudeste, com 60% deles localizados nas grandes cidades, onde vivem apenas 30% da população. Enquanto isso, existem verdadeiros “desertos médicos”, principalmente nos interiores das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. A cidade de São Paulo, sozinha, tem cerca de 60 mil médicos, mais do que 4.905 municípios brasileiros juntos.

Essa preferência regional, claramente apontada acima, não se limita à demografia médica. As regiões Sul e Sudeste concentram o maior número de estabelecimentos hospitalares, de equipamentos, de assistência pré-natal e o próprio número de consultas ao SUS.

E é nesse país de contrastes, dividido — não em iguais proporções —, onde paira o sentimento de abandono e frustração na prestação dos serviços públicos da saúde e também na carência de médicos e hospitais, nos setores público e privado, geralmente em razão da sua grande concentração em centros e em regiões específicas.

Nesse cenário, a teleconsulta se apresenta como um forte instrumento de combate à desigualdade social e regional, permitindo que a população tenha acesso a um atendimento médico à distância mais eficiente, intermediado por tecnologia.

3.3 Dilemas específicos em pauta sobre a teleconsulta

3.3.1 A territorialidade

A Lei nº 3.268/1957, de 30 de setembro de 1957, determina que, se o médico passar a exercer atividade em outro estado por mais de 90 dias, deverá solicitar transferência de seu registro para o Conselho Regional de Medicina do local permanente,³⁰ sob pena de sofrer alguma penalidade disciplinar.

29 SCHEFFER, M. et al. *Demografia médica no Brasil 2018*. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/wp-content/uploads/DemografiaMedica2018.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

30 “Art. 18. Aos profissionais registrados de acordo com esta lei será entregue uma carteira profissional que os habitará ao exercício da medicina em todo o País. [...] § 2º Se o médico inscrito no Conselho Regional de um Estado passar a exercer, de modo permanente, atividade em outra região, assim se entendendo o exercício da profissão por mais de 90 (noventa) dias, na nova jurisdição, ficará obrigado a requerer inscrição secundária no quadro respectivo, ou para

Parte da categoria também entende que a teleconsulta só deve ser exercida no estado de registro, pelo fato de que há médicos em locais que não têm recursos tecnológicos para concorrer em condições iguais com outros de centros mais avançados. O tema avança inevitavelmente para o plano concorrencial.

Quanto à questão legislativa, entendemos que o deslocamento, intermediado pela tecnologia, na verdade é do paciente e não do médico. Ademais não seria razoável que o profissional da medicina precisasse ter 27 CRM's para poder atender por telemedicina no país.

A questão da concorrência entre os próprios médicos locais e de outros estados precisa ser enfrentada, em nossa opinião, primeiramente com o olhar voltado à defesa do paciente e da universalização de acesso a bons profissionais, mais raros nas áreas remotas do país, devido à concentração de profissionais nos grandes centros, como já registrado.

É compreensível a apreensão dos médicos com a sua empregabilidade. No setor privado, alguns entendem que muitas operadoras de saúde, para reduzir seus custos, fariam uso da teleconsulta para substituir médicos, “uberizando” a atividade médica, segundo preocupação apontada por Costa, Sola e Garcia.³¹

Com tantos desafios enfrentados pelo setor de saúde complementar — por exemplo, quanto à necessária ampliação da rede de atendimento e à qualidade da prestação de serviço —, cremos que a teleconsulta seja utilizada como um serviço adicional em seus projetos, e não como mecanismo substituto.

A era digital rompeu fronteiras territoriais há muito tempo; aliás, essa é uma marca dos novos tempos. Sem a liberdade para que o paciente busque atendimento fora do seu local de residência, e, por sua vez, sem que o médico possa atender pacientes em qualquer local do país, desde que, lógico, por meio de um procedimento seguro para ambas as partes, não faz sentido sequer existir a teleconsulta.

Adicionalmente, no Brasil, o deslocamento para os grandes centros representa um ônus elevado para o sistema de saúde, com altos custos de transação,

ele se transferir, sujeito, em ambos os casos, à jurisdição do Conselho local pelos atos praticados em qualquer jurisdição” (grifo nosso).

31 COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda; GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. Telemedicina e uberização da saúde: médicos operários ou consumidores? *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i3.699>. Acesso em: 27 fev. 2023.

que também sobrecarregam os centros de referência de atenção secundária. Além do que, em relação aos pacientes, existe o risco das estradas, o custo do deslocamento e, muitas vezes, a falta de infraestrutura para acolher o paciente e o seu acompanhante fora do domicílio por prazo algumas vezes não determinado.

Outra questão que surge com o dilema da territorialidade é também a preocupação com o atendimento à distância que ultrapasse o território brasileiro e a impossibilidade de controle que envolve a questão.

3.3.2 A primeira consulta

O art. 37 e seu parágrafo único do Código de Ética Médica vedam a prescrição de tratamento ou outros procedimentos sem o exame direto do paciente, salvo em caso de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada. Existe, portanto, como já dito, uma verdadeira “barreira de entrada” à teleconsulta no país.

Em nota de esclarecimento à população sobre a telemedicina, em 2019, o CFM reiterou que o atendimento presencial e direto do médico em relação ao paciente é regra para a boa prática médica, conforme o regramento ético da profissão impõe.³²

Donizetti Giamberardino Filho, primeiro vice-presidente do CFM e coordenador da comissão especial de telemedicina no CFM, em matéria publicada no sítio da autarquia em 2 de setembro de 2020, reiterou que o “padrão ouro” é o atendimento presencial. Em evento realizado em 16 de setembro de 2021, Giamberardino explicou que a regulamentação da ferramenta será pautada pela segurança do paciente, autonomia do paciente e do médico, qualidade do diagnóstico e do cuidado, garantia do sigilo e da privacidade.³³

Indiscutivelmente a telemedicina não substituirá a presença física do médico, mas tem o potencial de facilitar, em muitas situações, um atendimento mais ágil, evitando também a programação das unidades de saúde, procuradas por muitos como primeiro passo.

32 Telemedicina é tema de comunicado do CFM nesta segunda-feira. *Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], 8 jul. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/telemedicina-e-tema-de-comunicado-do-cfm-nesta-segunda-feira/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

33 III Fórum de Segurança do Paciente, 2021, [s.l.]. Tema: a segurança do paciente no Brasil. Videoconferência. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aebC5qyDQql>. Acesso em: 28 fev. 2023.

Diante de tantas especialidades médicas, com as suas diversas peculiaridades, esperamos que o Conselho consiga promover um debate mais plural para contemplar consultas remotas visando sintonizar a assistência médica aos avanços de novas tecnologias de informação e comunicação, prestigiando também as sociedades médicas especializadas, já que, em muitos casos, a consulta remota não seria eficiente, tampouco desejável.³⁴

Baptista e Keller trazem questionamentos muito interessantes sobre o momento de regular as novas tecnologias:

Reguladores confrontados com novos contextos tecnológicos precisam, em um primeiro momento, decidir sobre o tempo ideal de resposta estatal à disrupção. Qual seria o momento adequado para intervir em uma nova forma de realização de atividades já existentes, ou até em um novo mercado recém-surgido? Seria necessário um esforço imediato de conformação? Ou a espera por uma estabilização, como forma mais cautelosa de lidar com os impactos da inovação, se mostraria mais eficiente a longo prazo? Quais seriam as vantagens e desvantagens de cada uma dessas opções?³⁵

Não há solução fácil para esse que é um aspecto proeminente da intervenção do Conselho diante da inovação, mas, no caso específico da teleconsulta, não estamos diante de uma situação exatamente nova, e é preciso que a regulação não asfixie os avanços já verificados no atendimento à saúde por meio digital.

3.3.3 A proteção de dados e o prontuário eletrônico

A proteção dos dados pessoais e a intimidade na saúde sempre receberam um tratamento especial por parte da legislação pertinente. À guisa de exemplo, o Código de Ética Médica,³⁶ no art. 73, proíbe o médico de revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente, e, segundo o art. 85, o médico fica impedido de permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

³⁴ Como exemplos, podemos citar a ortopedia e a otorrinolaringologia.

³⁵ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 273, p. 123-163, 17 set. 2016.

³⁶ Resolução CFM nº 1.931/2009.

O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 2.073 de 2011, definiu os padrões de interoperabilidade e informação em saúde para os sistemas de informação em saúde no âmbito do SUS — nos níveis municipal, distrital, estadual e federal — e para os sistemas privados e do setor de saúde suplementar.

A ANS criou a Resolução Normativa nº 305 de 2012, que estabeleceu o Padrão para Troca de Informações na Saúde Suplementar (Padrão TISS), aplicável aos dados de atenção à saúde dos beneficiários de plano privado de assistência à saúde. Esse padrão estabeleceu os requisitos para registro e intercâmbio de dados entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e prestadores de serviços de saúde.

Em reforço ao comando constitucional do art. 5º, X, da Constituição de 1988, que protege a intimidade e a vida privada, em 14 de agosto de 2018 foi publicada a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), conferindo, no que tange ao tema em debate, uma proteção ainda mais especial aos dados relativos à saúde.

O art. 5º, II, da LGPD considera os dados relativos à saúde espécies de dados sensíveis e, no art. 11, §4º, proíbe a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores desses dados com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observados os procedimentos legais.

Também em 2018 foi publicada a Lei nº 13.787/2018, que dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, estabelecendo uma série de regras que devem ser seguidas para a proteção dos dados, como: i) o processo de digitalização de prontuário de paciente será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital (art. 2º); ii) os métodos de digitalização devem reproduzir todas as informações contidas nos documentos originais (art. 2º, §1º); e, ainda, iii) que, no processo de digitalização, será utilizado certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro padrão legalmente aceito (art. 2, §2º).

