

**REGULAÇÃO DA
ATIVIDADE ECONÔMICA
E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

ORGANIZADORES
FLÁVIO GARCIA CABRAL
PRISCILLA DE SIQUEIRA GOMES
REJANE AMORIM MONTEIRO MISHIMA

AUTORES

ALEXANDRE ÁVALO SANTANA
ANA CAROLINA ALI GARCIA
ANDRÉ SADDY
ANDRESSA FERREIRA DE CAMPOS MOLEIRO
BRADSON CAMELO
CAMILA KÜHL PINTARELLI
CARLOS ALBERTO VALERA
CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DE SOUZA
CAROLINA ZANCANER ZOCKUN
CAROLINE MULLER BITENCOURT
CRISTIANA FORTINI
CRISTIANE RODRIGUES IWAKURA
DAFNE REICHEL CABRAL

EDUARDO DOS SANTOS DIONIZIO
ENZO FRANCO POLIZEL
FABÍOLA MARQUETTI SANCHES RAHIM
FELIPE DALENOGARE ALVES
FERNANDO MEDICI GUERRA MARTINS
FLÁVIO GARCIA CABRAL
HENDRICK PINHEIRO
IARA SÔNIA MARCHIORETTO
IRENE PATRÍCIA NOHARA
ISADORA COHEN
JANRIÊ RODRIGUES RECK
LAÍS FERNANDA DE AZEVEDO
LEANDRO SARAI

LUCIANO FURTADO LOUBET
LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA
MATHEUS CADEDO
MAURÍCIO ZOCKUN
PRISCILLA DE SIQUEIRA GOMES
REJANE AMORIM MONTEIRO MISHIMA
RICARDO GUILHERME CORRÊA SILVA
RICARDO MARCONDES MARTINS
RODRIGO KOEI MARQUES INOUE
TASSIANE DE FATIMA MORAES
TERESA VILLAC
THIAGO MARRARA

REGULAÇÃO DA
ATIVIDADE ECONÔMICA
E DOS SERVIÇOS PÚBLICOS


EDITORA MIZUNO
QUALIDADE E SERIEDADE EM LIVROS

Regulação da Atividade Econômica e dos Serviços Públicos

©Flávio Garcia Cabral, Priscilla de Siqueira Gomes, Rejane Amorim Monteiro Mishima

EDITORA MIZUNO 2024

Revisão Técnica: Flávio Garcia Cabral, Priscilla de Siqueira Gomes, Rejane Amorim Monteiro Mishima

Revisão de Português: João Paulo Lacerda

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade dos autores. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade dos autores.

O material disponibilizado on-line, incluindo links, QR-codes, vídeos, petições, entre outros, estará acessível durante a vigência da edição atual do livro, podendo ser retirado após esse período, sem aviso prévio.

Todos os direitos desta edição reservados à

EDITORA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme - SP, 13614-460

Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210

Fone/Fax: (0XX19) 3554-9820

Visite nosso site: www.editoramizuno.com.br

e-mail: atendimento@editoramizuno.com.br

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

APRESENTAÇÃO

Este livro é fruto de uma parceria entre o Instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul - IDAMS e a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul - AGEMS, que, compreendendo a importância do debate acadêmico e profissional, buscam trazer luzes sobre temas relevantes e atuais envolvendo a regulação da atividade econômica e dos serviços públicos.

A obra conta com especialistas de diversas localidades do Brasil, todos com uma atuação acadêmica e profissional de destaque, que se propõem a contribuir para a disseminação de conhecimento sobre a regulação, a qual deve ser compreendida como uma função inerente ao Estado e capaz de impactar diretamente na qualidade de vida de todos os usuários dos mais diversos serviços públicos.

Trata-se, portanto, de um olhar plural sobre questões que afetam a vida em sociedade e nos trazem embasamentos para melhor compreender a atividade regulatória nos termos em que previsto na Constituição Federal. Embora todos os artigos possuam como eixo temático a atividade regulatória do Estado, cada qual apresenta uma abordagem distinta, sobre temas específicos.

Assim, encontra-se nessa obra abordagens sobre a relação entre os Tribunais de Contas e as agências reguladoras ou ainda a interação das Cortes de Contas com novas tecnologias; o impacto gerado pela pandemia e suas consequências nas concessões de serviços públicos; instrumentos de sustentabilidade econômico-financeira em resíduos sólidos em Mato Grosso do Sul; na linha da sustentabilidade, a função regulatória das contratações públicas sustentáveis, analisando-se o plano de transformação ecológica e o novo PAC, o papel da regulação para a destinação ambientalmente adequada de resíduos sólidos, analisando-se o caso de Campo Grande/MS ou, ainda, a análise da aplicabilidade dos pilares ESG, sob o aspecto econômico-financeiro, nas companhias de saneamento básico; nessa linha também tem-se artigos sobre as formas de gestão dos serviços de saneamento básico, bem como a prestação regionalizada do saneamento básico; o poder normativo das agências

reguladoras; outrossim, a importância do poder normativo das agências reguladoras e controle judicial de seus atos; a regulação da inteligência artificial no Brasil também é tema discorrido nesse livro; de forma inovadora, a questão da positivação e regulação da proteção aos neurodireitos; analisando um caso específico, há estudo sobre a regulação do oferecimento de ar condicionado nos veículos de transporte particular por aplicativo; abordagens mais gerais sobre a regulação são encontradas em artigos que tratam da regulação e dos serviços públicos, da regulação enquanto instrumento de políticas públicas, da análise de impacto regulatório ou ainda da assimetria regulatória como instrumento para assegurar a igualdade; trazendo assuntos mais específicos, tem-se textos sobre a regulação municipal da atividade mortuária, sobre os contratos de longo prazo e a reforma tributária e também sobre a segurança energética.

O que há em comum entre todos os artigos, além do tema-eixo da regulação estatal, é a qualidade do seu conteúdo, a dedicação de seus autores e intenção de todos em compartilhar visões e estudos para aqueles que querem entender um pouco mais sobre a tão relevante atividade estatal regulatória.

Esperamos que esse livro sirva para aprimorar a visão teórica e prática que se tem sobre a regulação, auxiliando desde o estudante nos bancos da faculdade até os profissionais que lidam cotidianamente com a atividade regulatória.

Boa leitura!

Junho de 2024,

Flávio Garcia Cabral
Priscilla de Siqueira Gomes

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

IMPACTOS DA PANDEMIA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS 15

Thiago Marrara | Enzo Franco Polizel

1. Introdução: a pandemia e seus efeitos na legislação	15
2. Caso Fortuito e Força Maior na Legislação Contratual Pública	19
3. Pandemia e Reequilíbrio na Doutrina.....	22
4. O parecer n.º 261/2020 da AGU.....	29
5. Pandemia e Manifestações do Poder Judiciário	32
6. Conclusões	35
7. Referências	38

CAPÍTULO 2

AGÊNCIAS REGULADORAS E TRIBUNAIS DE CONTAS: SUAS ATRIBUIÇÕES E DEVERES PARA A GARANTIA DO ATINGIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO 39

Eduardo dos Santos Dionizio

1. Introdução.....	39
2. O Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas	41
3. Principais Aspectos e Finalidades das Agências Reguladoras.....	45
3.1 O modelo de estruturação das Agências Reguladoras no Brasil	48
3.2 Especialização das Agências Reguladoras.....	49
3.3 A Lei 13.848/2019 a autonomia, o processo decisório e o controle das agências reguladoras	50
4. Agências Reguladoras e Tribunais de Contas e sua Atuação Institucional Convergente para o Atingimento do Interesse Público	52
5. Conclusões	53
6. Referências	54

CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS PARA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA EM RESÍDUOS SÓLIDOS – A EXPERIÊNCIA DE MS NO PROGRAMA DISPOSIÇÃO LEGAL 57

Luciano Furtado Loubet | Carlos Alberto Valera | Hendrick Pinheiro

1. Introdução.....	57
2. Regulamentação Sobre Resíduos Sólidos no Brasil.....	58

3. Obrigatoriedade da Sustentabilidade Econômico-Financeira para Gestão dos Resíduos Sólidos	59
3.1 Novo marco saneamento	59
3.2 Resolução n. 79/2021 da ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico ...	60
3.3 Resolução n. 187/2024 da ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico..	61
4. Instrumentos para Custeio do Sistema de Resíduos Sólidos	62
4.1 Taxa de Resíduos Sólidos	62
4.2 Tarifas de Resíduos Sólidos	64
5. Da Eventual Responsabilidade Civil Ambiental na Não Implementação dos Instrumentos de Sustentabilidade Econômico-Financeira.....	67
6. Projeto Resíduos Sólidos: disposição legal	69
6.1 Atuação do Projeto Resíduos Sólidos: Disposição Legal – A Atuação Articulada do Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas e o Instituto do Meio Ambiente na busca pela Extinção dos Lixões em Mato Grosso do Sul	69
6.2 Cartilha de Orientação para implementação de Taxa de Resíduos Sólidos Urbanos.....	73
7. Panorama da Sustentabilidade Econômico-Financeira no Mato Grosso do Sul Em Matéria de Resíduos Sólidos	74
8. Conclusões	76
9. Referências	77

CAPÍTULO 4

FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: PROPOSIÇÃO DE UM MODELO TEÓRICO NO BRASIL A PARTIR DA ANÁLISE DO PLANO DE TRANSFORMAÇÃO ECOLÓGICA E DO NOVO PAC.....	79
--	-----------

Teresa Villac

1. Introdução.....	79
2. O Direito Ambiental e a Função Regulatória das Contratações Públicas Sustentáveis	80
2.1 Plano de Transformação Ecológica.....	83
2.2 O Novo Plano de Aceleração do Crescimento (Novo PAC).....	85
3. Proposição de um Modelo Teórico para a Função Regulatória das Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil	87
4. Conclusões	90
5. Referências	90

CAPÍTULO 5

A IMPORTÂNCIA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO	93
--	-----------

Fabiola Marquetti Sanches Rahim | Priscilla de Siqueira Gomes

1. Introdução.....	93
--------------------	----

2. Atividade Regulatória Estatal: agências reguladoras	94
3. Poder Normativo das Agências Reguladoras: os atos regulatórios enquanto partes integrantes da espécie normativa primária	97
4. O Controle Judicial Dos Atos Normativos Regulatórios: observância à cláusula de reserva de plenário e ao conteúdo técnico desses atos	105
5. Conclusões	109
6. Referências	110

CAPÍTULO 6

FORMAS DE GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO 113

André Saddy

1. Introdução.....	113
2. Conceito de saneamento básico	114
2.1 Abastecimento de água potável	115
2.2 Esgotamento sanitário	116
2.3 Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos	117
2.4 Drenagem e manejo das águas pluviais urbanas	120
3. Titularidade do Serviço Público de Saneamento Básico	121
4. Formas de Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico.....	130
5. Conclusões	136
6. Referências	138

CAPÍTULO 7

ENTRE TENSÕES E COMODIDADES CONTEMPORÂNEAS: PENSANDO A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL..... 141

Laís Fernanda de Azevedo | Ricardo Guilherme Corrêa Silva

1. Introdução.....	141
2. O Contexto da Inteligência Artificial: entre tensões e comodidades cotidianas	142
3. O Panorama Geral da Teoria da Regulação	150
4. O Que a Teoria da Regulação Contribui nas Tensões Trazidas pela Inteligência Artificial?..	153
5. Conclusões	159
6. Referências	160

CAPÍTULO 8

DESAFIOS DE POSITIVAÇÃO E DE REGULAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS NEURODI-REITOS 163

Irene Patrícia Nohara | Fernando Medici Guerra Martins | Camila Kühl Pintarelli

1. Considerações Introdutórias.....	163
-------------------------------------	-----

2. Meios Digitais, Neurotecnologias e Controle dos Estados Mentais: riscos e regulação	166
3. Importância da Positivização dos Neurodireitos	170
4. Movimentos e Consolidações Regulatórias Acerca dos Neurodireitos	172
5. Conclusões	175
6. Referências	176

CAPÍTULO 9

A REGULAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ELEMENTOS PARA RESSIGNIFICAÇÃO	179
---	------------

Janriê Rodrigues Reck | Caroline Muller Bitencourt

1. Introdução	179
2. Caracterização das Políticas Públicas e seus Instrumentos	180
3. Regulação como Instrumento de Políticas Públicas	185
4. Intervenção Judicial nas Políticas Públicas Via Regulação	190
5. Conclusões	193
6. Referências	194

CAPÍTULO 10

O PAPEL DA REGULAÇÃO PARA A DESTINAÇÃO AMBIENTALMENTE ADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE EM RELAÇÃO AOS RESÍDUOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.....	195
---	------------

Luiz Antônio Freitas de Almeida

1. Introdução	195
2. Resíduos de Construção Civil e a Responsabilidade pelo seu Gerenciamento no Município de Campo Grande	199
3. A regulação do Gerenciamento de RCC em Campo Grande	201
4. Conclusões	205
5. Referências	205

CAPÍTULO 11

REGULAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS	207
--	------------

Ricardo Marcondes Martins

1. Introdução	207
2. Conceito Jurídico de Regulação	207
3. Serviços Públicos e Suas “Crises”	210
4. Serviços Públicos Brasileiros e o Golpe Jurídico	214
4.1 Concorrência e serviço público	215
4.2 Controle pelo CADE	216

4.3 Consumidor e usuário.....	216
5. Regulação de Serviços Públicos	217
6. Conclusões	220
7. Referências	221

CAPÍTULO 12

CONTROLE EXTERNO, REGULAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS: O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	225
---	------------

Dafne Reichel Cabral

1. Introdução.....	225
2. Qual a interferência do Tribunal de Contas da União na Regulação da Atividade Econômica e no Desenvolvimento de novas tecnologias?	227
3. Qual Papel Deve Exercer o TCU na Regulação da Atividade Econômica e no Desenvolvimento de Novas Tecnologias?	228
4. Conclusões	235
5. Referências	236

CAPÍTULO 13

A ATIVIDADE MORTUÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E SUA INDISPENSÁVEL REGULAÇÃO PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL	239
--	------------

Felipe Dalenogare Alves | Andressa Ferreira de Campos Moleiro | Tassiane de Fatima Moraes

1. Introdução.....	239
2. Características da Atividade Mortuária: serviço público ou atividade privada?	240
3. A Regulação da Atividade Mortuária e o Exercício do Poder de Polícia Mortuária Municipal	245
4. Conclusões	249
5. Referências	250

CAPÍTULO 14

OS CONTRATOS DE LONGO PRAZO E A REFORMA TRIBUTÁRIA	251
---	------------

Ana Carolina Ali Garcia

1. Introdução.....	251
2. O Rearranjo de Competências Tributárias e os Contratos de Longo Prazo Vigentes.....	253
3. O Reequilíbrio Contratual na EC 132/2023 e sua Regulamentação.....	254
4. O Contencioso a ser Instaurado Acerca do Reequilíbrio Contratual.....	259
5. Conclusões	261
6. Referências	262

CAPÍTULO 15

A REGULAÇÃO ESTATAL: ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SEUS LIMITES.. 265

Bradson Camelo | Flávio Garcia Cabral

1. Introdução.....	265
2. Por que o Estado tem que Regular?	267
3. Os Riscos da Regulação ou as Falhas de Governo	270
4. Análise de Impacto Regulatório – A Ciência da Cegulação.....	274
5. Conclusões	279
6. Referências	281

CAPÍTULO 16

ASSIMETRIA REGULATÓRIA COMO INSTRUMENTO ASSEGUADOR DA IGUALDADE.. 285

Maurício Zockun | Carolina Zancaner Zockun

1. O que é Regulação Estatal?	285
2. O Que é Regulação Administrativa?	286
3. Assimetria Regulatória (i)legítima.....	288
4. Referências	292

CAPÍTULO 17

FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS..... 293

Alexandre Ávalo Santana | Rodrigo Koei Marques Inouye

1. Introdução.....	293
2. Atribuições normativas das Agências Reguladoras.....	296
3. Conclusões	302
4. Referências	303

CAPÍTULO 18

HARMONIZAÇÃO REGULATÓRIA: ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS PILARES ESG, SOB O ASPECTO ECONÔMICO-FINANCEIRO, NAS COMPANHIAS DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE SANEAMENTO BÁSICO..... 305

Iara Sônia Marchioretto | Rejane Amorim Monteiro Mishima

1. Introdução.....	305
1.1 Referencial teórico	307
1.2 O ESG é sustentável?	307
1.3 O pilar Social.....	308
1.4 O Pilar Ambiental.....	310
1.5 O Pilar de Governança	311
2. Procedimento Metodológico	312

2.1 Apresentação de Dados	313
Grupo Aegea	313
Grupo Águas do Brasil	314
3. Análise comparativa	315
4. Conclusões	319
5. Referências	320

CAPÍTULO 19

SEGURANÇA ENERGÉTICA, REGULAÇÃO E CONSUMIDOR: A PERSPECTIVA DO CONSUMIDOR NA ELABORAÇÃO DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS COMO FORMA DE ASSEGURAR O DIREITO À CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL	323
---	------------

Carlos Eduardo Oliveira de Souza

1. Introdução.....	323
2. Impactos das Mudanças Climáticas na Segurança Energética.....	324
3. Instrumentos Regulatórios para Mitigação de Riscos Climáticos	325
4. Segurança Energética na Perspectiva do Consumidor	328
5. Conclusões	332
6. Referências	333

CAPÍTULO 19

PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS DESAFIOS DE GOVERNANÇA: ANÁLISE DAS ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA.	337
---	------------

Cristiana Fortini | Isadora Cohen | Matheus Cadedo

1. Introdução.....	337
2. Para começar a Conversa: como permitir a prestação regionalizada de serviços?.....	341
3. Governança Metropolitana: desafios na tomada de decisão e o exemplo do Rio de Janeiro	344
4. Unidades Regionais: desafios na estruturação.....	350
5. Blocos de Referência: algumas sugestões de Governança	351
6. Conclusões: ainda é tempo de mudar e se readequar	352
7. Referências	353

CAPÍTULO 20

A REGULAÇÃO DO OFERECIMENTO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE PARTICULAR POR APLICATIVO: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO SEDCON Nº 2, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2023 DA SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO RIO DE JANEIRO	355
---	------------

Leandro Sarai | Flávio Garcia Cabral | Cristiane Rodrigues Iwakura

1. Introdução.....	355
2. Os Limites Jurídicos da Regulação	356
3. Exame Jjurídico da Resolução SEDCON nº 2, de 2023.....	357
3.1 Exame da competência.....	358
3.2 Requisito de forma	359
3.3 A presença dos motivos.....	359
3.4 Respeito à finalidade	360
3.5 Legalidade do objeto	360
4. Aspectos Jurídicos e Econômicos dos Arts. 5º e 6º da Resolução	361
5. Aspectos Práticos.....	363
5.1 Da experiência do aplicativo de transporte de pessoas UBER - Análise meritória sobre a necessidade de regulação do oferecimento de ar condicionado nos veículos de transporte particular por aplicativo.....	365
6. Conclusões	369
7. Referências	370
ANEXO I	371

CAPÍTULO 1

IMPACTOS DA PANDEMIA NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Thiago Marrara¹

Enzo Franco Polizel²

1. Introdução: a pandemia e seus efeitos na legislação

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a ocorrência da pandemia do coronavírus SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19. Antes mesmo da declaração emitida pela organização internacional, diversos países já adotavam medidas para conter o avanço da doença, especialmente por meio de restrições de contato social da população.

No Brasil, as medidas preventivas ganharam força quando o Ministério da Saúde editou a Portaria n.º 188, de 03 de fevereiro de 2020, e declarou emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência do novo coronavírus. Poucos dias depois foi aprovada a Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispondo acerca das estratégias de enfrentamento da COVID-19.

Dentre as medidas adotadas para a proteção da coletividade, o art. 3º do referido diploma legal facultou às autoridades públicas impor, no âmbito de suas competências: o isolamento; a quarentena; a realização de exames, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos; o uso obrigatório de máscaras de proteção individual; a restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, bem como de locomoção por rodovias, portos ou aeroportos.

1 Doutor pela Ludwig Maximilians University (Alemanha). Mestre pela Universidade de São Paulo (FD). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Universidade de São Paulo (FDRP), Ribeirão Preto (SP, Brasil). Editor de Revista Jurídica. Consultor especializado em direito administrativo e regulatório. marrara@usp.br.

2 Advogado. Graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).

Para viabilizar o bom funcionamento da política, o art. 2º da Lei n.º 13.979/2020 definiu algumas dessas medidas, em especial:

- O *isolamento* como “separação de *pessoas doentes ou contaminadas*, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus”; e
- A *quarentena* como “restrição de atividades ou separação de *pessoas suspeitas de contaminação* das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”.