Como a teleconsulta é considerada ato médico, é obrigatório o registro dos dados do atendimento em prontuário, seja em forma textual (convencional) ou eletrônico (o que faz mais sentido no escopo da saúde digital). No documento devem ser anotadas todas as informações que seriam registradas em uma consulta presencial, como dados clínicos do paciente.

O prontuário eletrônico é o registro digital de todas as informações de identificação, clínicas e administrativas coletadas em suas passagens pelos serviços de saúde e acessíveis apenas para os profissionais autorizados. É um instrumento que unifica os dados de saúde e doença do paciente e permite a qualificação e a otimização da assistência, ao garantir acesso rápido ao histórico clínico, o que facilita o processo de tomada de decisão e a condução clínica do caso, contribuindo para a possibilidade de obtenção de melhores resultados e de redução de custos, aumentando a eficiência dos serviços.

Na saúde digital, o prontuário eletrônico é fundamental, mas a sua proteção e manuseio devem observar regras rígidas, e esse é mais um desafio enfrentado pela regulação da saúde digital.

A segurança de informação com criptografia e o devido rastreamento de acesso às informações dos pacientes é ainda uma questão preocupante no que diz respeito à teleconsulta. Há de se ter investimento para que essas imagens sejam gravadas e guardadas sem que isso encareça o modelo, e não impeça médicos em seus consultórios particulares de colocar em prática o exercício da telemedicina. Cremos que haja tecnologia para isso, e essa transição deve ser pensada.

4. Conclusão

A teleconsulta médica não é uma “bala de prata” apta a resolver todas as dificuldades da prestação do serviço de saúde do país. Há questões desafiadoras, algumas demonstradas nesse trabalho, que precisam ser enfrentadas pela regulação para garantir que o modelo realmente se torne eficiente, seguro e que venha a agregar ao sistema de saúde brasileiro.

O marco regulatório estabelecendo princípios orientadores da teleconsulta no Brasil é indispensável para a disseminação e a consolidação dessa prática no país, mas isso impõe ultrapassar barreiras culturais, institucionais e profissionais e promover uma verdadeira abertura de visão para os benefícios que a tecnologia pode nos oferecer no mundo digital.

Para além dos serviços médicos propriamente ditos, a telemedicina ainda pode proporcionar ao país um investimento em novas estruturas de atendimento remoto e o desenvolvimento de tecnologia nacional. Com os incentivos certos, podemos prever a geração de empregos (diretos e indiretos) e a movimentação da economia nacional em torno da telemedicina.

Referências

- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 273, p. 123-163, 17 set. 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BLACK, Julia. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 54, n. 1, p. 103-146, 1 jan. 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Acesso em: 2 maio 2021.
- _____. Constitutionalising Self-Regulation. *Modern Law Review*, [S.l.], v. 59, n. 1, p. 24-55, jan. 1996.
- BRASIL. *Lei Federal nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.
- _____. *Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.
- _____. *Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.
- _____. *Lei Federal nº 13.989, de 15 de abril de 2020*. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.
- _____. *Lei Federal nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 27 fev. 2023.
- Brasil. Ministério da Saúde. *Portaria nº 35/GM/MS, de 4 de janeiro de 2007*. Institui, no âmbito do Ministério da Saúde, o Programa Nacional de Telessaúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt0035_04_01_2007_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.
- _____. *Portaria GM/MS nº 402/2010, de 24 de fevereiro de 2010*. Institui, em âmbito nacional, o Programa Telessaúde Brasil para apoio à Estratégia de Saúde da Família no Sistema Único de Saúde, institui o Programa Nacional de Bolsas do Telessaúde Brasil e dá outras providências. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt0402_24_02_2010_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.
- _____. *Portaria GM/MS nº 2.546/2011, de 27 de outubro de 2011*. Redefine e amplia o Programa Telessaúde Brasil, que passa a ser denominado Programa Nacional Telessaúde Brasil Redes (Telessaúde Brasil Redes). Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2546_27_10_2011_comp.html. Acesso em: 20 out. 2020.
- CMF inicia revisão em telemedicina. *Eventos Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], [s.d.]. Disponível em: https://eventos.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21079&Itemid=573. Acesso em: 2 maio 2021.
- COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, New Jersey, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

- COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda; GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. Telemedicina e uberização da saúde: médicos operários ou consumidores? *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 9, n. 3, jul./set. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i3.699>. Acesso em: 27 fev. 2023.
- EL KHOURI, Sumaia Georges. *Telemedicina: análise da sua evolução no Brasil*. 2003. 247 f. Dissertação (Mestrado em Ciências na Área de Fisiopatologia Experimental) — Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- FEITOSA, Helvécio Neves. A telemedicina em foco. *Revista de Medicina da UFC*, Fortaleza, v. 59, n. 1, p. 6-8, jan./mar. 2019.
- III Fórum de Segurança do Paciente, 2021, [s.l.]. Tema: a segurança do paciente no Brasil. Videoconferência. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aebC5qyDQqI>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- KELLER, Clara Iglesias. Entre exceção e harmonização: o debate teórico sobre a regulação da internet. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 137-166, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/44573/30294>. Acesso em: 27 fev. 2023.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Global diffusion of eHealth: making universal health coverage achievable*. Report of the third global survey on eHealth. [S.l.]: OMS, 2016. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/252529/9789241511780-eng.pdf;jsessionid=6810954D045CBA16D2421C44181BA39B?sequence=1#page=16>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- Satisfação de beneficiários chega a 94% com telessaúde na pandemia. *FenaSaúde*, Rio de Janeiro, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://fenasaude.org.br/noticias/satisfacao-de-beneficiarios-chega-a-94-com-telessaude-na-pandemia.html>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- SCHEFFER, M. et al. *Demografia médica no Brasil 2018*. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/wp-content/uploads/DemografiaMedica2018.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- SINCLAIR, Darren. Self-regulation versus command and control? Beyond false dichotomies. *Law & Policy*, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 529-559, 1997.
- O PROJETO. *Educação Digital Multicompetência*, [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://edm.org.br/o-projeto/>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- Telemedicina é tema de comunicado do CFM nesta segunda-feira. *Conselho Federal de Medicina*, [S.l.], 8 jul. 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/telemedicina-e-tema-de-comunicado-do-cfm-nesta-segunda-feira/>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- TRONCOSO, Renata. Teleconsulta, telemedicina ou telediagnóstico: qual a diferença? *Portal Telemedicina*, São Paulo, 25 set. 2020. Disponível em: <https://portaltelemedicina.com.br/blog/teleconsulta-telemedicina-telediagnostico-qual-a-diferenca>. Acesso em: 5 jul. 2021
- WEN, Chao Lung. Telemedicina e a telessaúde: uma abordagem sob a visão de estratégia de saúde apoiada por tecnologia. *Chao Lung Wen*. Disponível em: <http://chao wen.med.br/artigos/telemedicina-e-a-telessaude-uma-abordagem-sob-a-visao-de-estrategia-de-saude-apoiada-por-tecnologia/>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. Telemedicina e telessaúde: um panorama no Brasil. *Informática Pública*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 7-15, 2008.

_____. Telemedicina e telessaúde valorizam a humanização da relação entre profissionais de saúde, pacientes e familiares. *Chao Lung Wen*. Disponível em: <http://chaowen.med.br/artigos/telemedicina-e-telessaude-valorizam-a-humanizacao-da-relacao-entre-profissionais-de-saude-pacientes-e-familiares/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

WIENER, Jonathan B. The regulation of technology, and the technology of regulation. *Technology in Society*, [S.l.], v. 26, n. 2, p. 483-500. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.tech-soc.2004.01.033>. Acesso em: 27 fev. 2023.

7

Lições da Regulação Estrangeira sobre Geração Distribuída

Joaquim Chacur B. Mano
Paulo Roberto Miguez

1. Introdução

Este capítulo abordará questões regulatórias envolvendo as usinas de micro e minigeração distribuída de energia solar fotovoltaica (GD). Mais especificamente, ele versa sobre a regulação da GD no Brasil e sobre os impactos da forma como o Estado fomenta o mercado GD, por meio de benefícios e subsídios. O objetivo consiste em contribuir com os debates em curso sobre a regulação setorial — com destaque para as discussões no âmbito do Projeto de Lei 5.829/2019 — a fim de propor a análise de alguns tópicos que não foram contemplados no referido projeto.¹

Para esse fim, cabe começar com uma brevíssima descrição do sistema de geração e distribuição de energia elétrica no país e a definição do que é geração distribuída de energia.

Em síntese, o processo de comercialização de energia é constituído por diversas operações destinadas a conduzir a energia do local de geração ao de consumo, sendo composto por usinas geradoras, redes de transmissão e de distribuição. As grandes usinas ficam encarregadas de gerar a maior parcela da energia brasileira, comercializando-a diretamente com as distribuidoras, por meio de contratos bilaterais (até 2004) ou de leilões (a partir de 2004). As transmissoras se encarregam de levar a energia da usina geradora à distribuidora, e essa última entrega a carga aos consumidores finais.

Nesse contexto, a GD surge como uma possibilidade de geração de energia realizada por micro e minigeradores estabelecidos junto ou próximos aos consumidores, dentro da rede da distribuidora em que a unidade consumidora se encontra. Em vez de transitar desde uma usina distante, passando por linhas de transmissão até a de distribuição, essa energia é gerada por micro ou miniusinas localizadas dentro da rede de distribuição e injetada diretamente na rede, a fim de abastecer residências, estabelecimentos comerciais e indústrias de pequeno porte.²

1 Este estudo foi concluído em julho de 2021. Em janeiro de 2022, quando este livro já estava no prelo, o referido Projeto de Lei 5.829/2019 foi aprovado no Congresso e, subsequentemente, sancionado pelo presidente da República, transformando-se na Lei Ordinária nº 14.300/2022, sem incorporar algumas das sugestões deste trabalho, infelizmente. Ainda assim, o presente estudo não perde sua validade acadêmica na medida em que expõe aspectos da lei que continuam contribuindo para um desequilíbrio sistêmico no setor elétrico, em que muitos pagam a conta de poucos.

2 De forma mais técnica, sem prejuízo de melhor detalhamento na regulação, a geração distribuída é definida pela legislação como “a produção de energia elétrica proveniente de empreendimentos

Embora a geração distribuída já estivesse prevista na legislação desde o Decreto 5.163 de 30 de julho de 2004, apenas a partir de 2012, quando a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) regulamentou a possibilidade de comercialização e distribuição de energia de GD, essa modalidade começou a ganhar espaço.

A iniciativa de instalação de uma usina de micro ou minigeração é do próprio consumidor, que deve realizar os estudos de viabilidade técnica e econômica do projeto que deseja implementar. Diferentemente das usinas de maior porte, a construção e a instalação para GD não dependem de outorgas de qualquer natureza, sejam concessões, permissões ou autorizações do Poder Concedente; basta a solicitação de acesso à rede da distribuidora à qual se pretende conectar.

Em um primeiro momento, esse (e outros) incentivos à GD eram plenamente justificados e fundamentais para a expansão da capacidade instalada, tanto em razão das suas externalidades positivas quanto pela dificuldade de acesso ao mercado desse tipo de produção. Nessa perspectiva, a literatura especializada cita, como exemplos de externalidades, o acréscimo de segurança eletroenergética, a diminuição das perdas de energia, a redução de investimentos em redes de transmissão e distribuição, além, é claro, dos benefícios ambientais de uma matriz energética renovável.³ Na outra ponta, historicamente, o custo de instalação da GD no Brasil era bastante elevado, o que dificultava a sua expansão. Assim, apesar das perspectivas do mercado de GD serem promissoras, sobretudo em virtude da alta incidência solar que há no Brasil,⁴ o seu impacto inicial no mercado centralizado foi limitado.

Nos últimos anos, porém, o setor de GD experimentou transformações sensíveis, sobretudo em razão do avanço tecnológico que propiciou uma redução

de agentes concessionários, permissionários ou autorizados, incluindo aqueles tratados pelo art. 8º da Lei nº 9.074, de 1995, conectados diretamente no sistema elétrico de distribuição do comprador, exceto aquela proveniente de empreendimento: I — hidrelétrico com capacidade instalada superior a 30 MW; e II — termelétrico, inclusive de cogeração, com eficiência energética inferior a setenta e cinco por cento, conforme regulação da ANEEL, a ser estabelecida até dezembro de 2004 (art. 14 do Decreto-Lei nº 5.163 de 2004) e, ainda, como o agrupamento de centrais de geração distribuída situadas numa mesma área e conectadas a distribuidora responsável pelo fornecimento da mesma área, despachada por meio de um mesmo centro de despacho de geração distribuída. (PRODIST, Módulo 1, REN ANEEL 956/2021)."

3 POMPERMAYER, Fabiano Mezadre et al. *Viabilidade econômica de sistemas fotovoltaicos no Brasil e possíveis efeitos no setor elétrico*. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2vPsym8>. Acesso em: 23 jul. 2021.

4 Conforme Solar resource map: photovoltaic power potential. *Solargis*. Disponível em: <https://solargis.com/maps-and-gis-data/download/world>. Acesso em: 23 jul. 2021.

considerável nos custos de aquisição e instalação de painéis solares (entre 40% e 80%), permitindo maior retorno do ponto de vista dos consumidores-produtores (prossumidores).⁵ Nessa medida, barreiras que, no passado, poderiam justificar a criação, pelos reguladores, de incentivos à ampliação da energia solar distribuída no país podem ter sido superadas, o que ensejaria, de *per se*, uma revisão dos incentivos governamentais.

No entanto, ao passo que alguns países se adaptaram rapidamente às mudanças no setor, o Brasil ainda parece muito preso a um debate permeado por desinformação e lobby de setores articulados. De um lado, distribuidoras alegam que o atual Sistema de Compensação não remunera adequadamente o uso das suas redes, além de criar um subsídio cruzado perverso em desfavor dos mais pobres. De outro, prossumidores e investidores do mercado de GD ressaltam os benefícios e as externalidades positivas da GD à sociedade e defendem que o modelo atual deve permanecer, ao menos até a consolidação do mercado.⁶

Portanto, pode-se afirmar que, de maneira geral, a GD tem capacidade de trazer grandes benefícios sociais e econômicos ao país, sendo desejável a sua expansão. Mas até que ponto essas características ainda justificam os subsídios estatais ao setor (que serão detalhados à frente)? E mais, diante da evolução tecnológica e do barateamento das usinas de GD, em qual medida se criou um ambiente capaz de incentivar o mercado de GD, sem tornar os custos impostos a uma parcela menos abastada da sociedade superiores aos benefícios decorrentes? É sobre isso que trata este capítulo.

Nesse contexto, sem entrar no mérito acerca da (in)capacidade técnica do legislador para regular temas tão complexos quanto o setor energético,⁷ sobretudo quando há uma consulta pública em andamento no âmbito da ANEEL,⁸ este capítulo aproveita o ensejo das discussões parlamentares sobre o PL 5.829/19, denominado Marco Regulatório da Geração Distribuída, para trazer um pouco da experiência internacional ao debate. A opção foi pela análise dos modelos germânico e britânico.

5 CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública Aneel nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

6 LANDAU, Elena. O Sol por testemunha. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 maio 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/colunas/elena-landau>. Acesso em: 26 jul. 2021.

7 Sobre a possível reserva do regulador, ver FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da administração pública. in: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2, p. 155.

8 Consulta Pública ANEEL nº 10/2018, bem como Audiência Pública nº 40/2019, vinculada à Consulta Pública nº 25/2019.

Para tanto, este trabalho percorrerá o seguinte itinerário: inicialmente, será apresentada uma visão geral da regulamentação brasileira do setor de GD, com enfoque nos subsídios e nos incentivos atualmente estabelecidos, para que o leitor esteja atento às suas consequências (seção 2). Em seguida, se analisará a experiência regulatória de GD da Alemanha e do Reino Unido (seção 3). Finalmente, serão apresentadas duas sugestões a fim de aprimorar o debate acerca da GD, sobretudo em relação a temas não abordados no PL 5.829/19 (seção 4). Considerações finais constam de uma seção conclusiva.

2. Um breve e necessário relato da regulação da GD e seus problemas

2.1 Panorama geral

O atual marco regulatório da GD no Brasil é a Resolução Normativa REN nº 482/2012 da ANEEL, conforme alterada pela REN 678/15. Editada com o objetivo de reduzir as barreiras para a conexão da GD e incentivar o desenvolvimento do mercado brasileiro, a REN estabeleceu as condições para acesso dos prossumidores às redes de distribuição de energia elétrica e criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica.⁹

Em linhas gerais, além da criação de regras de conexão que viabilizaram o acesso de unidades consumidoras (UCs) que instalassem usinas de micro e minigeração à rede de distribuição, a norma buscou viabilizá-las economicamente.

Assim, criou um sistema de compensação que permite que a energia gerada por uma UC, mas não consumida imediatamente, seja injetada na rede da distribuidora, gerando um crédito de energia em favor da unidade geradora. Na prática, a rede da distribuidora assume o papel de uma espécie de “bateria virtual” da UC, uma vez que a energia nela injetada é posteriormente abatida do consumo mensal da unidade — isto é, da sua conta de energia. É o que se denomina de sistema *net metering*. Caso, ao final do ciclo de faturamento, o

9 Nesse sistema, o consumidor não é remunerado monetariamente pela energia produzida e injetada na rede da distribuidora, mas compensa o consumo energético da rede com a energia nela injetada. Conforme art. 1º, XIV, Lei nº 14.300/2022: “Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE): sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, cedida a título de empréstimo gratuito e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades de consumidoras participantes do sistema”.

saldo entre energia consumida e energia injetada seja positivo em favor da UC, será constituído crédito para compensações a serem realizadas no prazo de até sessenta meses.

Importante apontar que o sistema *net metering* valora a energia injetada na rede pela UC na mesma tarifa de energia elétrica estabelecida para os consumidores cativos, e não pelo valor da energia adquirida pela distribuidora junto às geradoras. Assim, deduz-se do consumo da UC a energia injetada e o crédito de energia acumulado em períodos anteriores, considerando embutidas todas as componentes da tarifa em R\$/MWh.

Como mencionado acima, a REN foi alterada em 2015, ampliando o limite de geração de energia dos prossumidores atuantes no mercado GD (a potência limite passou de 1 MW para 5 MW) e permitindo que as UCs compensem seus créditos de energia não apenas com o consumo individual, mas também com o consumo de outras unidades cadastradas nos limites da área de concessão da distribuidora, dentre outras medidas implementadas com o objetivo de expandir o mercado.¹⁰

Pode-se dizer que, em vista do objetivo de fomentar o mercado de GD via subsídios, a opção pelo modelo de *net metering* brasileiro foi adequada à realidade do país à época da edição da REN, na medida em que viabilizou o desenvolvimento do setor. Barreiras regulatórias como a proibição à atuação direta de consumidores no mercado de geração e comercialização de energia e o alto preço dos equipamentos de GD foram superadas pela permissão de que prossumidores mantivessem créditos para períodos posteriores e pela valoração integral da energia injetada — o que reduziu substancialmente as contas de energia das UCs, mesmo em épocas de baixa incidência solar.

Com efeito, o crescimento da capacidade instalada das usinas de micro e minigeração de energia no Brasil é prova de que os objetivos da REN foram alcançados. Enquanto em 2012, ano em que entrou em vigor a REN 482/2012 da ANEEL, havia apenas 7 MW de potência instalada no Brasil; em maio de 2020, esse número ultrapassou 5.500 MW e, em julho de 2021, 6.000 MW,¹¹ superando as projeções mais otimistas da ANEEL.¹²

10 Para maiores informações, ver RODI, Rodrigo Mota; BERMANN, Célio. A regulação da geração distribuída no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, [S.l.], v. 26, n. 2, p. 7-17, 2020. p. 10.