No intuito de estimular o cumprimento das medidas empregadas, a Lei da COVID ainda previu: (i) o direito dos cidadãos a que ausências decorrentes das medidas restritivas fossem consideradas faltas justificadas ao serviço público ou à atividade laboral privada e (ii) a responsabilização das pessoas que descumprissem as medidas impostas pelo Poder Público (art. 3º, § 3º e 4º).

Após a aprovação da Lei n.º 13.979, o Congresso editou o Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101/2000, a ocorrência do estado de calamidade pública e permitiu que o Executivo realizasse mais gastos que o previsto, além de flexibilizar as metas fiscais para custear as ações da pandemia.

As medidas de isolamento e quarentena, definidas nos termos da lei federal, foram gradualmente adotadas pelos Estados e Municípios, sobretudo após o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6341.

Essa ação foi ajuizada pelo Partido Democrático Brasileiro com o objetivo de questionar a constitucionalidade da Medida Provisória 926/2020, que tratou de medidas do enfrentamento da emergência de saúde pública em razão do coronavírus e, por conseguinte, do Decreto n.º 10.282/2020. Tais atos normativos redistribuíam os poderes de polícia sanitária por meio de alterações da Lei n.º 13.989/2020 e, na análise do PDT, interferiam no regime de cooperação federativa ao confiar ao Presidente da República as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de

circulação. Após exame desses argumentos, a Corte deu provimento ao pedido, firmando o entendimento de que as esferas subnacionais da federação poderiam impor medidas próprias para prevenir a contaminação e mitigar os efeitos da pandemia sobre a saúde coletiva.

Na prática, tanto a pandemia em si, quanto as medidas administrativas de restrição da liberdade de contato e locomoção adotadas nas várias esferas federativas para superá-la ocasionaram impactos variados em diferentes setores da economia. Alguns foram extremamente beneficiados, como os de produção de higienizantes, saneantes e equipamentos para trabalho online. Outros, porém, foram bastante prejudicados. Apenas a título ilustrativo, de acordo com documento elaborado pela Confederação Nacional de Transportes – CNT –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte COVID-19”, cerca de 90% do setor de transporte foi afetado negativamente devido à queda drástica na demanda e, por sua vez, na receita.

Em face de impactos dessa magnitude sobre alguns setores de interesse público, o então senador Antônio Anastasia propôs o Projeto de Lei n.º 2.139/2020 para criar um regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública causado pelo novo coronavírus.

Dentre as medidas previstas no projeto de lei constava a possibilidade de apresentação, pela concessionária, de um plano de contingência para assegurar a continuidade da execução contratual e a preservação do seu objeto essencial. Com base nesse plano, a Administração poderia rever as obrigações contratuais e adotar quaisquer medidas que se mostrassem necessárias e adequadas para a contenção dos impactos da pandemia, incluindo a suspensão e exigibilidade de obrigações, com a consequente revisão de cronogramas para entrega de produtos e a suspensão da exequibilidade de sanções.

Ocorre que esse Projeto de Lei não teve seguimento, tendo sido arquivado. Sem prejuízo, os debates sobre os impactos da pandemia sobre os serviços públicos e sobre o equilíbrio econômico-financeiro de instrumentos de concessão comum e PPPs permaneceram, passando a ser objeto de soluções próprias de Estados e Municípios.

No Estado do Paraná, por exemplo, a discussão ocasionou a edição da Lei n.º 20.187, de 22 de abril de 2020, que proibiu que as concessionárias de serviços de energia elétrica, gás, água e de esgoto realizassem cortes no fornecimento dos serviços, especialmente enquanto

durassem as medidas de isolamento social. Por conta dessa disposição, a lei foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 6.406). Ao tratar do assunto, o Supremo Tribunal Federal, seguindo entendimento do Ministro relator Marco Aurélio, entendeu pela constitucionalidade desse tipo de determinação legal em razão da necessidade de proteger os usuários.

Já o Governo do Estado de São Paulo, para enfrentar a pandemia, editou a Lei n.º 17.268, de 13 de julho de 2020, e determinou que os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, gás e tratamento de esgoto seriam considerados essenciais. Para isso, autorizou o Poder Executivo a adotar providências junto às concessionárias de serviços públicos, de maneira a impedir a suspensão do fornecimento desses serviços essenciais, por inadimplimento do consumidor, enquanto perdurasse o estado de calamidade pública.

Somando-se às providências de proteção do usuário e da população, em parte impossibilitada de desempenhar certas atividades econômicas, as esferas federativas também colocaram em prática ações de apoio a entes públicos e particulares, incluindo prestadores de serviços públicos.

No âmbito da União, a Lei Complementar n.º 173, de 27 de maio de 2020, estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus. Nesse pacote, previu a suspensão dos pagamentos das dívidas contratadas por Estados e Municípios perante a União, a reestruturação das operações de crédito interno e externo junto ao sistema financeiro e instituições multilaterais de crédito, e estipulou a transferência de recursos da União, na forma de auxílios financeiros, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Tudo isso demonstra que o cenário da pandemia e suas implicações sobre os contratos administrativos requer uma análise cuidadosa não apenas dos efeitos das medidas de restrição, mas igualmente dos benefícios estatais oferecidos aos prestadores de serviços públicos, levando em conta as realidades de cada setor e região.

Com a posterior diminuição dos casos e das mortes causadas pela doença, especialmente em virtude da intensa campanha de vacinação promovida pelos Estados e Municípios, as medidas de prevenção foram sendo flexibilizadas e a situação voltou a um estado de normalidade. Nesse movimento, a OMS decretou o fim da emergência sanitária global de COVID-19 em 05 de maio de 2023.

A esse despeito, no presente momento, ainda se apuram e se discutem os efeitos econômico-financeiros da pandemia sobre os serviços públicos. Afinal, devem esses efeitos ser assumidos pelos concedentes e usuários ou pelos prestadores dos serviços públicos? É principalmente sobre essa questão que o presente artigo pretende se debruçar.

2. Caso Fortuito e Força Maior na Legislação Contratual Pública

A pandemia, as inúmeras restrições de circulação e outras medidas impostas pelo Estado ou adotadas voluntariamente por cidadãos e agentes econômicos ocasionaram, de um lado, efeitos positivos a variados segmentos econômicos, ao mesmo tempo em que redundaram em impactos limitativos sobre outros. Essa mesma lógica se aplica aos contratos administrativos, afetados em diferentes graus, ora em sentido positivo, ora negativo, demonstrando ser impossível falar de consequências padronizadas para todos os tipos de relação.

Enquanto alguns fatores relacionados à pandemia podem ter aumentado a demanda pelos serviços públicos e elevado receitas tarifárias, outros podem ter resultado quer na diminuição das entradas financeiras ou na necessidade de aumento ou de antecipação de investimentos (CAPEX), quer na elevação de custos de operação e manutenção do serviço (OPEX).

Esses exemplos meramente hipotéticos revelam que, ao longo da pandemia, ocorreram inúmeros eventos capazes de ocasionar impactos positivos ou negativos sobre contratos administrativos, incluindo as concessões e parcerias público-privadas. Do ponto de vista jurídico, não interessa calcular esses impactos, mas sim verificar como os eventos desequilibrantes se enquadram dentro da teoria das áleas e da distribuição contratual de riscos. Interessa, ainda, saber como se deve examinar os pleitos de reequilíbrio relacionados à pandemia, sobretudo diante da multiplicidade de causas para um mesmo efeito contratual.

Antes de se proceder ao cotejo da doutrina e da jurisprudência, cumpre, portanto, descrever o problemático cenário legislativo em que o assunto se insere. É preciso verificar se e como o tema aparece nas normas gerais sobre contratos administrativos.

A Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/1995) não faz referências a pandemias. Na verdade, a lei sequer traz regras sobre divisão de riscos,

nem impõe a inclusão de matriz de riscos no contrato. O tratamento dessa temática se encontra espalhado por alguns dispositivos esparsos.

O art. 2º, inciso II, da Lei apontada define a concessão de serviço público como delegação de serviço público a empresa ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho “por sua conta e risco” e por prazo determinado. Essa definição transmite a falsa impressão de que todos os riscos seriam alocados à concessionária. Ocorre que tanto o art. 18, ao tratar do conteúdo do edital de licitação, quanto o art. 23 (ambos da Lei n.º 8.987/1995), referente às cláusulas obrigatórias do instrumento contratual, evidenciam que as regras e procedimentos de revisão e reajuste serão estipuladas de acordo com cada contrato.

Não há um modelo legal pré-definido de distribuição de riscos para contratos de concessão, nem mesmo referências sobre como lidar com a álea extraordinária, força maior ou caso fortuito. A Lei n.º 8.987/1995 se resume a tratar explicitamente apenas da revisão em razão de alteração unilateral do contrato pelo concedente (art. 9º, § 4º), bem como de modificações tributárias e de encargos após a apresentação da proposta comercial na licitação (art. 9º, § 3º). Nesses dois casos, impõe a revisão contratual em favor da concessionária sempre que o contrato for desequilibrado de modo a aumentar custos ou investimentos. Na ocorrência de outros tipos de eventos impactantes, porém, a responsabilidade dependerá, inicialmente, da distribuição contratual dos riscos.

Nem se diga que o art. 38, § 1º, inciso III, da Lei de Concessões transferiria o risco de caso fortuito ou força maior ao poder concedente. Na verdade, esse dispositivo simplesmente reconhece que a ocorrência de eventos desse gênero impede que a paralisação do serviço público pela concessionária venha a ser tratada como infração contratual, inclusive para fins de declaração de caducidade como modalidade extintiva da relação jurídica. Dizer que o caso fortuito ou a força maior impedem a caracterização da infração contratual em nada equivale a dizer que o poder concedente responde por todas as consequências financeiras desse tipo de evento desequilibrante.

Seguindo o padrão do referido diploma, a Lei Geral de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004) se mostra omissa em relação a pandemias. Tampouco contém regra que imponha ao Poder Público assumir integralmente a álea extraordinária, o caso fortuito ou a força maior. Na verdade, o art. 5º, inciso III, exige que o contrato preveja cláusula dedicada à “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes

a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. Esse dispositivo fundamenta a obrigatoriedade de matriz de riscos nas concessões administrativas e patrocinadas e permite que se aloquem os riscos de caso fortuito ou força maior para ambas as partes ou apenas para uma delas.

A Lei de PPP é bem mais clara que a Lei de Concessões no sentido de exigir que o contrato trate da repartição de riscos de modo expresso, atribuindo ao ente contratante a tarefa de organizar a forma de gestão de riscos em cada caso por meio das normas editalícias e contratuais. Em nenhum momento, porém, atribui ao concedente a responsabilidade isolada pelos impactos financeiros oriundos de eventos caracterizados como força maior ou caso fortuito. Nesse tocante, pois, a Lei de PPP segue a mesma lógica da Lei Geral de Concessões.

Aplicável aos contratos firmados sob sua vigência, inclusive aos contratos de concessão por subsidiariedade, a antiga Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/1993) não prevê normas específicas sobre pandemia, tratando apenas de casos de calamidade pública para fins de dispensa de licitação. A esse despeito, traz algumas normas sobre eventos que podem atingir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De um lado, o art. 65, § 8º da Lei de Licitações reconhece o dever de reequilíbrio em razão de alterações unilaterais, assemelhando-se ao art. 9º, §4º da Lei de Concessões. Diferentemente, para eventos caracterizados como força maior, caso fortuito ou álea extraordinária, a Lei não prevê responsabilidade direta de qualquer parte contratual, limitando-se a autorizar a alteração consensual ou amigável do contrato para viabilizar o reequilíbrio. Isso significa que a responsabilidade por álea extraordinária, caso fortuito ou força maior não é atribuída expressamente ao ente público contratante, mas, sim, acordada entre as partes contratuais. Apesar disso, segundo o art. 57, § 1º, esses eventos autorizam modificação de prazos de etapas de execução, conclusão ou entrega em relação ao pacto originário, abrindo espaço para prorrogações que podem ensejar reequilíbrio a depender de seus impactos financeiros.

Em sequência, a Lei n.º 14.133/2021 prevê, por meio do art. 130, o dever de reequilibrar contratos afetados por alterações unilaterais. Além disso, autoriza a alteração dos valores contratuais nas hipóteses de caso fortuito e força maior para contratações integradas ou semi-integradas (art. 133, inciso I). A ocorrência desses eventos extraordinários, quando impeditivos da execução contratual, permite a extinção do contrato (art. 137, inciso V). A lei também repete a redação da Lei n.º 8.666/1993, ao

aceitar a alteração dos contratos administrativos, por acordo entre as partes, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (art. 124, inciso II, alínea “d”). Novamente, não há uma definição de responsabilidade, mas, sim, uma autorização para a celebração de acordos para solucionar a questão.

Em síntese, essa apresentação panorâmica das normas nacionais sobre contratos públicos evidencia o quanto se disse ao início: a legislação contratual pública criada no Brasil é lacunosa, dado que não trata explicitamente de pandemias, e obscura, por não trazer qualquer norma expressa de responsabilidade em razão de caso fortuito, força maior ou álea extraordinária.

3. Pandemia e Reequilíbrio na Doutrina

Diante das características e lacunas da legislação nacional, a doutrina especializada de direito administrativo oportunamente lançou-se a examinar o tema da pandemia e seus impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos públicos, inclusive concessões e parcerias público-privadas. É o que se pretende demonstrar a partir de uma coletânea de posicionamentos a respeito do enquadramento da pandemia na teoria dos riscos contratuais e de seus impactos práticos.

Fernando Menezes de Almeida e Guilherme Dias Reisdorfer, em artigo específico sobre o assunto, reconhecem, de início, o quanto dito no item anterior: “[...] a lei geral sobre contratos administrativos no Brasil é especialmente carente de clareza quanto ao tratamento de critérios de repartição dos ônus entre as partes nos contratos administrativos quando atingidos por fatores extracontratuais que afetem seu equilíbrio econômico-financeiro”.³

Nesse contexto, destacam que, “segundo a teoria da imprevisão, por mais que se lide com fatos imprevisíveis” que extrapolam a previsibilidade, “ainda assim é desejável extrair-se ao máximo a solução a ser

3 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; REISDORFER, Guilherme F. Dias. COVID-19: imprevisão e fato do príncipe nos contratos administrativos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al(coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19** - volume IV- contratos administrativos- controle. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 26.

dada a um litígio em concreto da interpretação do próprio contrato, repartindo-se os ônus decorrentes entre as partes” (g.n.).⁴ Entendem, ainda, que o fato do príncipe como espécie tradicional de álea administrativa, seria qualificado como um risco do concedente, apontando, para tanto, os art. 65, II, ‘d’ e § 5º da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 9º, § 4º da Lei n.º 8.987/1995. Na visão de Almeida e Reisdorfer, “não se trata de um risco passível de ser controlado ou evitado por parte do contratante privado”, de modo que não faria sentido o Estado transferi-lo ao particular. Porém, explicam que a Lei de PPP prevê a possibilidade de repartir riscos relativos a caso fortuito, força maior e sobre o fato do príncipe, o que novamente leva à conclusão de que o assunto deve ser resolvido pela distribuição de riscos de cada contrato.⁵ Reforçam essa ideia ao dizer que: “a solução geral para o enfrentamento dos efeitos resultantes da imprevisão ou do fato do príncipe consiste em promover o reequilíbrio econômico-financeiro, conforme a disciplina contratual” (g.n.).⁶ Os autores repelem qualquer solução padronizada, qualquer fórmula única que ignore a realidade de cada contrato.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Anna Beatriz Savioli⁷ apresentam conclusões semelhantes. Partem da premissa de que as concessões, como contratos essencialmente complexos, são incompletas por natureza, dada sua longa duração e em razão da impossibilidade de o concedente e a concessionária anteverem todas as situações que venham a atingir a relação contratual. A partir do art. 10 da Lei de Concessões e do art. 4º, inciso VI, e art. 5º, inciso III, da Lei das PPP, apontam que o contrato é “a chave para verificar se houve *desequilíbrio no sinagrama econômico-financeiro* e, em caso positivo, a exata medida em que a equação deverá ser recomposta” (g.n.). É nele que se devem encontrar os parâmetros para tratar de riscos.⁸

Marques Neto e Savioli também consideram a hipótese de o contrato se mostrar lacunoso, ou seja, não oferecer respostas acerca da alocação de determinados riscos. Configurada a ausência de tratamento

4 Op. Cit., p. 29.

5 Op. Cit., p. 31.

6 OP. Cit., p. 33.

7 MARQUESNETO, Floriano de Azevedo; SAVIOLI, Anna Beatriz. Equilíbrio contratual na concessão em meio à pandemia: o extraordinário não pode ter tratamento ordinário. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al(coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19** - volume IV-contratos administrativos-controle. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 39 e seguintes.

8 Op. Cit., p. 42-43.

contratual, entendem necessário aplicar o regramento das áleas econômicas extraordinárias.⁹ Em ocorrendo situação imprevisível, não contemplada ou contemplada de modo insuficiente no contrato, seria necessário recompor a avença.¹⁰ Nesse caminho, destacam a importância de se diferenciar as naturezas da pandemia e dos eventos a ela relacionados, os quais ora caracterizam força maior e caso fortuito, ora fato do príncipe, ora fato da Administração (como as modificações unilaterais).

Como os eventos se misturam em certos cenários, referidos autores apontam, então, a necessidade de se verificar qual seria o preponderante, ou seja, “o cerne, o núcleo duro que desencadeou as demais áleas e resultou nos múltiplos distúrbios verificados na equação contratual”.¹¹ Advertem, por fim, que a comprovação de causas que impõem o reequilíbrio, a despeito de previsão contratual, *não implica a “atribuição automática de responsabilidade a uma ou outra parte*, mas sim no exame concreto dos efeitos identificados de forma a alocá-los conforme a disponibilidade das partes para mitigar suas possíveis decorrências futuras e custear as consequências já materializadas”.¹² Em outras palavras, sobretudo na hipótese de lacuna contratual, propõem um critério de justiça conforme a disponibilidade dos atores envolvidos.

Rodrigo de Pinho Bertoccelli e Amanda Pauli De Rolt,¹³ em abordagem específica do setor de saneamento, também indicam a possibilidade de se lançar a teoria da imprevisão para fins de justificar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos públicos diante do contexto de anormalidade da pandemia. Uma vez demonstrado o nexo causal entre os eventos e as implicações negativas, seria aceitável estabelecer uma divisão de riscos diferente da originária, ou seja, repensar a distribuição de riscos que foi pactuada na origem do contrato, flexibilizando-se a relação contratual com a realocação de riscos, a redução de metas de desempenho, a utilização de subvenções, entre outras ferramentas não convencionais para garantir a manutenção dos serviços públicos de saneamento básico. Observam que *essa divisão não obrigaria transferir todos os impactos ao poder concedente*. Além disso, apontam a

9 Op. Cit., p. 47.

10 Op. Cit., p. 45.

11 Op. Cit., p. 46.

12 Op. Cit., p. 49.

13 BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ROLT, Amanda Pauli De. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de saneamento básico em tempo de pandemia. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV - contratos administrativos-control**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 149 e seguintes.

necessidade de a concessionária registrar e comunicar a ocorrência dos eventos impactantes, zelando pela documentação para comprovar o nexo causal.¹⁴ Destacam, por fim, a importância das agências reguladoras para proteger a concessão, oferecer parâmetros e previsibilidade jurídica na avaliação dos pleitos de reequilíbrio, buscando soluções consensuais e capazes de equalizar diversos interesses e preservar a continuidade do serviço público.¹⁵

Flávio Amaral Garcia¹⁶ também abordou o tema na nova edição de seu livro sobre mutabilidade contratual. Nele, expressa entendimento no sentido de que a pandemia se enquadraria na disciplina jurídica aplicável ao caso fortuito ou força maior, uma vez que se trataria de evento completamente imprevisível e inevitável apto a modificar o contrato ou mesmo a implicar a sua extinção. Contudo, entende que a tarefa de reequilibrar os contratos seria complexa em razão das dificuldades de aumentar tarifas e da retração de recursos públicos. Assim, defende que as soluções devem ser elaboradas em cada contrato de concessão a partir de uma alocação de riscos pactuada em linha com um dever de cooperação mútua.

Rafael Wallbach Schwind e Cesar Guimarães Pereira¹⁷ argumentam que a pandemia de COVID-19 corresponderia a um evento de gravidade peculiar que não se enquadraria nas situações de risco ordinário. Entendem que “a crise em curso, suas causas e seus efeitos se reconduzem aos paradigmas próprios do regime jurídico da concessão, notadamente os de força maior, caso fortuito e fato do príncipe”. Destacam, ainda, que a legitimidade ou a proporcionalidade das medidas estatais durante a pandemia não afastariam a quebra do equilíbrio. Tampouco tornariam desnecessário o reequilíbrio em razão de atos praticados pela própria concessionária no sentido de mitigar danos resultantes das circunstâncias extraordinárias em questão. Porém, no mérito, seguem a linha defendida pela grande parte da doutrina, segundo a qual o *enquadramento e o tratamento do assunto dependem “das previsões contratuais específicas de cada caso”* (g.n.), apontando que as situações deverão ser examinadas detalhadamente.

14 Op. Cit., p. 155.

15 Op. Cit., p. 157.

16 GARCIA, Flavio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 196.

17 PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Pandemia de COVID-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Migalhas**, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322771/pandemia-de-covid-19-e-o-equilibrio-economico-financeiro-das-concessoes>

A seu turno, Marçal Justen Filho¹⁸ argumenta não ser pertinente cogitar-se recompor a equação econômico-financeira originário mediante a invocação aos institutos tradicionais. O autor propõe algumas alternativas, como a renegociação dos contratos e a revisão das prestações assumidas pelas partes no sentido de se adequá-las à realidade pandêmica, de modo a modificar os direitos e obrigações e compatibilizar o contrato com as condições econômicas de curto e médio prazo. Valendo-se do princípio da proporcionalidade, entende que essa renegociação não poderia “violiar a proporcionalidade-adequação. Isso significa vedar qualquer modificação que não seja apta a promover a viabilidade da continuidade da execução do contrato”.

Além disso, Justen Filho reputa necessário observar a necessidade, de modo que seriam inválidas as modificações que ultrapassassem o mínimo necessário ao atingimento do fim. Enfim, deveriam ser sopeados os princípios envolvidos, “adotando-se solução apta a promover a máxima realização possível de cada um deles”. Essa renegociação deveria implicar a realização de *concessões recíprocas, buscando encontrar uma solução que permitisse o prosseguimento da contratação*, mesmo que com resultados não tão frutíferos quanto os originalmente assegurados às partes.

Também no exame do assunto, Fernando Vernalha Guimarães¹⁹ explica que a propagação de uma doença não seria em si um fato imprevisível em todos os casos, mas que a propagação da COVID-19 teria alcançado uma dimensão pandêmica, caracterizando-se como um evento de efeitos avassaladores, produzindo transformações no comportamento das pessoas e dos mercados. Partindo dessa premissa, aduz que a pandemia se caracterizaria, na perspectiva dos contratos administrativos, como um evento de álea extraordinária, ensejando a aplicação do comando da norma da art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei n.º 8.666/1993.

A seu ver, essa tese é sustentada pelo fato de que a pandemia cumpriria quatro requisitos: (i) a superveniência à apresentação da proposta na licitação que gerou o contrato; (ii) a imprevisibilidade; (iii) a onerosidade e (iv) a extracontratualidade. É preciso observar, contudo, que o artigo legal citado por Guimarães não impõe responsabilidade ao contratante público, resumindo-se a afirmar que é possível a alteração

18 JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo da Emergência: um modelo jurídico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 113-130, abr./jun. 2020.

19 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Legal opinion**: os impactos da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública. CBIC. Brasília. 2020

consensual do contrato para fins de reequilíbrio diante de caso fortuito, força maior e outros eventos extraordinários.

Ainda a respeito do enquadramento do evento em debate, Juliano Heinen vai na mesma linha, firmando o entendimento de que os efeitos gerados pela pandemia de COVID-19 se encaixariam na teoria da imprevisão, pois a pandemia teria gerado um estado de coisas (1) oneroso e (2) imprevisível para as partes, admitindo o reequilíbrio.²⁰

Por sua vez, Rafael Vêras de Freitas²¹ defende que a aplicação a teoria da imprevisão produziria externalidades negativas sistêmicas. Como solução, ao invés do estabelecimento dos tradicionais procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro, propõe a adoção de um *regime de renegociação* dos contratos de infraestrutura, instaurando-se um fluxo de caixa marginal atrelado à pandemia. As perdas de receitas e os incrementos dos custos deveriam ser sopesados vis-à-vis os elementos dos contratos de concessão.

Thiago Cardoso Araújo e Daniel Silva Pereira argumentam igualmente que a utilização do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos geraria um problema, pois: “[...] o Poder Público não parece ter condições de internalizar todos os efeitos financeiros decorrentes da crise. Não obstante os contratos de concessão de serviços públicos, parcerias público-privadas (PPPs), concessões de uso de bem público, entre outros, geralmente, atribuam os riscos ordinários do negócio ao contratado e os riscos extraordinários ao Poder Público (a depender da alocação de riscos estabelecidas pelas partes no caso concreto), não podemos esquecer que o Estado se encontra igualmente atingido pelos efeitos negativos da crise proveniente do COVID-19”(g.n.).²² Assim, o reconhecimento de um direito universal ao reequilíbrio colocaria o Poder Público no papel de garantidor universal, agravando os efeitos da crise econômica. Desse entendimento se extrai a conclusão de que a gestão dos efeitos deve levar em conta a justiça no caso concreto.

20 HEINEN, Juliano. Afinal, qual a natureza jurídica da COVID-19 (Coronavírus)? Qualificação jurídica do tema e efeitos nos contratos administrativos. **FFGV Ceri**, 2020. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/blog/afinal-qual-natureza-juridica-da-covid-19>.

21 VÊRAS, Rafael. Coronavírus, equilíbrio econômico-financeiro em concessões, dever de renegociar: quem paga a conta pela Teoria da Imprevisão? **Fórum Conhecimento Jurídico**, 2020. Disponível em: Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/author/marketing/>

22 ARAÚJO, Thiago Cardoso; PEREIRA, Daniel Silva. A emergência do COVID-19 nos contratos de infraestrutura: o momento certo para o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e as medidas imediatas à disposição do administrador público. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 197-219, set. 2020/fev. 2021.

Em síntese, o exame dos textos doutrinários dedicados aos efeitos da pandemia sobre os contratos administrativos revela que, apesar de pequenas nuances, os autores convergem no sentido de que:

- a. A pandemia em si configura caso fortuito/força maior;
- b. A legislação contratual pública brasileira não é clara a atribuir as partes contratantes os efeitos de caso fortuito ou força maior, devendo-se recorrer à alocação contratual dos riscos;
- c. As medidas estatais derivadas da pandemia, como determinações de isenções ou descontos, devem ser enquadradas em outras categorias de riscos, como o fato do príncipe e o fato da administração;
- d. A responsabilidade por fato da administração, como a alteração unilateral, é do poder concedente por força do art. 9º, § 4º da Lei n.º 8.987/1995;
- e. A responsabilidade por fato do príncipe é indicada pelo art. 9º, § 3º da Lei n.º 8.987/1995 como responsabilidade do Poder Público, embora, por exemplo, a Lei de Saneamento (art. 10-A, IV) e a Lei da PPP (art. 4º, VI) permitam que essa responsabilidade seja alocada de outra forma pelo contrato;
- f. Na ausência de tratamento contratual e de respaldo legal para certo tipo de evento, as partes devem buscar solução consensual nos termos do art. 65, II, 'd' da Lei n.º 8.666/1993²³ (aplicável subsidiariamente aos contratos de concessão e PPP celebrados durante sua vigência); e
- g. Na busca da solução não oferecida pelo contrato nem pela lei, o órgão competente pelo equilíbrio econômico-financeiro deverá zelar pela justiça da distribuição dos efeitos, levando em conta a continuidade do serviço e a capacidade de resposta de cada uma das partes contratantes.

23 Vale lembrar que a antiga lei de licitações continua aplicável a todos os contratos celebrados sob sua vigência. Assim, continua sendo aplicável subsidiariamente aos contratos de concessão e de PPP também celebrados durante sua vigência.

4. O parecer n.º 261/2020 da AGU

Para além dos argumentos trazidos pelos doutrinadores, em grande parte atuantes na advocacia privada, é imprescindível considerar os aportes da advocacia pública nessa discussão. Por todos os posicionamentos, merece destaque o Parecer n.º 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, no qual a Advocacia Geral da União respondeu a questionamentos apresentados por órgãos do Ministério da Infraestrutura acerca da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no setor de transportes em virtude da pandemia de coronavírus.

A solicitação do parecer foi justificada em razão do elevado impacto da pandemia nesse setor específico. Com base em dados da Associação Brasileira de Empresas Aéreas – ABEAR, os órgãos ministeriais solicitantes informaram que se registraram quedas de 75% na demanda por voos domésticos e de 95% nas viagens internacionais na comparação de 2020 com 2019. A malha de 14.781 voos semanais registrada em 2019 para as capitais e outras 19 cidades caiu para 1.241 voos semanais no período equivalente de 2020.

Os órgãos solicitantes também citam dados da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias (ABCR), apontando queda de 57% no fluxo de veículos leves e 29% no de veículos pesados nas rodovias federais, bem como redução de 85% dos passageiros do transporte coletivo. Já nas ferrovias, observou-se encolhimento de 9% na produção de toneladas por quilômetro-útil (TKUs). Conforme dados da Confederação Nacional de Transportes – CNT, 90% do setor de transporte teria sido afetado negativamente pela pandemia. As perdas de receitas ocasionaram problemas de caixa e comprometimento da capacidade de pagamentos correntes. Em situação excepcional, apenas os portos registraram aumento de cerca de 35% no total de embarques.

Sob essas circunstâncias, diretamente referentes ao setor de transportes da União, em 09 de abril de 2020, no Ofício n.º 3/2020/DEAP/SFPP, a Diretoria de Estruturação e Articulação de Parceiras e a Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura indagou ao órgão de consultoria jurídica se: a) Os efeitos negativos da crise provocada pelo novo coronavírus suportados pelos vários setores de infraestrutura poderiam, juridicamente, consistir em força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão? b) Qual(is) seria(m) a(s) condição(ões) para que uma crise econômica dessa magnitude, causada por decisão política de se adotar o

isolamento social como medida de enfrentamento à rápida transmissão do novo coronavírus fosse considerada um evento de força maior? Pode-se, ainda, enquadrá-la como Fato do Príncipe?

Em resposta, levando em conta a realidade dos contratos de concessão da União no setor de infraestrutura de transporte, a AGU então expediu o Parecer n.º 261/2020, concluindo que:

- Na superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas;
- Apesar de, em regra, o concessionário assumir os riscos ordinários do negócio e o poder concedente os riscos extraordinários, nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente;
- A aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão dos contratos de concessão necessita que seja observada a alocação contratual de riscos, que ocorra evento superveniente e extraordinário, e que as consequências desse evento sejam imprevisíveis ou inevitáveis, gerando onerosidade excessiva; e
- A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão e justificando o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados no parecer.

Nas razões utilizadas para justificar as referidas conclusões técnicas, o advogado da União, Felipe Nogueira Fernandes, argumenta, entre outras coisas, que: (i) o art. 65, II, 'd' da Lei n.º 8.666/1993 permite alterações consensuais para tratar de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, ou força maior, caso fortuito ou fato do príncipe; (ii) o art. 58, § 2º da Lei n.º 8.666/1993 e o art. 9º, § 4º da Lei n.º 8.987/1995 garantem o reequilíbrio em razão de modificação unilateral do contrato; (iii) o art. 37, XXI da Constituição prevê o direito ao reequilíbrio, devendo-se levar em conta as circunstâncias do momento da apresentação da proposta e os fatos supervenientes à proposta que justifiquem reequilíbrio; (iv) a baixa lucratividade do empreendimento por si só não permite adoção de reequilíbrio; (v) o insucesso das concessões não prejudica apenas as concessionárias, mas também os usuários, havendo interesse público em garantir a estabilidade dos contratos; (vi)

o contrato de concessão pode discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso; (vii) na falta de disposição contratual explícita ou implícita, aplica-se a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias, de modo que o Poder Público assume a álea extraordinária, enquanto a concessionária responde pela área ordinária; (viii) a teoria da imprevisão estaria prevista no art. 65, inciso II, 'd', da Lei de Licitações; (ix) no RESP 1.798.728 (2019) e no RESP 1.433.434 (2018), anteriores à pandemia, STJ já reconheceu a teoria da imprevisão em contratos administrativos; (x) a aplicação da teoria da imprevisão depende de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis ou inevitáveis e que tenha gerado um desequilíbrio muito grande no contrato, ou seja, uma onerosidade excessiva para uma das partes; (xi) essa teoria pode ser aplicada aos contratos de concessão, mas desde que "respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual"; (xii) a pandemia configura força maior e as medidas tomadas pelo Estado poderiam ser classificadas como "fato do príncipe"; (xiii) essa diferenciação não implicaria grande efeito prático, pois se toma como premissa que as consequências jurídicas seriam as mesmas a despeito da natureza de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe, já que tudo se enquadraria no conceito de evento extraordinário; (xiv) de todo modo, a tese não ensejaria, sempre, o dever de reequilibrar, pois cada contrato pode conter alocação de riscos diferenciada e porque o reequilíbrio depende da comprovação dos reais efeitos da pandemia sobre as receitas ou despesas do concessionária, sendo possível que nenhum efeito significativo tenha ocorrido.

Apesar de muito bem fundamentado o parecer, dois esclarecimentos se fazem necessários. Em primeiro lugar, o arrazoado não leva em conta a diferença do tratamento legislativo conferido aos institutos do fato da administração e do fato do príncipe, de um lado, e ao caso fortuito e à força maior, de outro. Como demonstrado, conquanto haja regras na Lei Geral de Concessões acerca da responsabilidade do concedente por fato da administração ou do príncipe (art. 9º, § 3º e § 4º), inexistente regra de alocação para caso fortuito e força maior.

Em segundo lugar, como o parecer da AGU reconhece, a teoria da imprevisão impõe que, na falta de regra contratual, faça-se um ajustamento das obrigações, para se evitar onerosidade excessiva para alguma das partes. No contato de concessão, é preciso cotejar essa onerosidade

em relação tanto à concessionária, quanto ao concedente e aos usuários. Como a pandemia pode ter afetado um ou vários desses atores, no caso concreto, a aplicação da teoria da imprevisão não permite concluir que o Poder Concedente assumirá sozinho e sempre o impacto do caso fortuito ou da força maior.

5. Pandemia e Manifestações do Poder Judiciário

As várias tensões e os diversos conflitos oriundos da pandemia e das medidas de restrição de circulação que a acompanharam também deram origem a um conjunto de manifestações do Poder Judiciário. É oportuno, nesse contexto, apresentar um compilado de decisões sobre o tema. Note-se, porém, que os julgados localizados guardam relação intensa com o setor de transportes, fortemente atingido pelas restrições de circulação durante a pandemia. Além disso, em muitos casos, não foram concedidas as liminares pleiteadas, dada a necessidade de instrução para verificação de efeitos concretos do evento desequilibrante.

No Superior Tribunal de Justiça, o tema foi objeto da Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 2.696 – RJ (2020/0091341-2), requerida pela Viação Montes Brancos Ltda. contra a decisão do Desembargador Paulo Sérgio Prestes dos Santos, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, na Apelação Cível n.º 0009681-76.2013.8.19.0052, concedeu liminar para determinar que a empresa retomasse a prestação do serviço de transporte público de ônibus na integralidade dos percursos e horários previstos no contrato de concessão assinado com o Município de Araruama (RJ).

A origem do caso remonta uma ação popular ajuizada contra a concessionária e cuja sentença declarou a nulidade da licitação de transporte coletivo de passageiros do Município de Araruama realizada com base no Edital n.º 3/2013, anulando-se, conseqüentemente, o contrato firmado pela empresa e o Município. Por conta disso, a concessionária interpôs recurso de apelação que, ao final, foi parcialmente provido. Após esse julgamento, o Município de Araruama formulou no TJRJ pedido incidental com o objetivo de garantir a continuidade da prestação do serviço em questão até o julgamento final dos embargos de declaração, tendo sido concedida a tutela pleiteada. No pedido de contracautela, a concessionária alegou, entre outras coisas, que: a liminar questionada incentiva a locomoção dos munícipes, o que aumenta a disseminação do novo coronavírus e coloca em risco a saúde pública; e há risco à continuidade

da prestação do serviço de transporte público local em razão do atual e severo desequilíbrio econômico-financeiro na execução do contrato firmado com o município.

No julgamento da Suspensão de Liminar e Sentença, o STJ expressou entendimento de que foram comprovados os efeitos deletérios da decisão liminar impugnada, sobretudo no que se refere à ordem e à segurança públicas na prestação do serviço de transporte público à coletividade do Município de Araruama e às finanças da municipalidade. Em razão da pandemia – aduziu o Tribunal –, registra-se em todo o território nacional acentuada redução do número de pessoas que fazem uso do transporte público, o que implica imediata e brutal queda da receita aferida pelas concessionárias, de modo que *proibir a readequação da logística referente à prestação do referido serviço público implicará desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, passivo que poderá eventualmente ser cobrado do próprio erário municipal*. Tendo isso em vista, o STJ deferiu o pedido para suspender os efeitos da medida liminar deferida na apelação, a qual determinou que a requerente retomasse a prestação do serviço de transporte público de ônibus na integralidade dos percursos e horários previstos no contrato de concessão assinado com o Município de Araruama.

As implicações da pandemia sobre contratos de delegação de serviços públicos também foram amplamente discutidas nos tribunais de justiça. No Paraná²⁴, por exemplo, a concessionária Autoviação Sanjotur Ltda. interpôs agravo de instrumento contra decisão que negou concessão de tutela antecipada. A empresa alegou que a pandemia de Covid-19 causou redução significativa em suas receitas de transporte coletivo de passageiros, levando a desequilíbrio econômico-financeiro em seu contrato de concessão com o Município de São José dos Pinhais. Por isso, ela buscava aporte financeiro do município para compensar as perdas.

O Tribunal de Justiça analisou a situação e ressaltou que *a pandemia e suas consequências, como a redução do número de passageiros, foram eventos imprevisíveis e extraordinários, justificando a aplicação da teoria da imprevisão*. No entanto, a concessão da tutela antecipada não poderia ser decidida sumariamente, uma vez que a análise detalhada dos custos operacionais, receitas e outras medidas tomadas pela empresa e pelo

24 PARANÁ. Tribunal de Justiça (5. Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0022739-48.2020.8.16.000. Relator: Des. Nilton Mizuta, Curitiba, 11 de maio de 2021.

município seria necessária. Assim, o Tribunal Paranaense decidiu que a concessão da tutela de urgência só poderia ser determinada após a instrução probatória adequada e negou o pedido de tutela antecipada à Autoviação Sanjotur Ltda. O recurso interposto pela empresa foi considerado não provido, mantendo a decisão de 1ª instância.

Em São Paulo, região com maior número de concessões do país, o tema foi enfrentado repetidas vezes pelo Tribunal de Justiça²⁵, cujas manifestações, em síntese, expressam que:

- O impacto econômico da pandemia atingiu, indiscriminadamente, tanto o setor público como os da iniciativa privada;
- Não há previsão na Lei n.º 8.666/1993 ou em outro regramento que admita às concessionárias receber algum tipo de benefício fiscal para dirimir os impactos da pandemia;
- A Lei de Licitações admite a revisão dos contratos para alcançar o seu reequilíbrio por força do art. 65, inciso II, alínea “d”, nos casos de configuração de um evento como álea econômica extraordinária e extracontratual;
- Nem todo evento imprevisível é passível de ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; e
- A mera indicação da ocorrência de prejuízos econômicos decorrentes da pandemia não é suficiente para pleitear o reequilíbrio dos contratos, sendo necessário o exame pericial e a análise fática para averiguar os impactos da pandemia caso a caso.

25 Vide: *Apelação Cível n. 1023191-43.2020.8.26.0071*, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 7ª. Câmara de Direito Público; Foro de Bauru - Foro de Bauru - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/05/2022; Data de Registro: 16/05/2022; *Apelação Cível 1001766-95.2020.8.26.0220*; Relatora: Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Guaratinguetá - 2ª Vara; Data do Julgamento: 27/10/2021; Data de Registro: 27/10/2021; *Agravo de Instrumento 2291464-24.2022.8.26.0000*; Relator: Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/03/2023; Data de Registro: 08/03/2023; *Apelação Cível 1024741-25.2023.8.26.0053/SP*; Relatora: Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/10/2023; Data de Registro: 17/10/2023.

Essa fundamentação se repete em julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁶, do Rio Grande do Sul²⁷ e de Santa Catarina²⁸, por exemplo. Assim, embora se dirijam inequivocamente aos efeitos da pandemia sobre os contratos de delegação de serviços públicos na área de transportes, os julgados examinados permitem algumas conclusões importantes acerca dos impactos da pandemia sobre as concessões de serviços públicos.

Em primeiro lugar, muitos dos julgados destacam que a teoria da imprevisão permite uma renegociação das obrigações, mas não necessariamente aceitam que se atribua automaticamente ao Poder Público e/ou aos usuários as consequências integrais do desequilíbrio econômico-financeiro;

Em segundo lugar, os julgados confirmam o quanto dito anteriormente, no sentido de que a legislação não oferece uma solução direta e explícita quanto a força maior, caso fortuito ou álea econômica extraordinária. O art. 65, inciso II, 'd' da antiga Lei de Licitações, aplicável subsidiariamente aos contratos de concessão firmados durante sua vigência, não atribuía ao Poder Público a responsabilidade por eventos dessa natureza.