11 BEZERRA, Francisco. Energia solar fotovoltaica. *Caderno Setorial Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste*. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/documents/80223/6888946/110_Energia+Solar.pdf/da714c4b-2e47-825b-1bc6-6389432166f1. Acesso em: 26 jan. 2021.

12 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída – Resolução Normativa nº 482/2012*. Relatório de AIR nº

Além disso, a atratividade dos empreendimentos de GD foi incrementada pelas evoluções tecnológicas que permitiram uma redução substancial no custo dos painéis solares, e o aumento do desempenho dos equipamentos. Entre 2010 e 2017, o custo dos painéis solares caiu cerca de 70% para projetos em grande escala e entre 40% e 80% para os de pequena escala (de geração distribuída), enquanto sua eficiência aumentou consideravelmente.¹³ Isso fez com que o tempo médio de retorno do investimento em GD para consumidores residenciais de baixa tensão no Brasil, por exemplo, fosse reduzido de 13,1 anos em 2013 para 5,3 anos em 2019.¹⁴

2.2 Os problemas

Como visto, na regulação em vigor, o sistema de *net metering* pressupõe que a energia injetada na rede e a consumida têm o mesmo valor global, de modo que o prossumidor tem sua geração remunerada pelo mesmo valor da tarifa cobrada pela distribuidora.

Entretanto, considerando que a tarifa cobrada do consumidor cativo é composta por diversos itens, como a remuneração dos geradores (33%), dos transmissores (7%) e dos distribuidores (19%), além de inúmeros encargos setoriais (14%) e impostos (27%), e que o prossumidor injeta puramente energia, o que ocorre, na prática, é que o consumidor que gera sua própria energia elétrica recebe muito mais do que um gerador convencional. Dito de outra forma, o prossumidor paga menos pela energia que extrai da rede do que o consumidor cativo, o que configura um subsídio cruzado¹⁵ daqueles que não têm

0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656877/18485189/6+Modelo+de+AIR+-+SRD+-+Gera%C3%A7%C3%A3o+Distribuida.pdf/769daa1c-51af-65e8-e4cf-24eba4f965c1>. Acesso em: 26 jul. 2021.

13 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Oportunidades e desafios da geração solar fotovoltaica no Semiárido do Brasil*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9680/1/TD_2541.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.

14 AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída – Resolução Normativa nº 482/2012*. Relatório de AIR nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656877/18485189/6+Modelo+de+AIR+-+SRD+-+Gera%C3%A7%C3%A3o+Distribuida.pdf/769daa1c-51af-65e8-e4cf-24eba4f965c1>. Acesso em: 26 jul. 2021.

15 Nesse sentido: “É possível afirmar que há a prática de subsídio cruzado entre consumidores quando um grupo de consumidores paga um valor superior ao custo unitário do serviço e esse superávit é revertido para oferecer tarifas inferiores ao custo a outros grupos de consumidores (GTZ, 2009). Já a sua existência entre produtos ocorre quando o superávit em um produto é utilizado para cobrir o déficit em outro, oferecido pela mesma empresa (Faulhaber, 1975). O subsídio cruzado entre consumidores ainda pode ser classificado pelo critério de seleção. Todos

painéis solares instalados (consumidores sem GD) para aqueles que possuem sistemas fotovoltaicos (usuários com GD), como conclui estudo realizado pelo Massachusetts Institute of Technology — MIT.¹⁶

Assim, partindo da premissa que a legitimidade de qualquer subsídio cruzado pressupõe não onerar o mais pobre em benefício do mais favorecido, percebe-se que os sinais estão invertidos na regulamentação atual da GD. Afinal, aqueles que não possuem recursos para financiar a instalação de equipamentos de GD e permanecem como consumidores cativos estão financiando os prosumidores via tarifa. De forma mais direta, cria-se a aparência de que os custos da GD são baixos para os prosumidores, quando, em verdade, todos aqueles que não têm recursos para instalar um sistema próprio — e recorrem à geração centralizada — custeiam o sistema de distribuição GD. Pode-se citar que “os custos de eventuais ampliações ou reforços no sistema de distribuição em função exclusivamente da conexão de micro ou macro geração são integralmente arcados pela distribuidora”,¹⁷ que, ao fim e ao cabo, será repassado para a tarifa do consumidor cativo.

Nessa linha, um estudo realizado pela Edison Foundation¹⁸ apontou o subsídio dado ao prosumidor por meio do *net metering* como um problema de alocação, na medida em que o benefício é direcionado para consumidores de

decorrem da prática tarifária, mas, se a seleção dos grupos de consumidores é pela natureza, então está havendo um subsídio tarifário cruzado por natureza do consumidor. Se essa seleção decorre da quantidade consumida, diz-se haver um subsídio tarifário cruzado por nível de consumo. Se é estabelecida, porém, pelo local onde reside o consumidor, que é municipal para o setor de saneamento, então ocorre um subsídio cruzado intermunicipal.” CRUZ, Karlos Arcanjo da; RAMOS, Francisco de Sousa. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 623-651, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/vstH66FQ8mRGV8NlznjSyjB/?lang=pt>. Acesso em: 25 jul. 2021.

- 16 “Under NEM, payment for any costs recovered via volumetric charges in the electricity tariff—including energy, network, and policy costs—is reduced or entirely avoided by distributed generation (DG) users, leading to cross-subsidization of DG network users by customers without DG, since most network costs are unrelated to volumetric consumption (see Section 4.4.4) and residual network and policy costs are not reduced at all by DG production (see Section 4.4.5).” MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY (MIT). *Utility Of The Future: an MIT Energy Initiative response to an industry in transition*. Disponível em: <https://energy.mit.edu/wp-content/uploads/2016/12/Utility-of-the-Future-Full-Report.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- 17 DAVID, Solange. A geração distribuída no Brasil, a “espiral da morte” e o desafio da sustentabilidade. In: Rocha, Fábio Amorim da (coord.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2020. t. 8, p. 116.
- 18 SALES, Claudio. Geração distribuída sim, geração descontrolada não. *Brasil Energia*, [S.l.], 24 abr. 2021. Disponível em: <https://editorabrasilenergia.com.br/geracao-distribuida-sim-geracao-descontrolada-nao/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

maior poder aquisitivo e pago pelos de menor renda. Além disso, destacou que, nos casos de empreendimentos de locação dos painéis, a maior parte do subsídio é transferida à empresa locadora. Trata-se, portanto, de um subsídio cruzado regressivo do ponto de vista da distribuição de renda, definido por muitos como um “subsídio perverso”.

Essa situação, aliás, tende a se agravar com o tempo. Enquanto a tarifa dos prossumidores for subsidiada pelos consumidores cativos, mais e mais consumidores migrarão para o sistema de GD. Assim, os custos crescentes incorridos pelas distribuidoras com a perda de clientes para a base GD serão repassados a um número cada vez menor de consumidores cativos, processo que pode ser definido como uma espécie de “boca de jacaré”, que torna o sistema cada vez mais ineficiente. Quanto mais consumidores se tornam prossumidores, maior o custo repartido pelos demais consumidores, que serão em número cada vez menor. E, à medida que se eleva a tarifa daqueles que não possuem GD, aumenta o incentivo econômico para a instalação de painéis solares.

Portanto, o sistema cria incentivos incorretos para a tomada de decisão de consumidores que deixam de pagar pelo uso da rede de distribuição, mas continuam necessitando dos seus “serviços de bateria”, tanto para despachar a energia excedente gerada quanto para poder consumir energia elétrica nas horas de baixa incidência solar. Mas as distorções não terminam por aí.

Enquanto a energia injetada pelos prossumidores durante os momentos de alta incidência solar é consumida pelas demais UCs da área de concessão, percebe-se que, na prática, essas unidades estão “pagando” por uma energia a um preço que não condiz com o preço de compra de energia praticado nos leilões reversos, distorcendo ainda mais o preço da energia no mercado regulado.

Veja-se que, quando observados os resultados do Leilão nº 01/2018 — “A-4”, a energia solar é contratada em ambiente regulado ao preço médio de R\$ 118,57/MWh, ao passo que a energia dos prossumidores é compensada pela tarifa cheia, de aproximadamente R\$ 750,00/MWh.¹⁹

Claro que deve ser levado em consideração que aqueles que comercializam energia solar no mercado regulado possuem empreendimentos de grande porte e, naturalmente, contam com recursos para instalação de equipamentos mais sofisticados do que o prossumidor usual. Embora isso possa, em certa medida,

19 BRASIL. Ministério da Economia. *Visão da SECAP sobre o setor de energia*. O caso da micro e minigeração distribuída. Ministério da Economia, junho/ 2019. Acesso em: 26 jul. 2021.

se refletir em preços mais competitivos, a questão que se coloca é se se justifica a distribuidora — e, ao fim e ao cabo, o consumidor — pagar preços seis vezes maiores do que aquele “cobrado” pelos grandes geradores às distribuidoras. Afinal, como visto, ao compensar energia é como se o prosumidor estivesse vendendo energia à sua concessionária.

Como visto, boa parte das discussões relacionadas ao atual sistema de GD no Brasil decorre da existência de subsídios cruzados no setor e da dificuldade em quantificar os custos e benefícios da GD, fatores que geram questionamentos sobre um possível desalinhamento entre o sistema atual de *net metering* e a realidade da GD no Brasil. É dizer, um modelo de Sistema de Compensação inadequado poderia estar causando, de forma imprópria, a transferência de custos aos consumidores que não possuem geração distribuída e que dependem exclusivamente da energia fornecida pela distribuidora.