Em terceiro lugar, em termos probatórios, os efeitos dos eventos desequilibrantes não podem ser presumidos, nem apontados de forma vaga e genérica. A parte que alega o desequilíbrio assume um ônus de prova de detalhadamente comprovar quais foram os efeitos da pandemia sobre o contrato e em que medida eles são anormais e extraordinários. Reequilíbrios baseados em informações vagas e genéricas, ou em presunções, são ilegais.

6. Conclusões

Apesar de a pandemia ter sido superada em grande parte no plano sanitário, seus efeitos ainda podem ser sentidos nas contratações públicas e, especialmente, nas concessões de serviços públicos que, por terem

26 Vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, *Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.065102-2/001*, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, julgamento em 14/10/2021, publicação da súmula em 14/10/2021.

27 Vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE SUL - TJRS - *Apelação Cível 5003248-20.2020.8.21.0003/RS*, Relator: Des Newton Luís Medeiros Fabricio, 1ª Câmara cível, julgamento em 24/08/2022.

28 Vide: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – TJSC, *Apelação / Remessa Necessária n. 5028969-79.2020.8.24.0038*, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18-07-2023.

como característica a longa duração, sofrem de forma mais intensa com os efeitos econômico-financeiros do evento. É necessário, assim, explorar a discussão com o objetivo de se refletir sobre soluções que busquem não apenas responder aos efeitos da crise passada, mas também fornecer parâmetros e instrumentos para a prevenção desses efeitos no caso de eventos futuros.

Nesse sentido, há que se reconhecer, de início, a grave lacunosidade da legislação contratual brasileira sobre riscos comuns, como o caso fortuito e a força maior, além do tratamento falho atribuído a situações de fato do príncipe e fato da Administração. Diante do direito positivo nacional, não se pode afirmar que eventos extraordinários consistem em riscos sob responsabilidade exclusiva do poder público contratante. Como se viu, a legislação de licitações jamais fez essa atribuição explícita. O legislador simplesmente impede que se considerem descumprimentos contratuais decorrentes de fatos extraordinários como infrações do contratado e abre espaço para que se realizem alterações consensuais das obrigações após esses eventos. A Lei de Licitações, nem antiga, nem a nova, repita-se, faz atribuição de caso fortuito ou força maior a qualquer parte contratual. A Lei Geral de Concessões repete essa lacuna, enquanto a Lei de PPP deixa claro que esses eventos devem ser objeto de matriz de riscos, assim como o faz a Lei Geral de Saneamento Básico ao tratar das concessões nesse setor específico.

Em face a esse cenário legislativo, a análise oferecida pela doutrina ao longo da pandemia não revelou teses inovadoras para superar aos questionamentos levantados pela crise sanitária. Na verdade, a doutrina foi útil ao convergir no reconhecimento da pandemia como um evento de caso fortuito/força maior e ao apontar que as medidas tomadas pelo Estado a partir da pandemia ora são fatos do príncipe, ora fatos da Administração, constituindo eventos desequilibrantes próprios. Fora isso, a doutrina convergiu no sentido de reforçar que a legislação aplicável às contratações públicas não define visivelmente a quem devem ser alocados os riscos pela ocorrência desses eventos, impondo-se recorrer à alocação contratual dos riscos. Nesse contexto, destacou-se a busca de soluções consensuais entre as partes, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei n.º 8.666/1993, levando-se em conta a necessidade de preservar a continuidade do serviço público e de observar a capacidade de resposta de cada uma das partes contratantes.

A jurisprudência, por sua vez, atuou no sentido de reconhecer os impactos negativos da pandemia de Covid-19 na economia, mas com a adequada ressalva de que esses efeitos atingiram a todos, agentes

econômicos ou não. O Judiciário ressaltou, em muitos casos, que os eventos desequilibrantes nem sempre resultaram de medidas unilaterais do Poder Público, nem prejudicaram, isoladamente, os prestadores privados. Nesse sentido, atestou a importância de que os efeitos de eventos desequilibrantes sobre contratos públicos sejam cuidadosamente avaliados e examinados, de modo a se verificar a real extensão dos danos para as partes, descabendo pleitear reequilíbrio com base em alegações genéricas de prejuízos.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência, em última instância, estimulam algumas conclusões. Em primeiro lugar, desvelam o papel crucial tanto do planejamento adequado das relações contratuais públicas, quanto da cuidadosa modelagem obrigacional. Embora pandemias sejam imprevisíveis, os contratos devem ser elaborados a partir de uma visão de futuro e com mecanismos suficientemente flexíveis para dar conta do imprevisível, inclusive por previsões sobre situações de onerosidade excessiva em detrimento de alguma das partes e sobre meios de repactuação que superem os limites das técnicas tradicionais de revisão.

Em segundo lugar, os elementos legais, jurisprudenciais e doutrinários evidenciam a importância da elaboração de matrizes de risco pertinentes e bem elaboradas, sobretudo para lidar com eventos estranhos às vontades e aos comportamentos das partes contratantes. Embora não seja obrigatória para todos os contratos administrativos, a matriz de riscos (como cláusula ou anexo contratual) deve ser incluída sempre que possível, pois possibilita distribuir os pesos dos eventos desequilibrantes de maneira mais flexível, gera previsibilidade entre os contratantes e permite a solução rápida de desequilíbrios, mitigando disputas capazes de comprometer o andamento ou a subsistência do contrato²⁹.

Em terceiro lugar, os elementos examinados sustentam a necessidade de se valorizar instrumentos pró-consensuais no âmbito das relações de contratação pública. Embora o contrato seja em si fruto do consenso, fato é que a consensualidade não deve se resumir ao momento de celebração do instrumento contratual pelo Poder Público e pelo agente econômico privado que venceu a licitação. É preciso que o contrato administrativo forneça às partes meios, canais e instâncias de diálogo perene e, eventualmente, com o apoio de terceiros imparciais, sobretudo para que possam lidar com a dinâmica real e com a imprevisibilidade que somente os contratos públicos de longuíssimo prazo enfrentam.

29 MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo: atos, processos, licitações e contratos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. P. 381.

7. Referências

ARAÚJO, Thiago Cardoso; PEREIRA, Daniel Silva. A emergência do COVID-19 nos contratos de infraestrutura: o momento certo para o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e as medidas imediatas à disposição do administrador público. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 197-219, set. 2020/fev. 2021.

BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho; ROLT, Amanda Pauli De. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de saneamento básico em tempo de pandemia. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al (coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV - contratos administrativos-controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed., rev., atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

GUIMARÃES. Fernando Vernalha. **Legal opinion: os impactos da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública**. CBIC. Brasília. 2020.

HEINEN, Juliano. Afinal, qual a natureza jurídica da COVID-19 (Coronavírus)? Qualificação jurídica do tema e efeitos nos contratos administrativos. **FFGV Ceri**, 2020. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/blog/afinal-qual-natureza-juridica-da-covid-19>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo da Emergência: um modelo jurídico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, p. 113-130, abr./jun. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SAVIOLI, Anna Beatriz. Equilíbrio contratual na concessão em meio à pandemia: o extraordinário não pode ter tratamento ordinário. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al(coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV- contratos administrativos-controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARRARA, Thiago. **Manual de Direito Administrativo**, volume 3: atos, processos, licitações e contratos. São Paulo: Editora Foco, 2023.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; REISDORFER, Guilherme F. Dias. COVID-19: imprevisão e fato do príncipe nos contratos administrativos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da et al(coord.). **Direito em Tempos de Crise: covid-19 - volume IV- contratos administrativos-controle**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Pandemia de COVID-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Migalhas**, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322771/pandemia-de-covid-19-e-o-equilibrio-economico-financeiro-das-concessoes>.

VÉRAS, Rafael. Coronavírus, equilíbrio econômico-financeiro em concessões, dever de renegociar: quem paga a conta pela Teoria da Imprevisão? **Fórum Conhecimento Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/author/marketing/>

CAPÍTULO 2

AGÊNCIAS REGULADORAS E TRIBUNAIS DE CONTAS: SUAS ATRIBUIÇÕES E DEVERES PARA A GARANTIA DO ATINGIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO

Eduardo dos Santos Dionizio³⁰

1. Introdução

A atividade estatal, necessária e imprescindível ao oferecimento de serviços públicos tem, nas últimas décadas, sofrido profundas modificações em sua atuação, notadamente no período pós constituição de 1988. A ideia de “Estado mínimo”³¹ ganhou robustez, de sorte que, o seu gradativo e contínuo afastamento da atividade econômica e a mínima intervenção na mesma é caminho sem volta, restando ao Estado a gestão e a disponibilidade de políticas públicas de qualidade à sociedade.

Nos termos do art. 2º da Constituição de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O Brasil adota o modelo de tripartição do poder.

Em rasas palavras, cabe a cada um desses poderes desempenhar funções que lhes são próprias (típicas) ou seja, ao Poder Legislativo Legislar e Fiscalizar a aplicação das Leis, ao Executivo executar as leis e os regulamentos e ao Judiciário resolver os litígios que lhe são submetidos.

30 Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Campo Grande-MS e em Pedagogia pela Universidade Católica Dom Bosco/MS; Advogado inscrito na OAB/MS; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS, em Direito do Estado com ênfase em Controle Externo pela Universidade UNIGRAN-Capital/MS e em Gestão Escolar pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso do Sul; Secretário de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

31 Para Antonio Carlos de Moraes, “Este ‘Regime’ sustenta-se em uma estrutura permanente de leis, às quais o governo vincula suas ações por meio de normas anunciadas antecipadamente e que permitem aos indivíduos preverem com um razoável grau de acerto, a forma como as autoridades se comportarão em cada circunstância. Dentro desse “referencial” cada um pode realizar seu próprio planejamento” (MORAES, Antonio Carlos. **O Projeto Neoliberal e o Mito do Estado Mínimo**. Disponível em: https://www4.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_moraes.pdf. Acesso em abril de 2024).

Gravita em torno dos poderes da república os denominados Órgãos autônomos, quais sejam o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as Defensorias Públicas³² que, embora desprovidos de personalidade jurídica, detêm competências que lhe são próprias.

O presente ensaio, sem nenhuma intenção de esgotar o tema, pretende debater o papel do Tribunal de Contas como fiscal da escorreita aplicação dos recursos públicos e sua correlação com a atuação das Agências Reguladoras, autarquias em regime especial cujo papel está voltado para a regulação da atividade econômica e da boa prestação dos serviços públicos delegados.

O artigo 70 da Constituição Federal outorgou ao Congresso Nacional a competência para proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, bem como das entidades da administração direta e indireta, mediante controle externo, avaliando para tanto a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a aplicação das subvenções e a renúncia de receitas, assim como atribuiu as mesmas prerrogativas ao controle interno de cada Poder.

Para consecução de tal mister, cuidou o legislador constituinte de estabelecer no artigo 71 da Magna Carta que o controle externo a Cargo do Poder Legislativo se efetivará com o auxílio do Tribunal de Contas, além de estabelecer para este Órgão um rol de competências diretas.

Por seu turno, o art. 173 da Constituição determina que, “Ressalvados os casos previstos nesta 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.”

Com a gradual transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, nasce para o Estado o dever de regular, controlar e fiscalizar a eficiência e a efetividade destes serviços, para tanto lança mão das Agências Reguladoras, autarquias em regime especial dotadas de autonomia técnica, administrativa, financeira e independência funcional cujas atribuições perpassam os campos normativo e regulador.

Nesse sentido, pode se afirmar que, a atuação institucional dos Tribunais de Contas e das Agências Reguladoras não se confundem,

32 No caso dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, a autonomia é considerada plena, haja vista que, abrange a administrativa, funcional e financeira, por seu turno, as defensorias tão somente a administrativa e a funcional.

muito pelo contrário, se complementam. Na medida em que as Cortes de Contas exercem o controle externo de forma autônoma e em apoio ao Poder Legislativo, as agências reguladoras, não diferente, possuem autonomia plena para o exercício de suas atividades, tendo ambos, como objetivo, o atendimento do interesse da coletividade.

2. O Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas

Historicamente as Cortes de Contas brasileiras têm atuado por meio de sua função fiscalizadora no sentido de resguardar a boa aplicação dos recursos públicos e, para tanto, sempre guardou lugar nas constituições desde o nascimento da República.

Para Guerra³³, os primeiros registros de tentativa de instalação das Cortes de Contas no Brasil remontam ao período imperial, quando em meio a acalorados debates, em 1826 os Senadores do Império visconde de Barbacena e José Inácio Borges, apresentaram um projeto ao Senado propondo a criação de um Tribunal de Revisão de Contas. Em 1.831³⁴ foi sancionada a Lei n. 657, que aprovou o projeto de criação do Tribunal do Tesouro Público Nacional, cuja atribuição principal era julgar as contas dos responsáveis por dinheiro público, porém, sem autonomia para o desempenho de suas funções. Esta proposta fora rejeitada diante da discussão quanto à necessidade de um órgão independente para exame das contas públicas ou a continuação do controle pelos mesmos órgãos que as realizavam.

Somente nos primeiros tempos da República é que o Tribunal de Contas foi efetivamente criado com a função precípua de liquidar as contas das receitas e despesas do governo, além de verificar a legalidade das mesmas. A criação deste Órgão ocorreu por iniciativa do então Ministro da Fazenda do Governo Provisório Rui Barbosa por meio da edição do Decreto Lei 966-A/90³⁵ assinado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, “Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil”.

33 GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2 ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

34 SILVA, Artur Adolfo Cotias e. **Tribunal de Contas da União na história do Brasil**. Evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedelo Corrêa 1998 – Monografias Vencedoras – 1º lugar. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999, p. 14.

35 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html> - Acesso em março de 2024.

O Tribunal de Contas surgiu como órgão intermediário entre a administração e a legislatura, dotado de garantias e autonomia para o exercício de suas funções, vitais à organização do Estado constitucional.

Daí em diante, os Tribunais de contas se fizeram presentes em todas as Constituições brasileiras, hora com maior autonomia, hora com menor, porém mantidos como órgãos autônomos e dotados de competências próprias, neste último caso, expressamente previstas no art. 71 da Constituição de 1988.

O artigo 70 da Constituição Federal de 88 outorgou ao Congresso Nacional a competência para proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, bem como das entidades da administração direta e indireta, mediante controle externo, nos aspectos da legalidade, da legitimidade, da economicidade, da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas, assim como atribuiu as mesmas prerrogativas ao controle interno de cada Poder.

Para consecução de tal mister, cuidou o constituinte de estabelecer no Artigo 71 da Magna Carta que o controle externo a Cargo do Poder Legislativo se efetivará com o auxílio do Tribunal de Contas.

Importante ressaltar que, a função de controle externo é atribuída a um órgão estranho à estrutura administrativa de determinado ente ou órgão. Por força constitucional, tem por finalidade desenvolver mecanismos capazes de assegurar a plena eficácia das ações governamentais. Tal atribuição é desenvolvida tendo como foco o único e exclusivo interesse da sociedade tendo como base os princípios determinados pelo ordenamento jurídico pátrio, em especial os estatuídos no caput do artigo 37 da Constituição Federal.³⁶

No que diz respeito à abrangência do controle externo e a competência para o seu exercício o artigo 70 da Carta Constituição de 1988 assim estabeleceu, verbis:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

36 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Nesse sentido, por expressa disposição constitucional, o titular do controle externo no Brasil é o Poder Legislativo que, no caso da União é o Congresso Nacional, nos Estados as Assembleias Legislativas, no Distrito Federal a Câmara Distrital e nos Municípios as Câmaras Municipais. Em todos os casos para o desempenho desta função os parlamentos carecem do auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Nesta linha de entendimento, Evando Martins Guerra³⁷ em feliz abordagem nos ensina que,

Com efeito, ganhou realce a modalidades de controle intitulada controle externo, a cargo do Poder Legislativo, digno representante do povo na esfera do Poder. Todavia, o parlamento não detinha elementos humanos, nem tampouco meios técnicos apropriados ao exercício eficaz da importante missão, visto ser mais afeito aos aspectos políticos, levando à necessidade de criação de um órgão técnico especializado que pudesse assumir parte das competências inerentes ao controle.

O Controle Externo como já dito, é da competência do Poder Legislativo, porém, é de fundamental importância assinalar que tal mister é, por expressa previsão constitucional, dividido com o Tribunal de Contas.

Tal divisão se materializa em controle político, cujo foco está voltado aos objetivos do Estado quanto às políticas públicas, planejadas por meio de programas consignados nas leis orçamentárias e controle técnico, fiscalização financeira, patrimonial, orçamentária, contábil e operacional, sob o aspecto da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, nos termos em que dispõe o texto constitucional.

A Constituição de 1988 dividiu a atuação do Tribunal de Contas em quatro linhas primordiais distintas, quais sejam: emitir parecer prévio sobre as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo (art. 71, I)³⁸, para que estas sejam julgadas pelo Poder Legislativo (Art. 49, IX, da CF/88)³⁹;

37 GUERRA, Evandro Martins. **Controle Externo da Administração Pública**. 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 159.

38 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

39 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro público (Art. 71, II)⁴⁰ e; apreciar para fins de registro a legalidade dos atos de admissão de pessoal (art. 71, III) além de realizar por iniciativa própria ou mediante provocação do Poder Legislativo inspeções e auditorias de diversas naturezas (art. 71, IV)⁴¹ dentre outras competências.

Ao discorrer sobre as competências do Tribunal de Contas Benjamin Zymler⁴² em feliz lição, chegou à seguinte conclusão:

As competências constitucionais do TCU dividem-se em parajudiciais e fiscalizadora. A função parajudicial é desempenhada quando o Tribunal julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, nos processos de tomada e prestação de contas anual ou tomada de contas especial, bem assim quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares, para fins de registro.

O inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, estatui, como já mencionado, que compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, perfazendo a função técnica e a política, analisando a legitimidade das contas.

Importante salientar que quando o Tribunal exerce função julgadora, nos termos do mencionado dispositivo, esta se esgota na esfera administrativa, não havendo, portanto, cooperação com o Poder Legislativo, pois neste caso este não participa. “As decisões tomadas pelos Tribunais de Contas são consideradas definitivas, obrigatórias e insusce-

40 Art. 71. ... II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

41 Art. 71. ... IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

42 ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 169.

tíveis de questionamento no âmbito administrativo, sendo classificadas como coisa julgada administrativa.”⁴³.

Igualmente não há a participação do Legislativo na apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório, está prevista no inciso III e limita a atuação, permitindo somente o exame da legalidade.

No exercício deste mister deve a Corte de Contas exigir prestação de contas de todos os recursos, orçamentário, extra orçamentários, dentre outros. Em regra, a prestação de contas compõe-se do relatório de gestão que conterà a execução dos programas de trabalho, cumprimento das metas fixadas com os indicadores de gestão que possibilitem a aferição da eficiência, eficácia e economicidade nos atos administrativos.

Em suma, é certo afirmar que, o Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas se constitui em importante componente para o eficaz funcionamento das atividades do Estado. Este controle se afeiçoa em muito com a atividade regulatória do Estado na medida em que visa assegurar a boa e regular aplicação dos recursos públicos e garantir que os serviços e as políticas públicas estejam alinhados com os interesses da coletividade, bem como com os princípios da legalidade, eficiência, eficácia e economicidade.

3. Principais Aspectos e Finalidades das Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras é produto do processo de reforma do Estado que passou a ocorrer no Brasil a partir da década de 1990 quando se intensificou um forte movimento de desestatização acompanhado da liberação da economia. Ao transferir uma série de setores da atividade econômica para a iniciativa privada, coube ao Estado criar mecanismos capazes de regular a atuação do setor privado, como forma de assegurar a efetividade dos serviços e atender ao interesse público.

43 GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2 ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.204.

Sobre este aspecto, importante trazer à baila o escólio de Fernando de Oliveira Domingues Ladeira⁴⁴ para quem,

A regulação da economia, nesse contexto, se dá de diversas maneiras, de acordo com as diferentes estruturas estatais, mas mostra-se inegável que, em qualquer espécie de Estado, existe certo grau de regulação estatal. Nesse conceito, não se inclui a prestação direta da atividade pelo estado, mas incluem-se tanto as atividades de edição de regras como a repressão de infrações.

O processo de privatização brasileiro seguiu uma tendência global que se iniciou nos anos de 1980 na medida em que outros países do mundo iniciaram processos de privatização, desregulamentação e abertura comercial, impulsionados por ideias neoliberais e por pressões de organismos multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial.⁴⁵

A transferência dessas atividades para o setor privado tornou-se um forte desafio para o Estado, na medida em que a operacionalização da regulação e controle foram acometidas à administração direta que, não detinha a necessária expertise para lidar com este novo cenário.

Para fazer frente à esta nova demanda, sobrevieram as agências reguladoras, autarquias em regime especial independentes, especializadas e dotadas de autonomia técnica, decisória, administrativa e financeira.

Nos termos do artigo 5º, I, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, as agências reguladoras são definidas como: “O serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeira, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

No processo de criação, instalação e estruturação, das diversas agências não havia um determinado padrão, porquanto, não havia uma legislação específica para tal⁴⁶. Quanto a este aspecto em particular,

44 LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação e assistência privada à saúde**: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40.

45 NETO, Otacílio Prates. **A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à Luz da Lei Federal 13.848/2019**: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, como foco no Estado da Bahia. Monografia. Coletânea de Pós-Graduação: Instituto Serzedello Corrêa. Tribunal de Contas da União – Brasília-DF.

46 Em 25 de junho de 2019 foi editada a Lei nº 13.848 que dispõe sobre a gestão, a organização o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Sundfeld⁴⁷, nos ensina que, embora não existindo competências idênticas entre essas autarquias especiais de cada ente federado, prevalecem semelhanças gerais, que devem ser consideradas e assevera que:

São entidades com tarefas tipicamente de Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infraestrutura econômica.

Verifica-se que, uma vez dotadas de autonomia e independência as agências reguladoras detêm um vasto campo de atuação o que a possibilita prestar seus serviços com maior eficiência na regulação e fiscalização das atividades do setor privado, de forma a assegurar que estas cumpram as normas e os padrões de qualidade estabelecidos pelo Estado⁴⁸.

Não restam dúvidas que a autonomia das agências reguladoras, proporcionam um ambiente de maior segurança jurídica o que contribui para a estabilidade e a previsibilidade do ambiente regulatório, bem como para atrair investimentos e fomentar o desenvolvimento econômico do país.

Importante ressaltar que a atividade regulatória não pode ser vista ou entendida de forma meramente simplista, isso porque o ambiente de negócio e o campo de atuação de determinada agência envolve uma série de fatores, como a edição de normas, padrões e regulamentos além da adoção de procedimentos de fiscalização, autuação e aplicação de eventuais sanções. Todavia, as agências reguladoras devem estar sempre atentas às mudanças sociais e às inovações tecnológicas, se adaptar e acompanhar a evolução do setor sob sua regulação.

47 SUNDFELD, Carlos Ari. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

48 Para Flávio Garcia Cabral e Leandro Sarai "A regulação deve buscar melhorar o que está sendo regulado, de modo que ela só se justifica quando sua implementação tiver o condão de propiciar um melhor atingimento dos fins constitucionais do que ocorreria se simplesmente deixasse a sociedade sem intervenção regulatória." (CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. Leme-SP: Mizuno, 2022, p. 645).

3.1 O modelo de estruturação das Agências Reguladoras no Brasil

Segundo Guerra⁴⁹ o surgimento das agências reguladoras no Brasil foi fortemente influenciado pelo modelo internacional, com destaque para as experiências dos Estados Unidos e da União Europeia, que consideram a regulação fundamental para garantir qualidade, eficiência, desenvolvimento econômico e social. O modelo americano inspirou a criação, por exemplo, da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em 1997, enquanto o formato europeu influenciou a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) em 1999.

Embora sejam também autarquias, as agências reguladoras possuem peculiaridades que as diferenciam das denominadas “autarquias comuns”, enquanto aquelas detêm autonomia plena para o seu bom funcionamento, estas estão sob o jugo do Poder Executivo, especialmente quanto aos critérios de escolha e dispensa de seus dirigentes, daí a razão de serem especiais.

É fato que as agências reguladoras desempenham importante papel sobre diversos setores da economia e na prestação de serviços públicos por particulares. Pode se afirmar que a autonomia e a independência são elementos chaves para que sua atuação ocorra de forma isenta, livre de eventuais interferências políticas, especialmente quanto às decisões, tomadas com base em critérios eminentemente técnicos, sempre com observâncias às peculiaridades do setor regulado.

Um aspecto que merece destaque, é a autonomia financeira deste seguimento, o que lhes permite, com os próprios recursos desempenhar suas atividades sem dependência exclusiva do governo. Essa característica reforça a capacidade de atuação das agências e contribui para a sua independência. Nesse sentido Guerra⁵⁰ nos leciona que,

Autonomia financeira de uma entidade estatal é a capacidade de se autofinanciar, gerar recursos de forma autônoma para custear suas atividades, não dependendo, portanto, de recursos de terceiros. A autonomia financeira de cada Agência Reguladora está assegurada nas leis instituidoras, em que pese a captura orçamentária por meio do contingenciamento de recursos, seja

49 GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 204.

50 GUERRA, Evandro Martins. **Controle Externo da Administração Pública**. 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.218.

pelo retardamento ou a inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária que cada uma dessas autarquias experimenta.

Ainda para o referido autor, a receita das agências reguladoras é proveniente das taxas de fiscalização e regulação pagas pelo setor específico regulado o que revela, via de regra, a não dependência de recursos do orçamento do Tesouro.

A autonomia administrativa e organizacional das agências reguladoras é outro aspecto fundamental o que assegura total domínio sobre o seu pessoal, sua estrutura orgânica e seus processos decisórios, isso possibilita que as decisões sejam tomadas de modo eficiente e com agilidade, o que gera favorável ambiente de segurança jurídica para o setor regulado.

3.2 Especialização das Agências Reguladoras

Cada agência reguladora é criada para atuar em setores específicos da economia, seja nos aspectos normativos, de controle ou regulação. Isso possibilita que as agências se especializem e aprofundem os necessários conhecimentos técnicos sobre o setor regulado. A especialização possibilita melhor compreender o contexto e os desafios do setor regulado, bem como permite que a formulação de políticas regulatórias seja mais eficientes e eficazes.

Outro fator preponderante da especialização é o empoderamento e o alto nível de conhecimento que se constrói sobre o tema regulado. A título de exemplo, a forte atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA⁵¹ sobre o setor de produção, comercialização e distribuição de medicamentos.

Nesse sentido, a especialização aliada à autonomia, são fatores preponderantes à assegurar a atuação autônoma e imparcial das agências que têm como função primordial preservar o interesse público e a melhoria da prestação dos serviços públicos. Fundamentalmente, dado o seu alto grau de conhecimento sobre o objeto, a especialidade se traduz em elemento inafastável para a melhoria do setor regulado.

51 Notadamente no período da pandemia provocada pelo coronavírus, a ANVISA ganhou visibilidade em toda sociedade brasileira, haja vista sua forte atuação no processo de autorização das vacinas e outros insumos para o enfrentamento da COVID-19.

3.3 A Lei 13.848/2019 a autonomia, o processo decisório e o controle das agências reguladoras

A atividade estatal por seus diversos setores tem como premissa o atingimento do interesse público de forma a satisfazer as necessidades da sociedade, seja de forma direta ou por intermédio de particulares na forma de autorização, permissão concessão ou parcerias. Fato é que, o controle é primordial para que no curso de sua atuação o Estado reavalie e corrija suas ações.

Inobstante a importância das agências reguladoras e sua liberdade de atuação, estas também estão sujeitas à supervisão e fiscalização para que suas ações ocorram com a máxima transparência e integridade. Estas autarquias, embora de regime especial, estão sujeitas a prestar contas, fundamentar suas decisões, dar publicidade de seus atos, se sujeitarem a avaliações periódicas de desempenho, corrigir e aprimorar sua atuação.

Conhecida como Lei Geral das Agências Reguladoras, a Lei 13.848/2019 positivou uma série de aspectos fundamentais que reafirmam a autonomia e a independência dessas autarquias em regime especial.⁵² Dentre esses aspectos está a previsão de mandatos fixos (estabilidade) para seus dirigentes e não coincidentes com o mandato do Chefe do Poder Executivo, processo de seleção formalizado a partir critérios claros e objetivos e, a garantia de atuação técnica e operacional e ainda independência na regulamentação e supervisão dos setores econômicos e sociais regulados.

Ao comentar a referida lei, Guerra⁵³ menciona que, além da autonomia normativa e funcional a administrativa possui características que reforçam a independência das agências reguladoras tais como concessão de diárias e passagens para deslocamentos nacionais e internacionais, autorização para afastamento de servidores da agência do país, celebrar contratos administrativos e celebrar convênios com entidades estatais, sejam elas agências reguladoras ou não.

52 Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.

53 GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.218.

Importante destacar que de acordo com a Lei 13.848/2019, ainda que sejam autarquias em regime especial e vinculadas a determinado Ministério, devem as agências reguladoras solicitar autorização ao Ministério da Economia para a realização de concursos públicos, provimento dos cargos, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores. Este aspecto demonstra claramente, não a subordinação, mas uma forma de controle sobre essas entidades.

No que diz respeito ao processo decisório das agências reguladoras, a Lei 13.848/2019 determina que as decisões devem observar a adequação entre os meios e os fins, com expressa vedação à imposição de obrigações, restrições e sanções desproporcionais, superiores ou necessárias ao alcance do interesse público, além do que devem indicar os pressupostos de fato e de direito que fundamentam suas decisões, incluído a edição ou não de atos normativos.

Nos termos do artigo 7º da lei 13.848/2019, “o processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado” e as sessões devem ser abertas ao público, com exceção para os assuntos sigilosos e de natureza administrativa interna. Em feliz colocação Guerra⁵⁴ assim comenta,

Nesse sentido, questões de cunho regulatório só podem ser examinadas e decididas em sessão regulatória, aberta ao público, à imprensa e com espaço para o exercício pleno do direito de ampla defesa dos interessados, inclusive com direito à interposição dos recursos cabíveis nos termos do art. 5º., LV da Constituição Federal.

Quanto ao controle a que se sujeitam as agências reguladoras, a Lei estabelece que o mesmo será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, em estrita observância ao disposto no Art. 71 da Constituição Federal conforme já abordado no presente estudo.

No exercício do dever de prestar contas, a agência reguladora deve elaborar relatório circunstanciado de suas ações e atividades em que deve destacar o cumprimento da política regulatória do setor definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, além do cumprimento do seu plano estratégico e de gestão anual com os respectivos objetivos e metas.

54 GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p.207.

O relatório deve ser encaminhado pela agência reguladora, por escrito, no prazo de 90 (noventa) dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional, ao ministro de Estado da pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, e disponibilizado aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

É de se observar que, conforme já abordado no presente trabalho, as agências reguladoras, embora detentoras de autonomia administrativa, decisória, funcional e financeira, devem prestar contas de suas atividades, bem como dar total transparência de seus atos, permitindo que o controle social, inclusive por intermédio de audiências públicas, possa acompanhar o desempenho e a efetividade de sua atuação.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que o controle externo é de fundamental importância a assegurar que as agências cumpram com seus deveres institucionais, suas atribuições legais e desempenhem suas atividades de forma adequada.

4. Agências Reguladoras e Tribunais de Contas e sua Atuação Institucional Convergente para o Atingimento do Interesse Público

É indiscutível que tanto as Corte de Contas, quando as agências reguladoras, ressalvadas as peculiaridades inerentes à cada uma, são, por força constitucional e legal, entidades autônomas e independentes. Ambas estão revestidas de poderes que, por sua natureza exigem uma atuação isenta de qualquer interferência política, de sorte que, possuem liberdade para se auto-organizarem, administrativa e financeiramente, inclusive com relação ao seu pessoal.

No que diz respeito aos Tribunais de contas, suas competências estão expressamente delineadas no Art. 71 da Constituição de 1988, nas constituições regionais nas respectivas leis orgânicas e nos seus regimentos internos. Sua principal finalidade é zelar pela escorreita aplicação dos recursos públicos para que estes alcancem o seu desiderato, ou seja, o interesse da coletividade.

Ante a eventuais ilegalidades, irregularidades ou desvio de finalidade na gestão dos bens e valores públicos devem aplicar aos responsáveis as sanções cabíveis, além de, se for o caso, determinar a reparação do dano causado ao erário. Significa dizer que, a atuação destes órgãos de controle tem por finalidade precípua a preservação do interesse público

Não diferente e, guardada as devidas particularidades, as agências reguladoras como bem evidenciado no presente ensaio, são autarquias especiais dotadas de autonomia plena. Suas funções estão voltadas à regulação (edição de regras, normas e regulamentos), fiscalização, autuação e intervenção no funcionamento do setor regulado para que o interesse público seja preservado, evitando que eventuais prejuízos sejam causados à coletividade.

Nesse sentido, é possível afirmar que, em última análise, tanto os Tribunais de Contas quanto as agências reguladoras são instituições essenciais ao bom funcionamento dos serviços públicos e à preservação dos interesses comuns da sociedade. Embora cada qual cumprindo seus deveres institucionais, são imprescindíveis para que o Estado, de forma direta ou indireta atenda os objetivos de interesse coletivo.

5. Conclusões

No presente estudo verificou-se que, a atuação dos Tribunais de Contas e das Agências Reguladoras é de fundamental importância para a promoção da transparência, efetividade e eficiência dos serviços públicos e no atingimento e proteção dos interesses coletivos. Importa ressaltar que o Estado Brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988 passa por importante processo de modernização, inclusive se afastando da atuação direta na atividade econômica o que exige a edição de normas e a estruturação de seus órgãos para que cumpram suas finalidades.

Como abordado no presente trabalho, os Tribunais de Contas já experimentam desde o nascimento da República Federativa do Brasil uma efetiva atuação na fiscalização dos recursos públicos por meio de mecanismos de controle que lhes foram outorgados em todas as constituições republicanas.

As agências reguladoras, cuja criação é de um passado recente, também estão imbuídas de inúmeras funções que, levadas a efeito, são capazes de promover a necessária qualidade na prestação dos serviços públicos e na regulação das atividades econômicas.

Fato é que, o controle externo exercido pelas cortes de contas por meio de auditorias de conformidade ou operacionais, solicitação de informações e documentos, inspeções e fiscalizações em suas atividades

finalísticas, se constitui em elemento fundamental para que a administração pública cumpra com os seus objetivos.

Conforme se verifica do presente estudo, a Lei nº 13.848/2019 introduziu importantes dispositivos que autorizam a interação entre as Cortes de Contas e as agências reguladoras, o que possibilita ao controle externo avaliar o desempenho destas entidades, identificar possíveis falhas ou impropriedades e ainda propor melhorias a fim aprimorar sua atuação.

Para que as agências reguladoras cumpram o seu dever institucional, é necessário que os seus dirigentes e profissionais estejam cientes da importância da regulação, visando resultados mais eficientes e efetivos para a sociedade.

Por sua vez, a atividade regulatória do Estado deve compreender que o dever de prestar contas é inerente a toda e qualquer entidade estatal e que a análise crítica realizada pelo Tribunal de Contas possibilita identificar eventuais lacunas na regulamentação, propor ajustes e promover aprimoramentos nos processos de regulação.

Desta forma, a atuação conjunta entre o Tribunal de Contas e as agências reguladoras pode contribuir em muito para o aperfeiçoamento do arcabouço regulatório, promovendo um ambiente de segurança jurídica e previsibilidade, tendo por fim, a qualidade na prestação dos serviços públicos. Ressalte-se que, o trabalho colaborativo e institucional entre estes órgãos, tende a fortalecer a confiança da sociedade na capacidade do Estado de agir de forma transparente, responsável e eficiente na promoção do bem comum.

6. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019 que dispõe sobre a gestão, a organização o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e altera várias legislações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: abr. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. Leme-SP: Mizuno, 2022.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. **Controle Externo da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação e assistência privada à saúde**: liberdade de iniciativa e responsabilidade social na saúde suplementar. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Antonio Carlos. **O Projeto Neoliberal e o Mito do Estado Mínimo**. Disponível em: https://www4.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_moraes.pdf. Acesso em abril de 2024.

NETO, Otacílio Prates. **A Atuação dos Tribunais de Contas e o Controle das Agências Reguladoras à Luz da Lei Federal 13.848/2019**: abordagem das modalidades de interação nas atividades Regulatórias, como foco no Estado da Bahia. Monografia. Coletânea de Pós-Graduação: Instituto Serzedello Corrêa. Tribunal de Contas da União – Brasília-DF.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. **Tribunal de Contas da União na história do Brasil**. Evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). in: Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 – Monografias Vencedoras – 1º lugar. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Regulação jurídica da infraestrutura no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS PARA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA EM RESÍDUOS SÓLIDOS – A EXPERIÊNCIA DE MS NO PROGRAMA DISPOSIÇÃO LEGAL

Luciano Furtado Loubet⁵⁵

Carlos Alberto Valera⁵⁶

Hendrick Pinheiro⁵⁷

1. Introdução

O presente artigo visa analisar os instrumentos para sustentabilidade econômico-financeira na temática dos resíduos sólidos, em especial, das taxas e tarifas, e, a partir daí, apresentar no Mato Grosso do Sul as estratégias adotadas no âmbito do “Programa Resíduos Sólidos: Disposição Legal”.

Este programa, oriundo da união de esforços entre Ministério Público Estadual, Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos

-
- 55 Promotor de Justiça do Núcleo Ambiental do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Doutorado em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pela Universidade de Alicante – Espanha. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade para o Desenvolvimento do Pantanal. Especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Email: lucianoloubet@mpms.mp.br
- 56 Pós-Doutorando no Departamento de Ciência do Solo da Escola Superior de Agronomia “Luiz de Queiróz”, da Universidade de São Paulo (ESALQ/USP). Doutor em Agronomia – Ciência do Solo – pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/FCAV), campus Jaboticabal/SP. Colíder do Grupo Política de Uso do Solo (POLUS) da UNESP/FCAV. Membro Colaborador da Comissão de Meio Ambiente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diretor de Publicações Técnico-jurídicas da Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas (MPMG). Coordenador Regional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente das Bacias Hidrográficas dos Rios Paranaíba e Baixo Rio Grande e Coordenador do Núcleo Integrador para Tutela da Água e do Solo. Email: carlosvalera@mpmg.mp.br.
- 57 Professor de legislação tributária e direito financeiro da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP) (São Paulo - SP, Brasil). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável (UFMS) e Poder Judiciário: Orçamento, Gestão e Políticas Públicas (USP). Email: hen_druck@ufrj.br.

de Mato Grosso do Sul - AGEMS, Tribunal de Contas e Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL tem por objetivo maior a implementação efetiva da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos no Estado, sendo que, dentre uma das suas estratégias, está a implementação de instrumentos de cobrança pelos serviços prestados.

Por fim, é feito um resumo, com base em diagnóstico executado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), em convênio com o Ministério Público de Mato Grosso do Sul, de como está a temática em todos os 79 (setenta e nove) Municípios, a fim demonstrar a importância da disposição final adequada e a obrigatoriedade da cobrança pela prestação dos serviços, sob pena de configurar renúncia de receitas nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2. Regulamentação Sobre Resíduos Sólidos no Brasil

A regulamentação brasileira da matéria de resíduos sólidos, tem como instrumento principal a Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecida pela Lei Federal n. 12.305/2010, que estabelece a obrigação de gestão adequada destes resíduos, desde a concessão até a disposição final ambientalmente adequada.

Tem-se por princípios a visão sistêmica, reconhecida pelas variáveis ambientais, sociais, culturais, econômicas, tecnológicas e de saúde pública, a ecoeficiência, a responsabilidade compartilhada pela vida dos produtos, o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania (art. 6º).

Além disto, estabelece a obrigação da não-geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento, antes da disposição final ambientalmente adequada, que somente é admissível para os rejeitos, ou seja, para aqueles resíduos sólidos que não são passíveis de serem reutilizados, tratados ou objeto de recuperação (art. 7º).

Impõe-se reconhecer que, todas estas obrigações, em especial ligadas aos resíduos sólidos urbanos, geram custos de coleta, transporte, triagem e disposição final ambientalmente adequada, razão pela qual, impõe-se a análise da sua sustentabilidade econômico-financeira.

3. Obrigatoriedade da Sustentabilidade Econômico-Financeira para Gestão dos Resíduos Sólidos

3.1 Novo marco saneamento

Para atuação dos entes federativos, agências reguladoras e prestadores de serviço no setor foram introduzidas diretrizes pela Lei nº 14.026/2020 (novo marco regulatório), na qual em relação aos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, destaca-se a prorrogação do prazo para disposição final adequada e a obrigatoriedade da cobrança pela prestação dos serviços, sob pena de configurar renúncia de receitas nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, o marco regulatório prorrogou o prazo estabelecido pelo artigo 54 da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) para disposição final adequada, nos seguintes termos: (I) capitais e regiões metropolitanas, (II) municípios com mais de 100 mil habitantes, (III) municípios entre 50 mil e 100 mil habitantes, e (IV) municípios com menos de 50 mil habitantes. Até 2 de agosto de 2024, todos os municípios brasileiros deverão ter adotado solução ambientalmente adequada para a disposição final dos rejeitos. Além disso, segundo o mesmo dispositivo, todos os municípios devem elaborar Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS) ou Plano Intermunicipal de Resíduos Sólidos e dispor de mecanismo de cobrança para garantir a sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços até 31 de dezembro de 2020 (PINHEIRO, 2023, p.16).