Ainda assim, se a opção política for pela manutenção dos incentivos à ampliação da GD no Brasil, parece necessário um ajuste nos instrumentos regulatórios utilizados para essa finalidade — uma readequação de rota na GD brasileira, para que o setor possa se desenvolver de forma sustentável, sem subsídios perversos entre consumidores e prosumidores. Afinal, não se pode perder de vista que a regulação visa justamente criar incentivos para que empresas, consumidores e demais agentes econômicos, ao buscar o melhor para cada um de si, tomem decisões que maximizem o bem-estar social.²⁰

Nesse quadrante, torna-se oportuna a análise da regulação estrangeira para avaliar algumas lições que poderiam ser estudadas para adoção no Brasil, a fim de evitar o agravamento da situação atual, que, como mostrado, segue em uma dinâmica crescentemente perversa.

3. Experiência internacional

3.1 Alemanha

A Alemanha é um país de referência em experiências de sucesso na implementação de políticas de incentivo a fontes de energia limpa. A título de comparação, veja-se que a Alemanha detém uma capacidade instalada fotovoltaica trinta vezes superior à do Brasil, embora seus níveis de irradiação solar sejam

20 SADDI, Jairo; Pinheiro, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 253.

substancialmente menores: a região com maior incidência média recebe cerca de 1.300 kWh/m²/ano, enquanto a região brasileira com pior incidência recebe 1.500 kWh/m²/ano.²¹

Como se verá, parte do sucesso do modelo alemão se deve à capacidade do país de constantemente reavaliar o ferramental utilizado para adequar suas políticas de incentivo às realidades do setor.

Em relação à GD, tais políticas tiveram início na década de 1990, com a promulgação de lei que criou a tarifa *feed-in* (FiT)²² e deu às distribuidoras as obrigações de conectar geradoras de energia renováveis à sua rede e de comprar a energia produzida por essas unidades a preço pré-determinado, que, na prática, criava um prêmio ao pequeno produtor, estabelecendo um valor acima do pago às demais fontes (não renováveis). Os custos gerados com esta prática eram, então, diluídos entre os consumidores.²³

Contudo, em vista do alto custo de instalação de equipamentos de energia solar, somente a FiT não tornava atrativo o investimento nessas tecnologias. Então foi criado o *1000 Roofs Programme* (Programa 1.000 Telhados), concedendo auxílio financeiro equivalente a cerca de 60% a 80% do custo do investimento para instalação de sistemas fotovoltaicos. O programa teve impacto significativo e, em 1993, a Alemanha atingiu a marca de 2.200 sistemas instalados, com capacidade de gerar 5,3 MW.²⁴

Em 1999, a meta foi então expandida para 100.000 telhados, a fim de atingir uma capacidade instalada de 350 MW. Em substituição ao auxílio financeiro, estabeleceu-se incentivo estatal por meio de linhas de crédito e financiamento com taxas de juros subsidiadas.

21 DALVI, Giovanni Gueler; OLIVEIRA FILHO, Delly. RODRIGUES, Élida. Feed-In Tariff como alternativa de incentivo ao desenvolvimento da geração de energia elétrica por fontes renováveis no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, [S.l.], v. 23, n. 2, 2017. p. 27.

22 Nessa linha: “o preço pago por unidade de eletricidade gerada a partir de fontes renováveis para geradores privados, de um utilitário ou fornecedor de energia, usando uma tarifa ajustada pelo governo, também chamada de tarifa prêmio”. DALVI, Giovanni Gueler. *Avaliação de Feed-in Tariff para incentivo da geração distribuída solar fotovoltaica no Brasil*. 2017. 88 f. Dissertação (Mestrado em engenharia agrícola) – Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2017.

23 GONÇALVES, Matheus Pereira. *Análise dos instrumentos de compensação e incentivo energético feed-in tariff e net metering no Brasil*. 2018. 88 p. Monografia (Graduação em engenharia de energia) – Universidade de Brasília, Faculdade do Gama, Brasília, 2018.

24 BAYER, Benjamin; RAMALHO, Max. O caso da Alemanha. In: CASTRO, Nivaldo. DANTAS, Guilherme (orgs.). *Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes*. Rio de Janeiro: Publit, 2018.

O plano, contudo, não foi capaz de promover uma segunda onda de investimentos e, em março de 2000, foi editada a *Renewable Energy Sources Act* (EEG), que pode ser definida como um ponto de inflexão na política alemã de incentivo a fontes renováveis. Isso porque, a partir da EEG, há uma expansão significativa na geração de energia por essas fontes. Veja-se que, em 2015, elas já respondiam por 29% da matriz de eletricidade alemã, com predominância das fontes eólicas e fotovoltaicas, que representavam, respectivamente, cerca de 43% e 40% da produção total de energia renovável.²⁵

Em um primeiro momento, a EEG reformulou o modelo FiT, especificando as tarifas para cada fonte renovável, além de estabelecer que as distribuidoras deveriam celebrar contratos para a compra de energia renovável em contratos com prazo de vinte anos. A nova lei determinava que o valor total a ser pago aos produtores de energia renovável seria dividido entre as distribuidoras de energia, a fim de evitar que as distribuidoras de regiões específicas se onerassem excessivamente, enquanto os benefícios de uma matriz energética limpa são apropriados por toda a comunidade.

No caso da geração solar fotovoltaica, estabeleceu-se a tarifa de € 51/MWh. Por outro lado, o modelo previa a redução anual de 5% na tarifa *feed-in* para usinas instaladas a partir de 2002, redução que buscava fazer frente à previsão de queda dos custos associados à implementação desses sistemas, com o avanço tecnológico.

Especificamente no caso da energia fotovoltaica, sua expansão ocorreu de forma acentuada apenas a partir da primeira reforma da EEG, em 2004, quando houve aumento da remuneração de sistemas fotovoltaicos instalados em telhados e a eliminação do limite para o tamanho máximo das usinas. O valor da tarifa que, à época, estava em cerca de € 46,02/MWh passou a quase € 60/MWh, sendo preservada a redução anual de 5%.

Assim, a capacidade instalada de energia solar fotovoltaica, que era de menos de 1 GW em 2004, passou a quase 10 GW em 2008. Por outro lado, à medida que mais usinas de geração solar eram instaladas, o custo ao consumidor cativo, em razão da FiT, cresceu mais de 600% em relação a 2004, num subsídio cruzado cujas distorções eram incrementadas pela redução dos custos dos

25 BAYER, Benjamin; RAMALHO, Max. O caso da Alemanha. In: CASTRO, Nivaldo. DANTAS, Guilherme (orgs.). *Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes*. Rio de Janeiro: Publit, 2018.

equipamentos de geração fotovoltaica. Em outras palavras, o rápido crescimento dos custos associados à FiT evidenciava que a redução anual de 5% no valor da tarifa era insuficiente, diante da velocidade do desenvolvimento das tecnologias de geração de energia fotovoltaica.

Diante disso, em 2009, a EEG sofreu sua segunda reforma. A principal mudança foi a substituição da regressão fixa do valor da FiT, de 5% ao ano por uma regressão dinâmica, em que a mudança depende da capacidade instalada de cada fonte de energia — isto é, o desenvolvimento do setor implicava em redução dos incentivos. Nessa reforma, convém apontar, a energia fotovoltaica foi a única fonte que teve as tarifas diminuídas, sobretudo em razão do expressivo barateamento de sua produção entre 2007 e 2009.

Além disso, foram introduzidos instrumentos a fim de mitigar outros efeitos negativos na estabilidade das redes impostos pela geração solar, como incentivos para o autoconsumo e normas obrigando usinas com capacidade superior a 100 kW a instalar unidades de controle remoto e medida de energia, a fim de possibilitar às distribuidoras um melhor controle de suas redes.

Apesar da redução dos incentivos, a geração solar continuou em aceleração do crescimento no país, de forma que a EEG foi mais uma vez reformada em 2012. Nessa ocasião, estabeleceu-se um corte imediato da FiT de 15% e uma diminuição básica adicional de 1% ao mês. Além disso, as classes de remuneração da tarifa foram alteradas, a depender de faixas de capacidade, e foi criado o modelo alternativo chamado *Feed-In Premium*.

Nesse modelo, a unidade deixou de ser remunerada exclusivamente em função da FiT e da energia gerada. Antes, o prosumidor deverá vender a energia gerada no mercado de curto prazo e, posteriormente, coletar um prêmio para compensar eventual diferença entre o preço de mercado e a FiT estabelecida. No modelo anterior, o próprio distribuidor realizava as transações no mercado de curto prazo, remunerando o prosumidor de acordo com a FiT.

A EEG passou por outras reformas em 2014 e 2017, que não alteraram substancialmente o modelo de desenvolvimento de energia solar de pequeno porte no país. Os objetivos continuavam a ser a melhor integração das fontes de geração na matriz elétrica e o controle da difusão da geração a partir de fontes renováveis. No entanto, percebe-se que, de maneira geral, o governo continuou diminuindo as tarifas utilizadas no modelo *feed-in*, de forma a facilitar a transição para um mercado livre sem a FiT.

Em 2017, projetos de grande porte de energia solar deixaram de integrar o sistema *feed-in* e migraram para um mecanismo de busca de preços orientado para o mercado. Com isso, deixaram de ser elegíveis para a remuneração paga pelo Estado e passaram a licitar energia em leilões públicos, organizados pela Agência Federal da Rede (Bundesnetzagentur).

Como exposto, o plano EEG passou por cinco importantes mudanças ao longo dos anos (2004, 2009, 2012, 2014 e 2017). Diante do desejo social, refletido na esfera política, de limpar a matriz elétrica da Alemanha, pode-se dizer que o plano foi extremamente bem-sucedido em elevar a participação das fontes renováveis.

3.2 Reino Unido

O Reino Unido esteve na vanguarda da liberalização do setor elétrico. Em 1989, a sua indústria foi totalmente desverticalizada, introduzindo um mercado competitivo de energia e estabelecendo o acesso regulado à rede. Desde então, o marco legal do setor elétrico (*Electricity Act*, de 1989) vem sendo constantemente revisado para incorporar a transformação do setor e aprimorar sua sustentabilidade e eficiência.

Com a fracassada tentativa de implementar o programa *Non Fossil Fuel Obligation* em 1990, foi a partir dos anos 2000 que as discussões no setor elétrico britânico passaram a abordar de forma mais presente as pautas ligadas aos impactos ambientais e à difusão e integração de fontes renováveis. Especificamente, em 2010, estabeleceu-se uma política de subsídios para geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis para projetos de pequeno porte, também baseada na sistemática do FiT.

Na sistemática adotada pelo Reino Unido, os projetos eram remunerados por uma tarifa FiT de geração, que variava a depender da fonte e do porte da usina, e incidia sobre o total de energia elétrica gerada, independentemente de a energia ter sido autoconsumida ou injetada na rede.

O consumo da UC em relação à energia da rede era cobrado de forma regular, observado que, caso o projeto injetasse na rede energia excedente sobre o consumo, incidiria somente nesse montante excedente uma tarifa de exportação adicional à FiT de geração, denominada FiT exportação. A tarifa de exportação é a mesma para todas as fontes, e seu preço, balizado pelo valor da energia elétrica no mercado atacadista, pois representa uma espécie de custo evitado pela

distribuidora com a compra de energia no mercado. Apenas o custo correspondente ao pagamento da tarifa de exportação é repassado aos consumidores.²⁶

O patamar das tarifas *feed-in* foi estabelecido, inicialmente, visando assegurar uma taxa de retorno de 5% aos investimentos, com uma tarifa garantida por um período de 25 anos, que foi reduzido para vinte anos em 2012. Assim como na Alemanha, a tarifa adotou um caráter regressivo para geradores solares fotovoltaicos, em vista da perspectiva de redução dos custos desses sistemas. Ademais, o pagamento da FiT impôs, como contrapartida, investimentos pelo usuário em eficiência energética e uma limitação de número de usinas elegíveis ao pagamento.

Os resultados imediatos do sistema FiT, em termos de expansão da utilização de tecnologia solar fotovoltaica, superaram as expectativas. A meta de 137 MW prevista para abril de 2012 foi atingida em julho de 2011. Em novembro de 2011, a capacidade instalada britânica era quase três vezes a projetada.

Assim, diante da elevação do custo de manutenção do programa, em agosto de 2011, se reduziu o valor das tarifas *feed-in* (tarifas de geração) aplicáveis a sistemas com capacidade acima de 50 kW entre 38% e 72%, com reduções mais acentuadas nos sistemas de maior porte.

Em fevereiro de 2012, as tarifas *feed-in* de geração foram reduzidas para todos os sistemas com capacidade abaixo de 250 kW, chegando a cortes percentuais de até 58%. Adicionalmente, em relação à geração fotovoltaica em sistemas com capacidade instalada de até 250 kW, passou-se a condicionar o valor da tarifa ao nível de eficiência energética do projeto.

Ainda em 2012, em agosto, reduziram-se novamente as FiT de geração, assim como o período de vigência (de 25 para vinte anos). Em contrapartida, aumentou-se a tarifa de exportação, estabelecendo-se um novo mecanismo de regressão tarifária, que tornava as tarifas mais dinâmicas frente às mudanças do mercado.

Em outubro de 2015, foram aprovadas novas mudanças, com redução de até 87% das tarifas *feed-in* (tarifa de geração) para os sistemas de autoconsumo.

Como se vê, o Reino Unido realizou uma revisão gradual das tarifas *feed-in*. Em um primeiro momento, impôs reduções significativas, especialmente em

26 Os sistemas com capacidade instalada superior a 30 kW podem optar pela venda dos excedentes à distribuidora, ao valor da tarifa de exportação, ou negociar a venda desse excedente com a própria distribuidora ou no mercado livre, por meio de PPAs (Power Purchase Agreements).

relação a sistemas de grande porte. Posteriormente, condicionou a remuneração dos sistemas fotovoltaicos ao nível de eficiência dos imóveis em que esses sistemas estão conectados e reduziu o período de vigência das tarifas, além de aprimorar o mecanismo de regressão tarifária. Em contrapartida, conferiu maior flexibilidade às tarifas vis-à-vis as alterações de mercado, permitindo a comercialização via PPA com distribuidoras ou no mercado livre.

Finalmente, em dezembro de 2018, o Reino Unido anunciou o encerramento da tarifa *feed-in*, a partir de abril de 2019, para novos geradores. Assim, atualmente não há mais mecanismos de incentivo à instalação de micro e minigeração distribuída. Os investimentos são feitos com base no livre mercado, isto é, cabe a cada um avaliar os custos (evitados) e os benefícios (da comercialização da energia) para tomar uma decisão de investimento.

4. Duas propostas de alterações

A par das discussões em curso no âmbito do PL 5.829/2017, convém trazer à pauta temas que, até o momento, parecem ter sido pouco explorados pelos congressistas — pelo menos considerando o texto do parecer proferido em plenário ao PL 5.829/2019 e todas as propostas de emendas apresentadas.²⁷

Importante apontar que as propostas abaixo tratadas partem da premissa — sem entrar no seu mérito — de que, por opção política, o Brasil deseja fomentar a ampliação do seu mercado de GD, seja pela necessidade de substituir combustíveis fósseis para atingir as metas de redução de emissões, seja para postergar investimentos em capacidade centralizada e expansão da rede ou, até mesmo, pelo interesse público na geração de empregos (*green jobs*).²⁸

27 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em plenário ao PL nº 5.829 de 2019*. Relator: Lafayette Andrada. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2018097&filename=PRLP+5+%3D%3E+PL+5829/2019. Acesso em: 26 jul. 2021.

28 Dentre as externalidades e os benefícios comumente relacionados às ERV, destacam-se: (i) a substituição de combustíveis fósseis para atingir as metas de redução de emissões, a contribuição à segurança energética; (ii) a redução de perdas na transmissão e distribuição através da geração distribuída próxima à carga; (iii) a postergação de novos investimentos em capacidade centralizada e expansão da rede; (iii) a geração de empregos (*green jobs*); (iv) a redução de impactos ambientais locais; (v) a mitigação de pobreza energética; (vi) o incentivo à “indústria nascente” no país; e (vii) a redução de custos via economias de escala e curvas de aprendizado. CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública ANEEL nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

Assim, a seguir, se considera que o Brasil optou, legítima e democraticamente, por fomentar a expansão da GD e se discute, tão somente, o ferramental a ser empregado para atingir tal objetivo.²⁹

4.1 Substituição do sistema *net metering* pela FiT

A análise dos casos da Alemanha e do Reino Unido indica que a medida do sucesso das políticas públicas adotadas nesses países está na capacidade de o respectivo governo reavaliar, constantemente, a eficácia das suas escolhas e, com isso, buscar sempre o equilíbrio entre a necessidade de fomentar o desenvolvimento do mercado de energia solar e a capacidade dos agentes econômicos proverem o desenvolvimento por suas próprias forças. Nessa perspectiva, denota-se que a busca pela eficiência indica que a escolha do mecanismo de compensação deverá ser baseada no contexto de cada sistema elétrico, na realidade econômica do país e nos objetivos almejados.

No Brasil, especialmente, é importante que os efeitos das políticas sejam constantemente monitorados e reavaliados, a fim de evitar que os instrumentos adotados distorçam os incentivos ou gerem subsídios regressivos em relação à renda, como parece ser o caso presente.³⁰

Com efeito, o sistema *net metering* brasileiro tem certas características que são inapropriadas à realidade da GD fotovoltaica. Por exemplo, o sistema não é transparente nos subsídios que gera, o que dificulta o acompanhamento e a mensuração de seus impactos. Os subsídios são alocados de forma inversamente proporcional à renda, fazendo com que recaia, com maior peso, sobre os mais

29 Em que pese o apelo das pautas ambientais, convém apontar que, diferentemente de países como a Alemanha e o Reino Unido (e outros que adotaram políticas de estímulo à GD), nos parece que a descarbonização da matriz elétrica não deveria, em tese, servir de argumento em defesa da GD no Brasil. Aqui a predominância da geração hidrelétrica já caracteriza a matriz energética brasileira como limpa. A esse respeito, o Brasil sequer possui metas de descarbonização da sua matriz elétrica. Ademais, a ampliação da produção via GD não seria capaz de desmobilizar a produção das termoeletricas, na medida em que, para o Sistema Interligado Nacional (SIN), essas fontes não são substitutas, em razão da diferença na segurança energética. Ademais, outro fator bastante debatido na literatura diz respeito à necessidade de estímulos públicos à expansão do mercado de GD. Estudos indicam que a expansão do mercado é mais sensível ao nível de desenvolvimento tecnológico do que aos estímulos governamentais propriamente ditos. BRASIL. Ministério da Economia. *Visão da SECAP sobre o setor de energia*. O caso da micro e minigeração distribuída. Ministério da Economia, junho/ 2019.

30 CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública ANEEL nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

pobres. O *net metering* não reduz os subsídios à medida que a fonte de energia solar se torna mais competitiva e não incentiva o investimento e o desenvolvimento de baterias — na medida em que a rede supre essa função.

Mas não só isso. O sistema brasileiro também não é eficiente do ponto de vista da estrutura tarifária, dado que o prosumidor utiliza serviços de rede que não remunera. Muito pelo contrário, os custos de manutenção e desenvolvimento dela recaem sobre aqueles que não possuem esses equipamentos instalados.

Por fim, pode-se apontar que o *net metering* reduz a sensibilidade das UCs à variação dos preços da energia, comprometendo o desenvolvimento da resposta da demanda dessas unidades. Isso porque a remuneração pelo excesso de energia gerada e injetada na rede não reflete o valor real da eletricidade consumida na rede. Em um sistema de cobrança de tarifas volumétricas, como o do Brasil, a perda de receita da distribuidora com o fornecimento de energia é alocada diretamente aos consumidores cativos, produzindo efeitos distributivos de natureza regressiva para os consumidores que não aderem ao sistema GD.