Desta forma, todos os municípios do país já deveriam ter implementado e informado a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA sobre seus sistemas de cobrança para a gestão de resíduos sólidos urbanos.

Ademais, sobre o tema prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos a Lei nº 14.026/2020 alterou também o artigo 29 para prever que a remuneração do serviço de manejo de resíduos sólidos urbanos pode ser realizada da na forma de taxas, tarifas e outros preços públicos, de modo que “o novo marco regulatório admite expressamente a possibilidade de remuneração do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos por meio de tarifas” (PINHEIRO,2023).

Além disso, conforme disposto no § 4º do artigo 29 “no caso da prestação indireta mediante concessão dos serviços, as tarifas serão arrecadadas pela concessionária diretamente do usuário, sendo essa arrecadação facultativa no caso da cobrança de taxa.”

No que tange à cobrança pelo serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, de acordo com artigo 35, da Lei nº 14.026/2020 “as taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida”, bem como deve considerar as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas, o consumo de água e a frequência de coleta.

É importante destacar, que Lei nº 14.026/2020, no § 2º do artigo 35 instituiu o prazo de 12 (doze) meses, contados da sua vigência para que os titulares proponham instrumento de cobrança, na qual a não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço poderia configurar renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, observadas as penalidades constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

3.2 Resolução n. 79/2021 da ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

A Lei nº 14.026/2020 atualizou o marco legal do saneamento básico para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, conforme disposto no artigo 25-A. Esta “atribuição está acompanhada de mecanismos de fomento que garante sua adesão, conferiu a este órgão um importante papel de coordenação federativa, sem, com isso, ofender ou limitar os campos de independência e autonomia dos entes federados” (RIBAS; SAVIOLI; PINHEIRO, 2022, p. 129). Diante desta competência regulamentar a Resolução ANA nº 79, de 14 de junho de 2021 aprovou a Norma de Referência nº 1 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, estabelecendo o regime, a estrutura e parâmetros da cobrança pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos, bem como sobre procedimentos e prazos de fixação, reajuste e revisões tarifárias.

Tal instrumento, definiu como instrumentos de cobrança “Taxa” ou “Tarifa” para remunerar a prestação do Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos- SMRSU, no entanto, a norma dispõe, no item 5.1.2, que para o alcance da sustentabilidade econômico-financeira do serviço deverá ser adotado, preferencialmente, o regime de cobrança por meio de Tarifa.

Assim, em que pese ainda ser possível a cobrança de taxa pela prestação do serviço de manejo de resíduos, a previsão das tarifas pela legislação federal e a preferência pela Norma de Referência nº 1 da ANA, da instituição de tarifa para se atingir a sustentabilidade econômico-financeira do serviço, quando a cobrança seja possível por este meio (PINHEIRO, 2023, p. 21-22).

3.3 Resolução n. 187/2024 da ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

A mais recente resolução da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico n.187 de 19 de março de 2024 aprova a norma de referência 7/2024 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, que dispõe sobre as condições gerais para a prestação direta ou mediante concessão dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Em seu bojo demonstra que o instrumento e cobrança, seja taxa ou tarifa para remunerar o Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos (SMRSU), vejamos:

Art. 4 Para os fins desta NR, considera-se: [...] XIII - instrumento de cobrança: taxa ou tarifa para remunerar a prestação do SMRSU, estruturada de forma a arrecadar o valor da receita requerida; [...] XVIII - receita requerida: receita necessária para remunerar os custos incorridos na prestação do SMRSU e o capital investido de forma prudente pelo prestador de serviço. Deve também incluir as despesas com os tributos cabíveis, remuneração da ERI e contratação de associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis, quando for o caso;

E conforme a Lei n.11.445/2007, o titular, Município ou Entidade Reguladora, é responsável por estabelecer normas relacionadas às dimensões técnica, econômica e social dos serviços públicos de saneamento básico, seguindo as diretrizes estabelecidas pela ANA.

Com relação aos deveres dos usuários e titulares dos serviços públicos assim prevê os artigos 97 e 98, que seguem:

Art. 97. São deveres dos usuários: [...] VIII - estar adimplente com o pagamento pela prestação do SMRSU, quando houver cobrança instituída;

[...]

Art. 98. São deveres do titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos: [...] III - instituir instrumento de cobrança pela prestação do SMRSU; [...] XIII - intervir e retomar a operação dos serviços concedidos nas hipóteses e nas condições previstas na legislação e nos contratos;

Neste sentido, os parâmetros de cobrança são importantes para dividir a Receita requerida entre os usuários do serviço de forma justa, e esses parâmetros consideram a quantidade de serviços utilizados a renda da região atendida e a destinação adequada dos resíduos coletados, de acordo com a Lei 14.026/2020.

Na regulamentação da política de cobrança no caso de tarifa, os atos da entidade reguladora e os contratos de delegação da prestação dos serviços devem estabelecer e regular a tarifa a ser cobrada, devendo seguir as normas da ANA sobre o assunto, quando editada.

Entretanto, conforme Cartilha de Implantação de Taxa Municipal de RSU do Mato Grosso do Sul prevê que mesmo considerando aspectos políticos, é possível que a tarifa seja regulamentada por meio de uma Lei Municipal, e caso o Município escolha delegar os serviços por meio de concessão, é recomendado que o edital de licitação estabeleça que a empresa prestadora seja uma sociedade de propósito específico (SPE) com contabilidade própria e separada das empresas sócias, assim tornando mais fácil o controle e a apuração dos custos relacionados ao serviço prestado.

4. Instrumentos para Custeio do Sistema de Resíduos Sólidos

4.1 Taxa de Resíduos Sólidos

Dentro da visão de sustentabilidade econômico-financeira na temática ambiental, impõe-se verificar que a utilização de instrumentos

tributários tem finalidade tanto de atingimento da sustentabilidade fiscal, quanto para a buscar a sustentabilidade ambiental (RIBAS; PINHEIRO, 2019, p. 243).

Ao analisar a taxa de resíduos sólidos como instrumento para custeio do sistema de resíduos sólidos e/ou promoção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, “tem-se na taxa de manejo de resíduos sólidos um importante instrumento tributário destinado a financiar um serviço ambiental da maior importância: a coleta e manejo de resíduos sólidos” (RIBAS; PINHEIRO, 2019, p. 253)

Na área do Direito Tributário, o princípio do poluidor-pagador legitima a instituição de tributos tanto para atribuir os custos públicos associados a atividades potencialmente poluentes às atividades econômicas responsáveis por sua geração, com especial destaque para aqueles vinculados à atuação estatal como as taxas e contribuições, quanto para incentivar ou desestimular atividades com base em seu potencial poluente, hipótese em que objetivos extrafiscais legitimam a utilização de normas tributárias com finalidade indutora. (RIBAS; PINHEIRO, 2019, p. 244).

Tratando-se da constitucionalidade da taxa de manejo de resíduos sólidos, tal discussão é ancorada na interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da competência dos entes federativos para instituir taxas em consonância com os princípios constitucionais. A Súmula 19 do STF emerge como um marco decisivo, ao esclarecer que a cobrança da taxa de manejo de resíduos sólidos, por estar atrelada a serviços públicos específicos e divisíveis de coleta, remoção e tratamento de lixo, alinha-se perfeitamente ao artigo 145, II, da Constituição Federal, legitimando este instrumento para o financiamento da gestão de resíduos sólidos.

Por outro lado, a controvérsia sobre a implementação da taxa, especialmente no que tange à sua base de cálculo, também foi superada, com o reconhecimento da possibilidade de incorporar elementos típicos da base de cálculo de impostos, como a área do imóvel, na determinação do valor da taxa, matéria esta elucidada com a edição da Súmula Vinculante nº 29 pelo STF, que permite a adoção de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Assim, a superação dos desafios jurídicos, consolidada pelas decisões do STF, não apenas reforça a legalidade e constitucionalidade da cobrança, mas também destaca a taxa como um mecanismo eficaz e

alinhado com os princípios constitucionais, conjugando-se a sustentabilidade fiscal e a ambiental (RIBAS; PINHEIRO, 2019, p. 245-248).

Destaca-se que, tratando-se de uma das espécies de tributo, a taxa deve respeitar os princípios inerentes ao Direito Tributário, como o Princípio da Anterioridade (art. 150, III, alínea b) e da Noventena (art. 150, III), todos previstos na Constituição Federal.

Portanto, ao instituir ou aumentar taxas de resíduos sólidos será observado a esses princípios para garantir sua legalidade, e respeitar os direitos dos contribuintes conforme previsto na Carta Magna.

Entretanto, com relação a tarifa, regime administrativo, não precisa atender aos princípios tributários, podendo ser aplicada na data prevista no ato administrativo desde que respeitado o interstício de 30 (trinta) dias previsto no art.39, caput, da Lei n.11.445/2007.

A possibilidade para alcançar a sustentabilidade econômico-financeira do Sistema de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos (SMRSU), é crucial entender quais serviços podem ser cobrados por meio de taxa municipal ou tarifa de resíduos sólidos urbanos domiciliares, pois a sujeição a variáveis políticas procrastinatórias na implementação de referida cobrança, além de eventualmente trazer prejuízos ambientais, tem o condão de onerar o custeio público, suprimindo potenciais investimentos em outras áreas e gerando ofensa inclusive aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento sustentável.

4.2 Tarifas de Resíduos Sólidos

Ainda dentro da temática da sustentabilidade econômico-financeira relativa ao serviço de resíduos sólidos, outro instrumento que se apresenta de grande relevância é a sua remuneração por tarifa, o que, demonstra-se também possível desde que seguidas as balizas legais.

Nesta temática há que se verificar, na dicotomia na cobrança de serviços públicos específicos e divisíveis – o que, conforme já apontado, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal para o caso de resíduos sólidos – as hipóteses de possibilidade de cobrança de taxa, e as de tarifa.

Nesta linha de entendimento, verifica-se que a Súmula 545 do STF, editada em 1969, estabeleceu que os serviços públicos ‘compulsórios’ somente poderiam ser remunerados por taxa: “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 a lei que as instituiu.”

Contudo, os precedentes que deram origem a esta súmula (RE 54194/PE, RE 54491/PE e RE 54996/PE), eram do Estado de Pernambuco e diziam respeito ao fornecimento de água e esgoto, sendo que a ‘compulsoriedade’ que deu origem à súmula somente foi adotado pelo julgamento originário do primeiro caso, sendo que, a aprovação da súmula deu-se no contexto do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, sendo que o Supremo Tribunal Federal que aprovou-a não foi o mesmo que julgou os precedentes (PINHEIRO; CUKIERT, 2023, p. 22).

Talvez por isto, uma parcela expressiva da jurisprudência da corte passou a decidir monocraticamente pela natureza tarifária da cobrança⁴. Nesta linha, pode-se apresentar o seguinte precedente⁵⁸:

A jurisprudência desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de que, não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração. Veja-se, sobre o tema, o RE 54.491, rel. Min. Hermes Lima, Segunda Turma, DJ de 15.10.1963. Esse entendimento continua sendo seguido neste Tribunal, conforme revelam os seguintes precedentes: RE 456.048- ED, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 30.09.2005; AI409.693, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 20.5.2004; RE 330.353, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 10.5.2005, entre muitos outros.

Assim, vê-se superada a Súmula 545 do STF, de forma que a situação ficou reconhecida no tema de Repercussão Geral n. 903 julgado no Recurso Extraordinário 847429/SC, que concedeu ordem em mandado de segurança para suspender a cobrança de tarifa pela prestação do serviço de coleta e destinação final dos resíduos sólidos urbanos no município de Joinville, Santa Catarina. O TJ-SC havia julgado ilegal a cobrança de tarifa, uma vez que, pela compulsoriedade do serviço de coleta e destinação final de resíduos, deveria ser cobrada taxa dos usuários, consoante a Súmula 545 do STF. Como o município de Joinville justificou a adoção de tarifa pela natureza jurídica da concessão de serviço público, que exigia a cobrança de preço flexível e não sujeito às regras de Direito Tributário, o tema da Repercussão Geral foi ampliado para discutir

58 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário n. 464952/MS, Decisão Monocrática, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23 mar. 2006, DJ 04 abr. 2006.

a própria constitucionalidade da delegação do serviço de manejo de resíduos sólidos mediante concessão nesse contexto.

Com isto, reconheceu-se que, além de ser possível a delegação na matéria de resíduos sólidos, é possível, nestes casos de delegação, a retribuição da mesma por meio da tarifa, a qual, não possui natureza tributária, regendo-se pelo regime da Lei Federal n. 8.987/95, tendo entre seus princípios o da modicidade.

Apesar de os conceitos de tarifa e taxa parecerem próximos, as implicações da adoção de uma e de outra modalidade são muito diferentes, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência vêm, há tempos, se debruçando para instituir um critério delimitador do uso de cada uma. Desse debate emergiu a discussão sobre a compulsoriedade da utilização do serviço como elemento que obrigaria a adoção da taxa no caso concreto. A adoção deste critério, acolhido pela Súmula 545, significaria que serviços públicos compulsórios específicos e divisíveis não poderiam ser remunerados por tarifas, devendo-se adotar o regime de taxa e seguir as limitações constitucionais ao poder de tributar (PINHEIRO; CUKIERT, 2023, p. 12).

A redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020 reforçou a possibilidade da cobrança de tarifas como contraprestação pela prestação de manejo de resíduos sólidos em regime de concessão. Como não se trata de uma cobrança de natureza tributária, as alterações na política tarifária não precisam respeitar limitações constitucionais ao poder de tributar, como os princípios da legalidade ou anterioridade tributárias.

As tarifas podem ser objeto de pactuação contratual, podendo ser reajustadas por ato administrativo, na forma prevista pelo contrato de concessão, desde que respeitado o prazo (30 dias) previsto no art. 39, caput, da Lei 11.445/2007, podendo cobradas diretamente pelo prestador municipal ou por concessionária. Nesse sentido, cabe destacar que:

[...] a possibilidade de estruturação de concessão de serviço público, em que a concessionária é remunerada mediante a cobrança de tarifa, cujo valor é regulado pela agência reguladora seguindo critérios técnicos e parâmetros definidos em lei, diretamente dos usuários do serviço, confere maior segurança jurídica para todas as partes envolvidas – à concessionária, pela certeza da remuneração, e ao poder público, por não ter de dispendar recursos orçamentários no pagamento de contraprestação pública (PINHEIRO; CUKIERT, 2023, p. 22).

Nestes termos, tem-se consolidada a possibilidade de, nos casos de delegação, ser implementada a tarifa para buscar a sustentabilidade econômico-financeira na matéria de resíduos sólidos.

5. Da Eventual Responsabilidade Civil Ambiental na Não Implementação dos Instrumentos de Sustentabilidade Econômico-Financeira

O “novo marco regulatório do saneamento básico” (Lei n. 14.026/2020) estabeleceu como diretriz que o manejo de resíduos sólidos urbanos seja financiado por meio de cobrança direta dos usuários pelos serviços, visando garantir a sua sustentabilidade econômico-financeira.

Notadamente, o artigo 35, §2º, da Lei Federal 14.026/2024 preceitua que a ausência de política tarifária ou taxa incide, neste caso, em responsabilidade fiscal, conforme o artigo que segue:

Art. 35. As taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada, e poderão, ainda, considerar:

[...] § 2º A não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço nos termos deste artigo, no prazo de 12 (doze) meses de vigência desta Lei, **configura renúncia de receita** e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, observadas as penalidades constantes da referida legislação no caso de eventual descumprimento. (grifo nosso)

Por outro lado, o artigo 73 da mesma lei, determina que as infrações ali previstas serão punidas pelo regime da Lei Federal n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual, prevê, como ato de improbidade conceder benefício fiscal sem observância das formalidades legais (art. 10, VII), o que se pode dar, por ação ou omissão. Veja-se, assim, que, em tese, a omissão em implementar estas taxas, caso seja dolosa e comprovada, poderá ensejar as penalidades ali previstas.

Por outro lado, tendo em vista a responsabilidade civil ambiental na execução dos instrumentos de sustentabilidade econômica e financeira deve-se observar a importância na implementação pelos entes Municipais de taxa, tarifa e outros preços públicos para cobrança pelos serviços de

limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, ante o disposto no artigo 3.º-C, incisos I, II e III e alíneas “a” a “f”, e artigo 29, inciso II, da Lei Federal n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, com as atualizações da Lei Federal n.º 14.026, de 15 de julho de 2020.

Fundamentalmente a Carta Magna de 1988 dispõe caber aos Municípios o dever de prestar os serviços públicos de interesse local e legislar sobre os mesmos.

Insta elencar que a sujeição a variáveis políticas procrastinatórias na implementação de referida cobrança, além de eventualmente trazer prejuízos ambientais, tem o condão de onerar o custeio público, suprimindo potenciais investimentos em outras áreas e gerando ofensa a direitos fundamentais.

Neste sentido, cabe aos Municípios que implementem a Política Nacional de Resíduos Sólidos e de Saneamento Básico, e que os serviços de limpeza pública, de coleta e disposição final dos esgotos domésticos devem ser cobrados, com a implementação da necessária política tarifária, de responsabilidade tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo Municipais, no sentido de propor e fazer tramitar os respectivos Projetos de Lei e aprová-los de forma adequada, ou seja, em valores compatíveis aos serviços a que se destinam, ressaltando que eventual demora pode trazer prejuízos ambientais, econômicos e sociais (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS).

Desta forma, os representantes do Poder Executivo Municipal, por aquilo que se expressa normativamente, podem vir a responder por seus atos ante a omissão no envio de Projeto de Lei, ou pelo envio deste com previsão aquém do necessário, para custeio com a implementação mediante taxa, tarifa e outros preços públicos da cobrança pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólido.

Logo, os representantes do Poder Legislativo Municipal, ao receberem o Projeto de Lei, cabe lhes apreciar, no sentido de implementar a política tarifária e sua consequente cobrança, sob pena de responder por seus atos, na condição de pessoa física, ante a omissão, ou aprovação legislativa insuficiente, visto a presença de um instrumento normativo que deve ser utilizado como instrumento de sustentabilidade econômico-financeira, haja vista a previsão da responsabilidade ambiental firmada na Teoria do Risco Integral, do mesmo modo que prevê o artigo 225,§3º, da Constituição Federal (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS).

E, com base no artigo 37 da Constituição Federal que prevê os princípios da Administração Pública, ou seja, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”, caso assim, os representantes do Poder Legislativo Municipal, ao receberem o Projeto de Lei, não ficarem adstritos à implementação tal qual se encontra, poderão responder por seus atos, na condição de pessoa física, ante a omissão, ou aprovação legislativa insuficiente, constituindo ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades (artigo 10 da Lei 14.230/2021).

6. Projeto Resíduos Sólidos: disposição legal

6.1 Atuação do Projeto Resíduos Sólidos: Disposição Legal – A Atuação Articulada do Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas e o Instituto do Meio Ambiente na busca pela Extinção dos Lixões em Mato Grosso do Sul⁵⁹

Fixadas estas premissas gerais de como a legislação regulamenta a destinação e disposição final dos resíduos e rejeitos, bem como ser flagrantemente ilegal a situações dos lixões e, por outro lado, a existência de instrumentos legais para buscar-se a sustentabilidade econômico-financeira nesta matéria, passa-se, agora, resumidamente a apresentar a atuação histórica do Ministério Público de Mato Grosso do Sul na luta para extinção dos lixões e os resultados alcançados.

A atuação do MPMS na temática da extinção dos lixões é histórica e data de mais de 30 anos, tendo como exemplo Ação Civil Pública distribuída no ano de 1990 (1990.00076820), que buscava extinguir o chamado lixão da “Lagoa da Cratera” em Campo Grande – MS, em que se determinou ao município a recuperação daquela área.

59 O presente item é um resumo do artigo ‘Projeto Resíduos Sólidos: Disposição Legal – A atuação articulada do Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas e o Instituto do Meio Ambiente na busca pela extinção dos lixões em Mato Grosso do Sul’, publicado em 2017 na revista do Conselho Nacional do Ministério Público e que abordou excelentes experiências na temática da sustentabilidade (LOUBET; BERNARDES; BARROS, 2017).

Inúmeras outras ações também foram ajuizadas na década de 90 em vários municípios, buscando a implementação de aterros sanitários, bem como foram feitos muitos Termos de Ajustamentos de Conduta. Em levantamento feito no ano de 2015, 90% dos municípios do Estado contavam com alguma ação judicial ou procedimento extrajudicial (Inquéritos Cíveis, Procedimentos Administrativos, etc.) para tratar do tema.

Contudo, mesmo com todas estas iniciativas, este mesmo levantamento apontou que 80% dos Municípios contavam com lixões ilegais, razão pela qual, em união de esforços entre o MPMS, o Tribunal de Contas e o órgão ambiental estadual (IMASUL), criou-se o “Programa Resíduos Sólidos: Disposição Legal”.