Por outro lado, a tarifa *feed-in*, tal como adotada no Reino Unido e na Alemanha, parece ter favorecido as frequentes e constantes revisões dos incentivos dados às suas respectivas políticas energéticas. A sistemática da FiT permitiu uma resposta rápida do regulador, marcada pela constante redução de subsídios em reação ao desenvolvimento de tecnologias e à diminuição dos custos com equipamentos. Isso possibilitou, em um primeiro momento, um desenvolvimento rápido do setor e, numa segunda etapa, a diminuição ou até mesmo a retirada total dos incentivos.

Com efeito, enquanto, de uma ponta, alguns estudos sinalizam que a necessidade de reavaliação das políticas de incentivo à GD está mais presente nos países que utilizam o *net metering*,³¹ de outra, identificam-se pesquisas indicando que políticas FiT têm alcançado maior sucesso no incentivo ao mercado de energias renováveis, argumentando que são mais eficazes e eficientes que as outras políticas.³²

31 CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública ANEEL nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

32 DALVI, Giovanni Gueler; OLIVEIRA FILHO, Delly. RODRIGUES, Élida. Feed-In Tariff como alternativa de incentivo ao desenvolvimento da geração de energia elétrica por fontes renováveis no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, [S.l.], v. 23, n. 2, 2017. p. 27.

Não obstante, convém apontar que o sistema FiT não está imune a críticas. Na Alemanha, o estudo *Economic impacts from the promotion of renewable energy technologies* defende que os benefícios prometidos pelo sistema não se verificaram na prática. A FiT teria imposto altos custos à sociedade, sem clareza dos benefícios proporcionados, na medida em que carece de métricas claras para avaliá-los, em termos de redução das emissões de carbono, geração de empregos, segurança energética ou inovação tecnológica.³³ Nessa mesma linha, estudos apontam também os altos custos impostos pelo programa sem uma contrapartida de redução líquida de emissões ou geração de empregos, e indicam que os subsídios diminuem o incentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento e impactam negativamente a competitividade na indústria de geração de energia solar.³⁴

Com efeito, percebe-se que, de maneira geral, esses trabalhos têm, como pano de fundo, uma crítica quanto à existência de custos sem uma contrapartida mensurável nos benefícios decorrentes. Em que pese a validade das críticas, elas estão mal direcionadas. O grande problema não é a sistemática da FiT, mas a dificuldade em mensurar os benefícios decorrentes da opção política de incentivar o desenvolvimento de fontes de energia renovável. Além disso, parecem desconsiderar que a grande virtude da FiT não está em promover benefícios, mas sim em permitir ao regulador mensurar os custos das suas opções.

Assim, a dificuldade em mensurar os benefícios das escolhas públicas pode até servir de argumento contra a sua implementação, mas não deveria servir como base para críticas à sistemática da FiT. Isso é corroborado pelo exemplo britânico.

No Reino Unido, diante do rápido desenvolvimento de novas tecnologias em geração de energia fotovoltaica, a opção pela FiT permitiu ao regulador reagir rapidamente à redução dos custos para aquisição e instalação de sistemas. Percebe-se que o governo britânico realizou correções de rota paulatinamente até, eventualmente, sair de campo quando entendeu que o mercado já estava em condições de se desenvolver de forma sustentável e independente.

33 FRONDEL, Manuel et al. Economic Impacts from the Promotion of Renewable Energy Technologies: The German Experience. *Ruhr Economic Papers*, [S.l.], [v. 156], p. 3-32, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1532167_code343237.pdf?abstractid=1532167&mirid=1. Acesso em: 26 jul. 2021.

34 FRONDEL, Manuel; RITTER, Nolan; SCHMIDT, Christoph M. Germany's Solar Cell Promotion: Dark Clouds on the Horizon. *Energy Policy*, [S.l.], v. 36, n. 11, p. 4198-4204, nov. 2008. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421508003686>. Acesso em: 26 jul. 2021.

Além disso, a flexibilidade nas regras de remuneração do sistema FiT foi agregada a incentivos à eficiência energética, a fim de potencializar as suas externalidades. Ao final, tão logo a tecnologia se tornou viável, o subsídio foi extinto. Nesse sentido, estudo realizado sobre as mudanças implementadas na FiT aponta que, mesmo após as mudanças impostas pelo governo, os investimentos dos prossumidores continuaram gerando retornos atrativos aos investidores, o que corrobora o argumento que vem sendo construído nesta seção.³⁵

4.2 *Affordability* do sistema: quem paga a conta?

Uma segunda medida que tem sido pouco discutida — possivelmente, especulando-se, em razão do alto capital político exigido — diz respeito à eficiência alocativa dos recursos em GD e à racionalidade das condições de pagamento dos subsídios.

Em relação à eficiência alocativa, percebe-se que o sistema atual de GD no país não leva em consideração as características do local onde o prossumidor se instala e, portanto, não otimiza o uso de recursos energéticos próprios de cada região. Em verdade, a decisão de onde alocar o investimento em GD no país é mais impactada pelo valor da tarifa de cada distribuidora do que pela eficiência da geração de energia que cada região possui. Prova disso é que a potência instalada de GD nas regiões Sul e Sudeste do país — que detêm, respectivamente, 27,30% e 40,45% da potência total — é mais elevada do que nas regiões Norte e Nordeste, onde o potencial de geração de energia solar é muito maior.³⁶

Conforme exposto, a criação de um subsídio deve ser justificada pela relação positiva entre as vantagens que dele se espera e os custos dele decorrentes. Dessa forma, as externalidades que justificam a manutenção dos subsídios implícitos na sistemática atual estariam mais bem justificadas se os recursos utilizados nos investimentos em GD fossem alocados às regiões com maior potencial de exploração e geração de energia. Essa situação é agravada pelos custos incrementais impostos às distribuidoras (e, conseqüentemente, aos consumidores cativos) em decorrência do aumento de investimentos na adaptação, operação e manutenção da rede para acomodar energia solar mais intermitente.

35 CHERRINGTON, Ruth et al. The feed-in tariff in the UK: a case study focus on domestic photovoltaic systems. *Renewable Energy*, [S.l.], v. 50, p. 421-426, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0960148112004065>. Acesso em: 21 jul. 2021.

36 BRASIL. Ministério da Economia. *Visão da SECAP sobre o setor de energia*. O caso da micro e minigeração distribuída. Ministério da Economia, junho/2019. Acesso em: 26 jul. 2021.

Em outras palavras, a integração da energia descentralizada, via GD, com a geração centralizada impõe maiores custos ao sistema, não só por conta das inversões de fluxo, que resultam em novos dispêndios na operação do sistema, mas também da necessidade de investimentos para a sua confiabilidade, que se torna ainda mais difícil na presença de fontes intermitentes.

No que se refere à racionalidade das condições de pagamento dos subsídios, pondera-se: se os argumentos que justificam a criação dos subsídios são externalidades positivas que beneficiam toda a sociedade, o que justifica alocar os custos apenas sobre as tarifas de eletricidade dos consumidores cativos?

Pesquisas realizadas nos Estados Unidos indicam elevada heterogeneidade, na medida em que a renda média domiciliar dos prosumidores é significativamente mais alta que a da população em geral.³⁷ Com efeito, constatou-se que, na parcela de consumidores mais abastada, que representa 20% da população, há 50% mais painéis de GD instalados do que em toda parcela dos consumidores mais desfavorecidos de renda, compreendendo 40% da população. Essa discrepância é acentuada nos estados mais pobres, onde a concentração das instalações de energia solar fotovoltaica na parcela mais rica da população era ainda maior do que nos estados ricos, provavelmente em razão de haver menos pessoas com recursos para fazer frente ao investimento inicial. Assim, os custos impostos pela GD recaem com maior peso sobre a parcela mais pobre da sociedade. Essa constatação é especialmente importante para o Brasil, onde a predominância da população de baixa renda é ainda maior do que nos Estados Unidos.

A heterogeneidade da composição tarifária de cada região do Brasil traz um complicador adicional. O modelo de tarifação volumétrica encobre os custos que cada componente tem na tarifa final de energia elétrica, tornando o peso dos subsídios cruzados diferentes para cada região do país e prejudicando, ainda mais, a quantificação do ônus do subsídio e a transparência à sociedade.

Portanto, parece claro que, na medida em que as externalidades positivas são aproveitadas por toda a sociedade, os seus custos não deveriam ficar restritos aos consumidores. Por que não os alocar, por exemplo, a uma parcela mais abastada da sociedade? Ou mesmo a toda a sociedade? Minimamente, como

37 CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública ANEEL nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.

alternativa, deveriam ser estudados mecanismos que solidarizassem os custos impostos pela GD para todos os consumidores cativos e não apenas aqueles mais afetados pela GD, tal como ocorre na Alemanha, onde o pagamento aos produtores de energia renovável é dividido entre as distribuidoras, a fim de evitar que regiões específicas sejam excessivamente oneradas.

5. Conclusão

Diante do exposto, é necessário que as políticas públicas sejam criadas priorizando mecanismos que permitam, aos reguladores, reagir às mudanças em um setor específico de forma a recalibrar medidas que não alcancem (ou deixem de alcançar) os efeitos almejados.

A análise das políticas adotadas na Alemanha e no Reino Unido e seus respectivos avanços ao longo dos anos permite chegar a algumas conclusões. Nessa toada, uma política de incentivo por meio da tarifa *feed-in* parece alternativa que é, ao mesmo tempo, facilmente mensurável e operacionalizada pelos reguladores e capaz de criar atrativos econômicos para investidores em GD.

Nesse sentido, percebe-se que, apesar da diminuição (e posterior extinção) dos incentivos à GD no Reino Unido, o setor permaneceu atrativo aos investidores. De forma semelhante, na Alemanha, a diminuição dos principais incentivos não tirou o país de uma posição de destaque no desenvolvimento de sistemas fotovoltaicos.

Por outro lado, no Brasil, mesmo que o Poder Público entenda que o estímulo à instalação de painéis fotovoltaicos seja fomentado via subsídios, deve-se mencionar que o sistema atualmente adotado não parece ser o mais adequado. Dentre os defeitos da sistemática atual, destacam-se: (i) a ineficiência do sistema, na medida em que o investimento depende mais da tarifa de cada distribuidora do que da eficiência energética de cada região do país; (ii) a criação de um círculo vicioso, pelo qual a adoção da GD por um prosumidor eleva a tarifa dos demais consumidores, criando incentivos circulares para que também adotem a GD, até o limite de tornar insustentável a distribuição de energia no país; (iii) a presença de subsídio perverso e regressivo com relação à renda, na medida em que os prosumidores são financiados pelos consumidores cativos que, em geral, possuem renda inferior; (iv) as dificuldades de adequação nos subsídios, uma vez que esses não são reduzidos à medida que a fonte se desenvolve e se torna mais competitiva; e, por fim, (v) a ineficiência do ponto de vista de estrutura tarifária, posto que não remunera corretamente as distribuidoras.

É importante deixar claro que não se propõe a replicação irrefletida das ferramentas adotadas em outros países. Conforme exposto ao longo do capítulo, a eficiência econômica recomenda que se escolham mecanismos baseados no contexto de cada sistema energético, bem como na realidade socioeconômica do país e nos objetivos almejados pelas opções políticas.

Não obstante, ignorar experiências estrangeiras que servem como laboratório para estudo pode implicar na perpetuação de discussões que não acrescentam ao país. Muito pelo contrário, representam a prevalência do lobby de setores articulados que, apegados aos seus respectivos benefícios, não querem “largar o osso”. Em outras palavras, significa condenar a sociedade brasileira a perder o bonde da história e o caminho do progresso, não sendo possível garantir, caso isso aconteça, que algum dia haverá o retorno aos trilhos.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída – Resolução Normativa nº 482/2012*. Relatório de AIR nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656877/18485189/6+Modelo+de+AIR+-+SRD+-+Gera%C3%A7%C3%A3o+Distribuida.pdf/769daa1c-51af-65e8-e4cf-24eba4f965c1>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- BAYER, Benjamin; RAMALHO, Max. O caso da Alemanha. In: CASTRO, Nivaldo; DANTAS, Guilherme (orgs.). *Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes*. Rio de Janeiro: Publit, 2018.
- BEZERRA, Francisco. Energia solar fotovoltaica. *Caderno Setorial Escritório Técnico de Estudos Econômicos do Nordeste*. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/documents/80223/6888946/110_Energia+Solar.pdf/da714c4b-2e47-825b-1bc6-6389432166f1. Acesso em: 26 jan. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer proferido em plenário ao PL nº 5.829 de 2019*. Relator: Lafayette Andrada. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2018097&filename=PRLP+5+%3D%3E+PL+5829/2019. Acesso em: 26 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Visão da SECAP sobre o setor de energia*. O caso da micro e minigeração distribuída. Ministério da Economia, junho/2019.
- CENTRO DE ESTUDOS EM REGULAÇÃO E INFRAESTRUTURA (CERI) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Contribuição à Consulta Pública ANEEL nº 025/2019*. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/contribuicao-consulta-publica-no-0252019>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- CHERRINGTON, Ruth et al. The feed-in tariff in the UK: a case study focus on domestic photovoltaic systems. *Renewable Energy*, [S.l.], v. 50, p. 421-426, 2013. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0960148112004065>. Acesso em: 21 jul. 2021.
- CRUZ, Karlos Archanjo da; RAMOS, Francisco de Sousa. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 623-651, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/vstH66FQ8mRGV8NLznjSyjB/?lang=pt>. Acesso em: 25 jul. 2021.

- DALVI, Giovanni Gueler. *Avaliação de Feed-in Tariff para incentivo da geração distribuída solar fotovoltaica no Brasil*. 2017. 88 f. Dissertação (Mestrado em engenharia agrícola) — Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2017.
- DALVI, Giovanni Gueler; OLIVEIRA FILHO, Delly. RODRIGUES, Élide. Feed-In Tariff como alternativa de incentivo ao desenvolvimento da geração de energia elétrica por fontes renováveis no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, [S.l.], v. 23, n. 2, 2017.
- DANTAS, Guilherme (org.). *Experiências internacionais em geração distribuída: motivações, impactos e ajustes*. Rio de Janeiro: Publit, 2018.
- DAVID, Solange. A geração distribuída no Brasil, a “espiral da morte” e o desafio da sustentabilidade. In: Rocha, Fábio Amorim da (coord.). *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2020. t. 8.
- FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da administração pública. in: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2.
- FRONDEL, Manuel et al. Economic Impacts from the Promotion of Renewable Energy Technologies: The German Experience. *Ruhr Economic Papers*, [S.l.], [v. 156], p. 3-32, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1532167_code343237.pdf?abstractid=1532167&mirid=1. Acesso em: 26 jul. 2021.
- FRONDEL, Manuel; RITTER, Nolan; SCHMIDT, Christoph M. Germany’s Solar Cell Promotion: Dark Clouds on the Horizon. *Energy Policy*, [S.l.], v. 36, n. 11, p. 4198-4204, nov. 2008. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421508003686>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- GONÇALVES, Matheus Pereira. *Análise dos instrumentos de compensação e incentivo energético feed-in tariff e net metering no Brasil*. 2018. 88 p. Monografia (Graduação em engenharia de energia) – Universidade de Brasília, Faculdade do Gama, Brasília, 2018.
- GRAU, Roberto Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Oportunidades e desafios da geração solar fotovoltaica no Semiárido do Brasil*. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9680/1/TD_2541.pdf. Acesso em: 21 jul. 2021.
- MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY (MIT). *Utility Of The Future: an MIT Energy Initiative response to an industry in transition*. Disponível em: <https://energy.mit.edu/wp-content/uploads/2016/12/Utility-of-the-Future-Full-Report.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- LANDAU, Elena. O Sol por testemunha. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 14 maio 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/colunas/elena-landau>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- POMPERMAYER, Fabiano Mezadre et al. *Viabilidade econômica de sistemas fotovoltaicos no Brasil e possíveis efeitos no setor elétrico*. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2vPsym8>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- RODI, Rodrigo Mota; BERMANN, Célio. A regulação da geração distribuída no Brasil. *Revista Brasileira de Energia*, [S.l.], v. 26, n. 2, p. 7-17, 2020.
- SADDI, Jairo; Pinheiro, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SALES, Claudio. Geração distribuída sim, geração descontrolada não. *Brasil Energia*, [S.l.], 24 abr. 2021. Disponível em: <https://editorabrasilenergia.com.br/geracao-distribuida-sim-geracao-descontrolada-nao/>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- Solar resource map: photovoltaic power potential. *Solargis*. Disponível em: <https://solargis.com/maps-and-gis-data/download/world>. Acesso em: 23 jul. 2021.

Coordenadores

Armando Castelar Pinheiro

Professor da FGV Direito Rio e do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisador associado do Instituto Brasileiro de Economia (FGV/IBRE). Antes trabalhou como analista da Gávea Investimentos, pesquisador do IPEA e chefe do Departamento Econômico do BNDES, tendo sido também coordenador de Economia Aplicada do IBRE/FGV. Ph.D. em economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), M. Sc. em administração de empresas pela COPPEAD/UFRJ, M. Sc. em estatística pelo Instituto de Matemática Pura e Aplicada (IMPA) e engenheiro eletrônico pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). É articulista do jornal *Valor Econômico* e membro do Conselho Superior de Economia da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio e do Conselho Científico da Revista do TCU. Integra o Comitê Pedagógico e Institucional do projeto Direito, Economia e Justiça da FGV Direito Rio.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Professora da graduação e da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da FGV Direito Rio, onde é uma das coordenadoras do projeto Regulação em Números, além de integrar o Comitê de Regulação de Ferrovias. Também é membro do Comitê Pedagógico e Institucional do projeto Direito, Economia e Justiça da FGV Direito Rio. Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Autores

Flavia Bahia Martins

Professora e doutoranda em direito da regulação na FGV Direito Rio. Mestre em teoria do estado e direito constitucional na PUC-RJ. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Salvador.

José Cardoso Dutra Junior

Procurador do Distrito Federal. Doutorando em direito da regulação da FGV Direito Rio. Presidente da Comissão Especial de Assuntos Regulatórios da OAB. Mestre em direito internacional econômico.

Heloisa Conrado Caggiano

Doutoranda e mestre em direito da regulação pela FGV Direito Rio. Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP). Formação em direito administrativo contratual e em arbitragem pela FGV Direito SP e em finanças e contabilidade pela Lisbon School of Business and Economics. Advogada.

Joaquim Mano

Mestrando em direito da regulação pela FGV Direito Rio. Advogado.

Juliana Patricio da Paixão

Doutoranda em direito da regulação pela FGV Direito Rio. Mestre na Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada e professora.

Leonardo de Andrade Costa

Doutorando em direito da regulação pela FGV Direito Rio. Mestre em direito econômico e financeiro pela Harvard Law School. Pós-graduado em contabilidade pela FGV-EPGE. Bacharel em ciências econômicas pela PUC-RJ e bacharel em direito pela PUC-RJ. Auditor fiscal e consultor tributário em exercício na Superintendência de Tributação da SEFAZ-RJ. Ex-consultor em tributação internacional nos EUA e assistente do professor Lawrence Lokken na University of Florida. Professor convidado dos cursos de LL.M em direito do FGV Law Program.

Paulo Roberto Miguez da Silva

Mestre em direito da regulação pela FGV Direito Rio. Possui graduação em direito pela Universidade Candido Mendes e graduação em ciência econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é economista nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras.