Tal programa, uniu esforços destas instituições com os Municípios, elaborando diagnósticos destes, analisando os custos com os serviços ligados ao tema, levantando a situação jurídica de cada localidade e, a partir daí, buscou a realização de acordos coletivos (por região) e individuais (por Municipalidade), para a implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Com base no pressuposto que o custo dos aterros sanitários individuais era muito elevado (uma vez que para o tratamento de 10 toneladas é praticamente o mesmo do que 100 toneladas) e que os maiores custos de um aterro sanitário, diluído em um horizonte de 20 anos, não são o de sua construção, mas sim de sua operação (MATO GROSSO DO SUL, 2016), fomentou-se a busca por soluções consorciadas ou compartilhadas, na esteira do que é previsto na Lei Federal n. 12.305/2010 (art. 11, parágrafo único).

Neste mesmo sentido, Paulo Nascimento Neto aponta que “são incontestáveis os ganhos de escala potencializados pelo compartilhamento de instalações, onde se comprova que os custos per capita dos investimentos para a instalação de Aterros Sanitários são inversamente proporcionais à quantidade de habitantes atendidos” (NETO, 2013, p.224).

Com isto, conforme a Figura 1, a situação do Estado em relação a disposição dos resíduos sólidos nos 79 municípios de Mato Grosso do Sul antes da atuação do Ministério Pública era a seguinte:

Figura 1. Situação da disposição dos resíduos sólidos antes da ação do Ministério Público.



Situação da Disposição Final dos RS no Mato Grosso do Sul em 2016. Fonte de dados: IEAMA/TCE-MS.

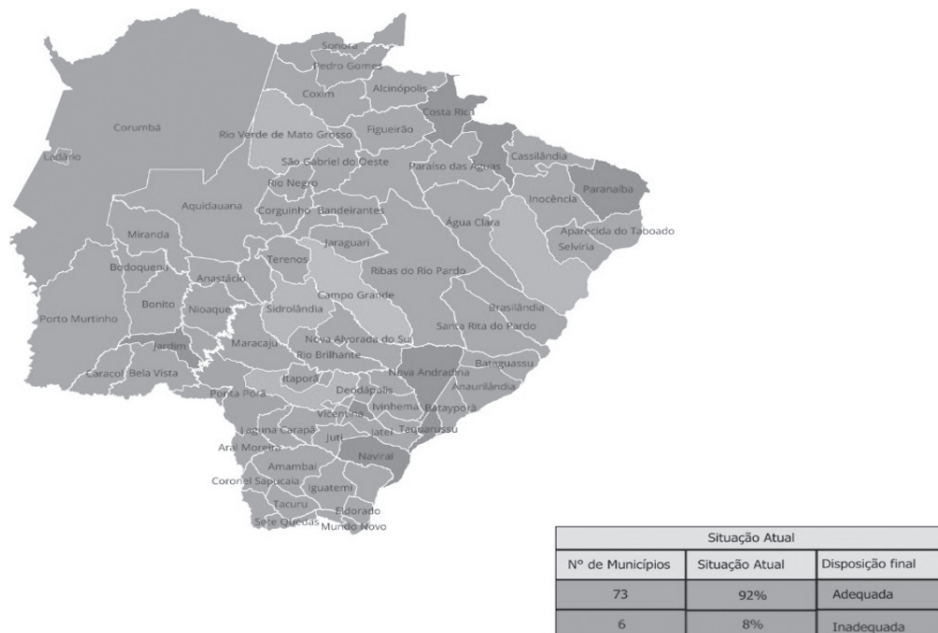
DISPOSIÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES

- ☐ LIXÃO
- ☐ TRANSBORDO PARA ATERRO SANITÁRIO
- ☐ ATERRO SANITÁRIO

Fonte: Autores (2021).

Em oito anos a situação no Estado mudou e tornou-se a seguinte (Figura 2):

Figura 2. Situação da disposição dos Resíduos Sólidos após ação do Ministério Público.



Fonte: Autores (2024).

Portanto, reduziu-se de 63 (80%) de lixões ilegais, para apenas 6 (8%). Percebe-se que uma das maiores estratégias do projeto foi a utilização de aterros sanitários regionais (sejam públicos, em regime de Parceria-Público-Privada, consorciados ou privados), já que, tais soluções, são mais econômicas do que a construção de pequenos aterros pequenos.

A implementação desta gestão – com outras medidas necessárias, tais como a coleta seletiva – sem sombra de dúvidas gera custos para os Municípios, razão pela qual impõe-se a busca da sustentabilidade econômico-financeira, razão pela qual uma das atividades foi o desenvolvimento de uma metodologia de taxa de resíduos sólidos para ser implementada, bem como boas práticas de cobrança.

6.2 Cartilha de Orientação para implementação de Taxa de Resíduos Sólidos Urbanos

Com o objetivo de auxiliar gestores durante a implantação de um sistema de cobrança de taxas/ tarifas para custear as atividades do Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos -SMRSU foi realizada a Cartilha para Implantação de Taxa Municipal de Resíduos Sólidos Urbanos.

De acordo com a cartilha, para alcançar-se a sustentabilidade econômico-financeira é necessário respeitar a legislação vigente (destaca-se: Lei 14.026/2020 e Resolução da Ana de 14 de junho de 2021), cobrar de forma certa (adotar critério justo e de fácil compreensão) e definir o regime de cobrança (tarifa – regime administrativo ou taxa -regime tributário).

A escolha da metodologia apropriada para suprir os custos de manejo de resíduos sólidos urbanos inclui um diagnóstico dos gastos Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos- SMRSU (Receita requerida) e os parâmetros de cobrança e rateio da receita requerida (consideram a quantidade, a renda da região atendida e a destinação adequada – Item 5.4 da NR1 e da Lei nº 11.445/2007, com redação pela Lei nº 14.026/2020).

Além disto, a cartilha menciona que é extremamente importante definir o veículo de cobrança da taxa/tarifa (Manual da NR nº 1 menciona alternativas como fatura específica de manejo de resíduos sólidos, cobrança junto com carnê IPTU e cofaturamento com outros serviços públicos ou com o serviço abastecimento de água).

Por fim, considerado o terceiro pilar fundamental para implantação do Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos- SMRSU consta na cartilha ser necessário a aprovação junto à Câmara dos Vereadores e Regulamentação, neste item, especifica o arcabouço jurídico (criação de leis e decretos, criação conta específica para recebimento da cobrança e aprovação da cobrança no poder legislativo), bem como a regulamentação legal e regulamentação da política de cobrança.

Veja-se que a indicação de cobrança de taxa, deu-se em razão de, no Estado de Mato Grosso do Sul, na imensa maioria dos Municípios não há delegação da coleta, triagem e disposição final de resíduos sólidos, havendo, tão-somente, casos de contratação por sistemas de licitação (e não concessão).

7. Panorama da Sustentabilidade Econômico-Financeira no Mato Grosso do Sul Em Matéria de Resíduos Sólidos

Partindo-se da necessidade de sustentabilidade econômico-financeira na temática de resíduos sólidos, na existência de instrumentos possíveis de aplicação para a cobertura destes custos – especialmente taxa e tarifa – e da disponibilização desta informação por parte do “projeto resíduos sólidos: disposição legal”, levantou-se junto aos Municípios a situação atual sobre esta política pública.

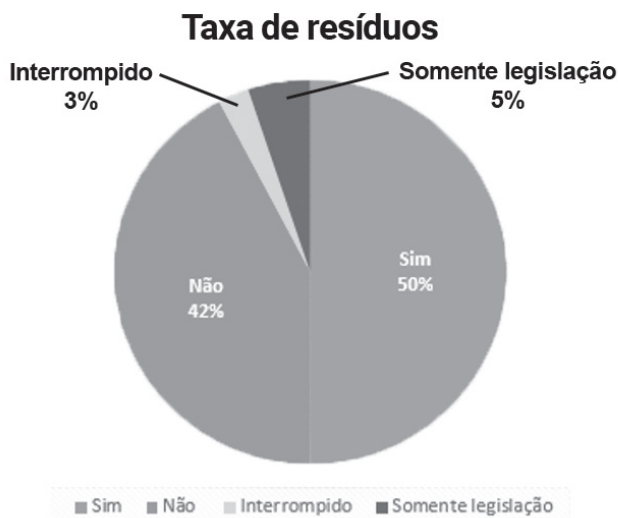
Este levantamento foi feito no âmbito do “Projeto Resíduos Sólidos: Disposição Legal”, em convênio firmado com a Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, e levantou que o custo total da gestão dos resíduos sólidos em Mato Grosso do Sul é de R\$ 32.308.946,50 (Trinta e Dois Milhões, Trezentos e Oito Mil, Novecentos e Quarenta e Seis Reais e Cinquenta Centavos) na qual a média do custo com manejo dos resíduos sólidos por mês, por habitante é de R\$7,67 (Sete Reais e Sessenta e Sete Centavos) e a média do custo total com a gestão por habitante, por mês é de R\$15,26 (Quinze Reais e Vinte e Seis Centavos).

Custos mensais	MS
Limpeza urbana	R\$ 12.498.086,23
Resíduos sólidos de serviços de saúde	R\$ 1.116.740,15
de Destinação de Final dos RSD	R\$ 7.678.556,06
Triagem dos RSD	R\$ 473.815,30
Coleta Seletiva de Recicláveis	R\$ 1.446.977,89
Coleta e transporte de RSD	R\$ 8.801.793,02
Custo com manejo dos RSD/por hab./por mês	R\$ 7,67
Custo total com a gestão/ por hab./por mês	R\$ 15,26

Fonte: Elaboração própria (2024)

Dentre os 79 municípios analisados, 50% cobram taxa de resíduos, 42% não cobram uma taxa ou tarifa específica para custeio de prestação dos serviços relacionados ao manejo dos resíduos sólidos, 3% tiveram a cobrança interrompida (municípios de Bela Vista e Ribas do Rio Pardo) e

5% dos municípios tem legislação sobre o tema resíduos sólidos, porém a cobrança ainda não foi efetivada (Figueirão, Porto Murtinho, Guia Lopes e Vicentina).



Fonte: Elaboração própria (2024)

Sobre a metodologia de cálculo, 32,5% dos municípios utilizam somente um critério, bem como os outros 67,5% dos municípios utilizam uma combinação de critérios para o cálculo da taxa, sendo que os parâmetros mais utilizados são área construída (m²), frequência da coleta de lixo, região em que o imóvel está localizado e categoria de consumo.

As formas de cobrança pelos municípios analisados são três: junto à conta de água (58,14%), junto ao carnê IPTU (32,55%) e cobrança avulsa em formato de boleto ou carnê (9,3%).

Especificamente, sobre a taxa de resíduos sólidos a receita do Estado tem um total de R\$ 64.232.154,34 (Sessenta e Quatro Milhões, Duzentos e Trinta e Dois Mil, Cento e Cinquenta e Quatro Reais e Trinta e Quatro Centavos) e uma média de R\$1,14 (Um Real e Catorze Centavos) por habitante por mês (considerando o número de habitantes dos municípios que cobram a taxa).

Os municípios com as maiores receitas de taxas resíduos sólidos são:

- Campo Grande: R\$ 34.496.709,69
- Dourados: R\$ 7.544.900,16
- Maracaju: R\$ 4.544.855,69
- Aquidauana: R\$ 1.600.203,84
- Coxim: R\$ 1.440.222,36

Os municípios com as maiores taxas resíduos sólidos por mês, por habitante, são respectivamente:

- Maracaju: R\$7,69
- Novo Horizonte: R\$5,80
- Bonito: R\$4,47
- Cassilândia: R\$3,99
- Coxim com R\$3,93

Por fim, dos 38 (trinta e oito) Municípios que possuem taxa ou tarifa de resíduos sólidos, apenas 1,27 % cobrem o valor total do serviço (como exemplo Município Cassilândia/MS), na maioria dos Municípios este instrumento não cobre os custos totais da prestação de serviços.

8. Conclusões

Considera assim que o Novo Marco do Saneamento impõe aos Municípios a sustentabilidade econômico-financeira, pois destaca-se a prorrogação do prazo para o fim dos lixões e a obrigatoriedade da cobrança pela prestação dos serviços, sob pena de configurar renúncia de receitas nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Aliando-se a isto, há instrumentos jurídicos com respaldo constitucional e legal para que os Municípios possam buscar esta sustentabilidade, dentre eles, a taxa de resíduos sólidos que é uma receita pública vinculada à prestação de serviços e a tarifa, aplicável somente onde haja processo de concessão do serviço (no caso de Mato Grosso do Sul, somente a Capital, Campo Grande).

Por outro lado, o Programa “Resíduos Sólidos: Disposição Legal” mostrou-se como uma iniciativa de sucesso na busca da implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, sendo que, dentre os logros alcançados está a redução dos Municípios com lixões ilegais de 63 (80%) para apenas 6 (8 %).

Tal programa, dentre suas iniciativas, buscou orientar os Municípios em implementar como uma das estratégias da sustentabilidade econômico-financeira, as taxas de resíduos sólidos, fornecendo inclusive uma cartilha com modelos a serem aplicados e orientações de boas práticas.

Contudo, percebe-se que os Municípios do Estado de Mato Grosso do Sul estão ainda longe de atingir esta meta, já que 98,73% não possuem instrumentos que cubram integralmente os custos com coleta, transporte, triagem e disposição dos resíduos, sendo que, a receita do Estado é de R\$ 64.232.154,34, e uma média de R\$1,14 (Um Real e Catorze Centavos) por habitante por mês (considerando o número de habitantes dos municípios que cobram a taxa).

Além disto, apenas 38 (trinta e oito) Municípios possuem taxa ou tarifa de resíduos sólidos, sendo que, naqueles que a possuem, apenas 1,27 % cobrem o valor total do serviço. Na maioria, este instrumento não cobre os custos totais.

Enfim, impõe-se ainda avançar-se muito nesta temática para atingir-se efetivamente os objetivos traçados pela Legislação Federal, dado que serviços de limpeza pública e de coleta e disposição final deverão ser cobrados, com execução necessária de política tarifária, haja vista a responsabilidade tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo Municipais, no sentido de propor e fazer tramitar os respectivos Projetos de Lei e aprová-los de forma adequada, ou seja, em valores compatíveis aos serviços a que se destinam, ressaltando que eventual demora ou omissão pode trazer prejuízos ambientais, sociais e econômicos, como a falta de recursos para o Município, e ainda, conforme previsto, a previsibilidade da existência da responsabilidade dos representantes do Poder Executivo e Poder Legislativo, fundamento este pautado na Lei do Marco Legal do Saneamento Básico, Lei de Improbidade Administrativa e na responsabilidade civil por risco integral.

9. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24.03.2024.

BRASIL. **Lei 14.026 de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm>. Acesso em 24.03.2024.

BRASIL. **Lei 14.230 de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei. 8.429, de 2 de junho de 199, que dispõe sobre improbidade administrativa.** Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm>. Acesso em 24.03.2024.

LOUBET, Luciano Furtado; BERNARDES, Fernando Silva; BARROS, Eliane C.D. Ribeiro de. **Projeto Resíduos Sólidos: Disposição Legal – A Atuação Articulada do Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas e o Instituto do Meio Ambiente na Busca Pela Extinção dos Lixões em Mato Grosso do Sul.** CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público e sustentabilidade: o direito das presentes e futuras gerações. Brasília: CNMP, p. 166-193, 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Contas. **Indicadores de resíduos sólidos nos municípios de MS.** Campo Grande: TCE-MS / ESCOEX, 2016. 168p. Disponível em: <http://www.escoex.ms.gov.br/escoex/Arquivos/Publicacoes/residuos_solidos_2016_st5.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Informação Técnico-Jurídica. Procedimento de Apoio a Atividade Fim n.º MPMG-0701.23.001127-5,** 2023. Belo Horizonte. s.p.

NETO, Paulo Nascimento. **Resíduos sólidos urbanos:** perspectivas de gestão intermunicipal em regiões metropolitanas. São Paulo, SP: Atlas S.A., 2013.

PINHEIRO, Hendrick; CUKIERT, Tamara. **Tarifa pela prestação do serviço público de manejo de resíduos sólidos urbanos.** Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 10, n. 2, e248, jul./dic. 2023. DOI 10.14409/redoeda.v10i2.13055.

RIBAS, Lídia Maria; PINHEIRO, Hendrick. **Taxa de resíduos sólidos como instrumento para promoção do Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 233-260, maio/ago. 2019. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i2.23915.

CAPÍTULO 4

FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS: PROPOSIÇÃO DE UM MODELO TEÓRICO NO BRASIL A PARTIR DA ANÁLISE DO PLANO DE TRANSFORMAÇÃO ECOLÓGICA E DO NOVO PAC

Teresa Villac⁶⁰

1. Introdução

O presente artigo objetiva responder à seguinte pergunta de pesquisa: “Como o Brasil está desenvolvendo ambientes regulatórios sustentáveis pela via das contratações públicas?”, tendo por recorte as relações entre sustentabilidade em contratações públicas, termos de compromisso, concessões, parcerias público-privadas, convênios e outros instrumentos congêneres em recentes iniciativas federais: Plano de Transformação Ecológica e Novo Plano de Aceleração do Crescimento (Novo PAC).

O objeto de investigação é relevante e atual, por avaliar como se efetiva a transversalidade das temáticas socioambientais em políticas públicas nacionais e, para tanto, foram selecionadas iniciativas de Ministérios distintos que serão detalhadas, com o recorte referido, a fim de destacar a função regulatória das contratações públicas, convênios e outros instrumentos em prol do incremento da sustentabilidade no Brasil.

A pesquisa é exploratória, objetiva fomentar o debate no tema e, a partir das inferências, contribuir para categorização dos achados do levantamento com a proposição de um modelo teórico para a função regulatória das contratações públicas sustentáveis no Brasil.

60 Artigo de opinião. Doutora em Ciência Ambiental (PROCAM/USP). Filósofa (FFLCH/USP). Advogada da União. Coordenadora da Câmara Nacional de Sustentabilidade da Consultoria-Geral da União - AGU. Chefe de Divisão de Assuntos Estratégicos Administrativos da Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima (MMA). Autora de “Licitações Sustentáveis no Brasil” (2a edição, Editora Fórum, 2020), co-autora de “Governança e Sustentabilidade: um elo necessário no Brasil” (Fórum, 2022). teresavillac@gmail.com.

Trata-se de estudo de caso múltiplo (YIN, 2015), com fontes de evidência documentais, tendo por base o levantamento da legislação, relatórios oficiais e consulta a sites governamentais.

No tocante ao estilo e forma, considerando o campo multidisciplinar que se apresenta na análise de políticas públicas (MARQUES; FARIA, 2013), a utilização da linguagem simples é adequada para, sem descuidar da profundidade de análise, ampliar o público leitor. Neste sentido, Mota e Waechter (2015) enfatizam a pertinência da linguagem simples em sustentabilidade, juntamente com o uso do design da informação, por ambos aprimorarem a compreensão da mensagem.

2. O Direito Ambiental e a Função Regulatória das Contratações Públicas Sustentáveis

A partir do constitucional direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225, *caput*, CF), em seus diferentes aspectos: natural, do trabalho, artificial e cultural (WEDY; MOREIRA, 2019) e em suas dimensões: ambiental, social, econômica, ética, jurídico-política (FREITAS, 2019) e climática (WEDY, 2019), há de se refletir sobre a função regulatória pela via das contratações públicas e o ponto de partida para tanto é o direito ambiental.

Conforme Lorenzetti (2010, p.71), mais do que legislação, há um sistema de direito ambiental que envolve a regulação contínua e o paradigma ambiental, pelo qual “o meio ambiente não é o sujeito passivo da regulação, mas influencia sobre esta, a condiciona e até a domina conferindo-lhe sua própria característica”.

Assim, no que concerne ao amplo espectro de relações jurídicas que se constituem a partir de contratações públicas, convênios, acordos de cooperação, concessões, termos de compromisso e outros instrumentos que envolvem entes públicos como uma das partes envolvidas, há de se considerar o desenvolvimento sustentável necessária e obrigatoriamente, seja pela observância da legislação, seja em especificações técnicas, projetos, requisitos ou em obrigações.

Na temática, a regulação deve atuar transversalmente e, ainda que o objeto de qualquer um desses instrumentos eventualmente não tenha finalidade ambiental, haverá o dever constitucional de zelo para com o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente.

O tema das contratações públicas sustentáveis foi trazido, de modo precursor no país, por Biderman et al (2006), elencando os efeitos da inserção de critérios ambientais⁶¹ nas licitações.

Ainda que não expressamente nominada a regulação, encontra-se presente nos estudos referidos e para os autores as licitações sustentáveis: a) afetam no desenvolvimento local, estimulando geração local de renda e emprego; b) antecipam a legislação, ressaltando que os regulamentos ambientais europeus tornam-se cada vez mais exigentes; c) melhoram a qualidade de vida da comunidade local, com transporte de maior eficiência energética, menos poluente e melhoria da qualidade do ar, como exemplificam; d) alcançam níveis mais elevados de sustentabilidade com o mesmo capital, com a consideração dos custos adicionais; e) melhoram a eficiência, sendo a licitação estratégia relevante para a eficiência organizacional do governo, f) melhoram a imagem política, com responsabilidade socioambiental nas relações com fornecedores, empregados e comunidade local, bem como com o compromisso com a proteção ambiental, qualidade de vida e desenvolvimento sustentável com ações concretas e g) aumentam a conscientização sobre temas ambientais pela comunidade local, promovendo a educação ambiental, ampliando a utilização de produtos e serviços sustentáveis também pela população, como transporte público, edificações públicas e alimentação escolar.

Há uma função social da contratação pública (FERREIRA, 2012) e, em determinado momento histórico pretérito no Brasil, a licitação sustentável não era reconhecida como impositiva, apesar de que já era juridicamente viável com lastro no ordenamento jurídico e na Constituição Federal de 1988 (BARKI, 2011).

Como processos históricos demandam dialeticamente a conjugação do Direito com a assunção, o reconhecimento e a institucionalização social, somente com a alteração formal da Lei 8.666/1993, no ano de 2010, passaram com maior amplitude à esfera da gestão pública. Mais de uma década após e com uma nova lei de licitações (Lei 14.133/2021), os debates prosseguem para a vinculação do tema com governança (CADER; VILLAC, 2022) e é tempo e hora de expandir, na prática pública, a função regulatória das contratações sustentáveis.

Sobre regulação e licitações, prelecionou Barcessat (2011):

61 A publicação abordou as licitações sustentáveis no tocante aos critérios ambientais, mas registrou expressamente que elas também envolvem critérios sociais.

Essa nova visão, de cunho regulatório, que se pretende ampliar para toda a Administração Pública, tem como objetivo conferir maior eficácia social ao comando da Constituição Federal de 1988, que traz entre seus princípios a obrigação do poder público de garantir um meio ambiente equilibrado (art. 225), além de incluir, a defesa do meio ambiente como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, CF).

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da função regulatória da licitação, na hipótese de dispensas:

As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais.

(ADI 1923 - DF – 2015)

No tocante à sustentabilidade, na ADI 2946 – DF - 2022, houve manifestação expressa acerca da função regulatória das licitações, com menção aos estudos de Barcessat (2011):

Vale registrar, outrossim, que a Lei nº 12.349/10, ao dar nova redação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, acrescentou a essa dupla finalidade uma terceira – e não menos importante no tange às concessões de serviços públicos –, que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Quer-se dizer, com isso, que as licitações, além de buscarem a melhor proposta para a Administração, resguardando a isonomia e a impessoalidade e prevenindo eventuais condutas de imorais por parte do administrador, podem e devem ser utilizadas com fins regulatórios, visando à concretização de outros valores constitucionais igualmente relevantes, como a preservação ambiental e o desenvolvimento socioeconômico sustentável. Nas palavras de Lena Barcessat, “a utilização do poder de compra do Estado, através das licitações sustentáveis com a finalidade de regulação social, desde que respeitadas as normas e princípios constitucionais, está longe de ferir o princípio da igualdade, nem tampouco prejudica a competitividade (...). Se escolhas de

produtos, por razões de conveniência e oportunidade são aceitas, com muito mais razões há de se aceitar as escolhas motivadas na necessidade de conservação e de preservação do meio ambiente (regulação social), que constitui um dever do Estado, não apenas uma mera faculdade" (Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações sustentáveis. In SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011). Por tais razões, mesmo antes da alteração introduzida pela Lei nº 12.349/10, as licitações sustentáveis já eram constitucionais e legais, o que dispensa maiores comentários. Observa-se, assim, que a licitação possui finalidades bem específicas, não constituindo ela própria um fim em si mesma (ADI 2946 – DF - 2022).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 2946 contribui para desmistificar as licitações sustentáveis. A função regulatória pró sustentabilidade não se restringe às contratações públicas, estendendo-se também aos acordos de cooperação, convênios e outros instrumentos congêneres, na medida em que o fundamento, como referido, está na Constituição Federal, relacionando-se com a implementação de políticas públicas e o dever estatal de proteção ao meio ambiente.

Neste sentido, empreende-se estudo sobre recentes iniciativas governamentais com o objetivo de investigar como o Brasil está desenvolvendo ambientes regulatórios sustentáveis via contratações públicas.

As escolhas consideraram o potencial de impacto dos planos e programas, não provenientes de um único ministério para ampliar a análise intersetorial e, a partir de inferências, categorizar os achados de pesquisa com a proposição de um modelo teórico para a função regulatória das contratações públicas sustentáveis no Brasil.

2.1 Plano de Transformação Ecológica

O Plano de Transformação Ecológica, lançado pelo Brasil na 28ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climática (COP – Dubai) é iniciativa do Ministério da Fazenda, tendo três objetivos: emprego e produtividade, sustentabilidade ambiental e justiça social (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2023).

Estrutura-se em seis eixos: finanças sustentáveis, adensamento tecnológico do setor produtivo, bioeconomia e sistemas agroalimen-

tares, transição energética, economia circular, infraestrutura e adaptação à mudança do clima.

As finanças sustentáveis abrangem o mercado regulado de carbono, títulos soberanos sustentáveis, taxonomia nacional, o Fundo Clima, reforma tributária com sustentabilidade, regulações referentes a riscos climáticos para investidores no mercado de capital, marcadores de sustentabilidade no orçamento público, captação de recursos vinculados à sustentabilidade por Estados e Municípios, plataforma *hedge* cambial para projetos verdes e para investimentos.

O adensamento tecnológico do setor produtivo considera a recomposição de recursos federais para pesquisa e desenvolvimento que integrem o setor produtivo com transformação ecológica, o Programa Nova Indústria Brasil e as encomendas tecnológicas que o compõem, compras públicas locais com atenção para transição energética e mobilidade sustentável, núcleos de inovação tecnológica nas universidades, formação profissional de alto nível para a transformação ecológica, incentivos fiscais nas cadeias de valor no país e taxas de juros competitivas para financiamentos em inovação.

O eixo referente à bioeconomia e sistemas agroalimentares abarca a biotecnologia para exploração sustentável de biomas, integração entre o Plano Safra e o Programa de Agricultura de Baixo Carbono, exportação de produtos florestais não-madeireiros, ampliação da área de concessões florestais e unidades de conservação, incentivos à produtividade por maquinário e equipamentos para a agricultura familiar, Fundo Internacional para a Preservação de Florestas, Arco da Restauração (voltado à projetos de restauração ecológica) e pagamento por serviços ambientais.

Há ênfase à economia circular, alçada a um eixo específico do Plano de Transformação Ecológica, com apoio aos municípios para ampliar a coleta seletiva e biodigestores, estímulos ao setor industrial com foco na logística reversa, reaproveitamento, design de produto e outras iniciativas de economia circular.

O sexto eixo refere-se à infraestrutura e adaptação à mudança climática, desdobrando-se em obras públicas para redução de riscos ambientais em encostas e decorrentes de alagamentos, modais de transporte de baixo carbono, recursos para municípios mais vulneráveis às mudanças climáticas, de acordo com o Centro Nacional de Monitoramento de Alertas e Desastres Naturais (MCTI).

Verifica-se que diversos eixos serão implementados por contratações públicas, acordos de cooperação, convênios, acordos de cooperação técnica, repasses, que deverão ter previsões de sustentabilidade adequadas a cada situação concreta e objetivo pretendido para maior efetividade. Assim é que, além da possibilidade de instrumentos regulatórios, as iniciativas financeiras, fiscais, administrativas, operacionais, bem como o monitoramento e a fiscalização devem ser disseminadoras da sustentabilidade aos atores institucionais e organizacionais diretamente envolvidos nas ações, com benefícios ao corpo social e meio ambiente.

2.2 O Novo Plano de Aceleração do Crescimento (Novo PAC)

O Plano de Aceleração do Crescimento foi inicialmente instituído em 2007, referindo-se à transferência de recursos financeiros pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações, discriminadas por intermédio de um Comitê Gestor⁶².

A ênfase era predominantemente em infraestrutura e, sucedido pelo PAC 2⁶³, neste último houve a divisão em seis grandes áreas: Energia, Transportes, Cidade Melhor, Comunidade Cidadã, Minha Casa Minha Vida e Água e Luz para Todos. Marco em regulação, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) também se aplicava para as ações integrantes do PAC.

Atualmente, o Novo Plano de Aceleração do Crescimento (Novo PAC)⁶⁴ tem por objetivos: ampliar os investimentos no país, estimular os investimentos privados, fomentar a integração dos investimentos público e privado, expandir e qualificar a infraestrutura para a competitividade e o crescimento do País com responsabilidade fiscal, promover o promover o desenvolvimento inclusivo, social e regional, integrar investimentos em infraestrutura com neointustrialização e transição ecológica, ampliar o acesso da população a serviços públicos de qualidade e fomentar a geração de emprego e renda.

As medidas institucionais do Novo PAC estão organizadas em cinco categorias: a primeira delas refere-se ao aperfeiçoamento do ambiente regulatório e do licenciamento ambiental, consistente em marcos regulatórios para energia elétrica, gás natural, mineração, transporte rodoviário e ferroviário, portos, aeroportos, logística aduaneira, recursos hídricos e

62 Lei 11.578/2007 e Decreto 6.205/2007.

63 Decreto 7.470/2011.

64 Decreto 11.632/2023.

gestão de barragens, mobilidade urbana, telecomunicações, radiodifusão e TV digital, com destaque à medidas transversais para aperfeiçoar as práticas regulatória.

Há previsão também de expansão do crédito e incentivos econômicos, com ampliação do financiamento de longo prazo e redução do custo do crédito, atuação em projetos estruturantes, melhoria dos mecanismos de garantia, condições de crédito para entes públicos, aperfeiçoar o sistema para capacidade de pagamento dos entes subnacionais, aprimorar o regime de recuperação e equilíbrio fiscal, aperfeiçoar a legislação sobre debêntures, proteção aos investidores no mercado de capitais, nova modelagem para financiamento de recuperação de áreas degradadas, renovação dos bens de capital do parque industrial nacional e aprimorar os regimes de incentivo da infraestrutura e indústria química.

O aprimoramento dos mecanismos de concessão e parcerias público-privadas tem relação com aprimorar marcos normativos, fortalecer novos setores, ampliar as alternativas de financiamento, apoio da União para concessões e PPP em âmbitos estadual e municipal, Por sua vez, o incentivo à transição ecológica, tem previsão de uma nova matriz de investimentos estruturantes, estimular tecnologias de geração e armazenamento de energia de baixo carbono, expandir produção e consumo de combustíveis de baixo carbono, promover transporte de baixo carbono, incentivar a descarbonização no setor de construção civil, gestão de resíduos e logística sustentável, bem como rever e atualizar os planos setoriais da Política Nacional sobre Mudança do Clima.

Destacamos o planejamento, gestão e compras públicas, com a retomada nos setores de infraestrutura, aprimorar a gestão com projetos estruturantes, usar o poder de compra pública para a neointustrialização, com previsão de incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável, aperfeiçoar os instrumentos de compras públicas, aperfeiçoar o modelo de execução de recursos oriundos de transferências da União, trabalhar com dados, indicadores e avaliação dos projetos, bem como aprimorar os instrumentos de gestão do patrimônio da União.

As medidas institucionais acima deverão considerar nove eixos de investimentos: transporte eficiente e sustentável, infraestrutura social e inclusiva, cidades sustentáveis e resilientes, água para todos, inclusão digital e conectividade, transição e segurança energética, inovação para indústria de defesa, educação, ciência e tecnologia e saúde.

No Novo PAC houve uma institucionalização maior das temáticas socioambientais e de mudanças climáticas, em significativo avanço

também no tocante à consideração do papel exercido pelas compras públicas.

A estrutura de governança prevista constitui uma inovação social se considerada a transversalidade temática e interministerial nos temas. Há um Comitê Gestor do PAC, de natureza deliberativa e no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, composto por esta, o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento e Orçamento. Tem por competência a definição das diretrizes, critérios, discriminar as ações e medidas e definir as ações que serão objeto de transferência obrigatória para execução pelos entes federativos.

De natureza consultiva, há o Grupo Executivo do PAC, com a competência de analisar as propostas de inclusão de ações e medidas, estabelecer as metas e acompanhar os resultados.

3. Proposição de um Modelo Teórico para a Função Regulatória das Contratações Públicas Sustentáveis no Brasil

Em breve síntese, para a filosofia da ciência, os modelos teóricos são fundamentais para, a partir da categorização de achados de pesquisas e levantamentos, conjugá-los com aporte conceitual e finalizar com a proposição de abstração conceitual que possa ser utilizada em situações futuras:

A grande utilidade dos Modelos Teóricos está em possibilitar a simplificação de uma realidade através da delimitação de uma questão específica. Dessa forma, é possível sintetizar que o trabalho científico consiste, em grande parte, na construção de modelos que sirvam como representação dos fenômenos estudados, integrados em teorias e que apresentem a capacidade de resolver problemas. Os modelos teóricos podem ser representados de várias maneiras. Comumente a forma textual é a mais utilizada pelos pesquisadores. Entretanto a literatura aponta que o Modelo pode ser mais bem compreendido se representado através de símbolos, desenhos, mapas conceituais e/ou diagramas, os quais demonstrem as bases teóricas das relações que o cientista ou pesquisador pretende extrair e/ou observar da natureza ou da sociedade (SOUZA FILHO; STRUCHINER, 2021).

A presente proposta não tem por objetivo ser exauriente no tema, mas contribuir para a constituição de um modelo teórico sobre a função

regulatória das contratações públicas sustentáveis, tendo servido de incentivo à autora para prosseguir com os estudos e aprofundamento do tema, com a análise de outros programas e planos existentes no Brasil, como Plano Clima, Plano Nova Indústria Brasil, Programa Nacional de Repartição de Benefícios, além de levantamento de programas e planos estaduais que abordam a temática socioambiental e climática na realidade brasileira em correlação com regulação.

Presentemente, dos achados da pesquisa efetuada no Novo PAC e no Plano de Transformação Ecológica, identificamos as seguintes categorias:

Tabela 1: Categorias para um modelo teórico de função regulatória das contratações públicas sustentáveis

CATEGORIAS:
Desenvolvimento Sustentável
Mudanças Climáticas
Inovação
Território
Geografia
Cultura
Governança
Inovação
Bioeconomia
Infraestrutura
Serviços
Economia Circular
Integridade pública
Integridade empresarial
Diversidade
Eficiência energética
Governança pública
Governança participativa

Fonte: elaborado pela autora

Com relação aos campos do conhecimento envolvidos na função regulatória das contratações públicas sustentáveis são vários e extensos, de acordo com cada tema regulado e, ao invés de elencá-los, optou-se no processo constitutivo de um modelo teórico, identificar os pressupostos necessários para o tema ser desenvolvido com cientificidade:

Tabela 2: Pressupostos dos campos do conhecimento para um modelo teórico de função regulatória das contratações públicas sustentáveis

PRESSUPOSTOS DOS CAMPOS DO CONHECIMENTO:
Especialização temática
Interdisciplinaridade
Multidisciplinaridade
Visão sistêmica
Interpretação
Transversalidade

Fonte: elaborado pela autora

Registre-se que foi utilizada a denominação de “contratações públicas”, mas o modelo aplica-se, como ressaltado no início deste capítulo, para convênios, acordos de cooperação, acordos de cooperação técnica, concessões, repasses, parecerias público-privadas e outros instrumentos.

A consideração das categorias e pressupostos, ainda que inicial e sujeita a aperfeiçoamentos em estudos futuros, possibilita prosseguir-se com a estruturação de uma Governança do processo de constituição e aplicação do modelo.

Assim, na Governança do modelo há de se atentar para o princípio da participação em matéria ambiental presente no Acordo de Escazú, associando o direito de acesso à informação com a participação ativa em questões ambientais, além de sua relação com direitos humanos.

Assinado pelo Brasil (2018), apesar de não ratificado no país, o Acordo de Escazú é diretriz principiológica fundamental na função regulatória das contratações públicas sustentáveis em suas múltiplas dimensões (ambiental, social, econômica, ética, jurídico-política e climática).

A Governança a se constituir deve ser socialmente participativa, atentando-se para os desafios de efetividade de colegiados, bem como a necessidade de constituição eficaz de instâncias executoras e adequadas às realidades climáticas, geográficas, territoriais e culturais brasileiras, de rica e extensa diversidade.

4. Conclusões

O presente artigo objetivou investigar a seguinte pergunta de pesquisa: “Como o Brasil está desenvolvendo ambientes regulatórios sustentáveis pela via das contratações públicas?” e, após análise de dois Planos Nacionais - Plano de Transformação Ecológica e Novo PAC – foi possível identificar que temas ambientais e climáticos alçaram relevância considerável em políticas públicas transversais.

O levantamento e estudo possibilitou a identificação de categorias e pressupostos dos diversos campos do conhecimento envolvidos, necessários para a constituição de um modelo teórico de função regulatória das contratações públicas sustentáveis, em pesquisa a que se dedicará prosseguir a autora para a formulação de um modelo que possa ser utilizado em outras iniciativas governamentais e que abarque também a sua Governança, a ser efetivada de modo socialmente participativo, conforme diretrizes principiológicas do Acordo de Escazú.

O tema é atual, relevante e almeja-se possa contribuir para, não apenas o desenvolvimento de um modelo teórico, mas que também contribuir, ainda que minimamente, para a disseminação e ampliação de atividades regulatórias que considerem as contratações públicas sustentáveis como instrumento vivificador do constitucional direito ao meio ambiente e contributivo pela urgência de ação em face das mudanças climáticas.

5. Referências

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coords.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Licitação e desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Debates em Direito Público**. Ano 10, n. 10, p. 261- 274. Brasília: Associação Nacional dos Advogados da União, 2011.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens (orgs). **Guia de compras públicas sustentáveis**: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Centro de Estudos em Sustentabilidade (GVces) da Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP) e ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade, 2006.

CADER, Renato; VILLAC, Teresa. **Governança e sustentabilidade**: um elo necessário no Brasil. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** – direito ao futuro. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Plano de Transformação Ecológica**. 2023. < <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/transformacao-ecologica> >

MOTA, Meiriédna Queiroz; WAECHTER, Hans da Nóbrega. **Linguagem simples associada ao Design da Informação com foco na comunicação ambiental e na sustentabilidade**. 7º Congresso Internacional de Design da Informação, Blucher Design Proceedings, Volume 2, p. 1041-1049, 2015. <www.proceedings.blucher.com.br/article-details/linguagem-simples-associada-ao-design-da-informacao-com-foco-na-comunicacao-ambiental-e-na-sustentabilidade-20281>

SOUZA FILHO, Breno Augusto Bormann de; STRUCHINER, Cláudio José. Uma proposta teórico-metodológica para elaboração de modelos teóricos. **Cadernos Saúde Coletiva**, 2021; 29(1); p. 86-97.

WEDY, Gabriel. **Litígios Climáticos de acordo com o Direito Brasileiro, Norte-Americano e Alemão**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

_____; MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Manual de Direito Ambiental de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.

CAPÍTULO 5

A IMPORTÂNCIA DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS REGULATÓRIOS: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Fabiola Marquetti Sanches Rahim⁶⁵

Priscilla de Siqueira Gomes⁶⁶

1. Introdução

No contexto contemporâneo, a atividade regulatória desempenha um papel central na governança econômica e social de um país. No Brasil, as agências reguladoras emergiram como instrumentos fundamentais para disciplinar e orientar as atividades mercantis em diversos setores da economia. Com a crescente complexidade das relações comerciais e a necessidade de promover a concorrência, garantir a qualidade dos serviços e proteger os direitos dos usuários, as agências reguladoras se tornaram protagonistas na implementação de políticas públicas.

Neste sentido, o presente trabalho busca analisar a força normativa das agências reguladoras no Brasil, destacando o seu papel na elaboração de normas que regem as atividades econômicas em setores como energia, saneamento, transporte, entre outros. Além disso, será abordado o importante tema do controle judicial dos atos normativos produzidos por essas agências, considerando a necessidade de garantir a legalidade, a legitimidade e a eficácia das suas ações.

65 Vice-Presidente da Associação Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal. Corregedora-Geral da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex.Procuradora-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul e ex.Promotora de Justiça do Estado do Mato Grosso. Especialista em Regime Próprio de Previdência e em Direito Eleitoral.

66 Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenadora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado na Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul - AGEMS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

Ao longo deste estudo, serão explorados os fundamentos jurídicos e constitucionais que embasam a atuação das agências reguladoras, bem como os desafios e dilemas enfrentados no exercício do seu poder normativo. Serão também examinados os mecanismos de controle judicial, destacando o papel do Poder Judiciário na revisão dos atos normativos das agências, visando assegurar a harmonia entre os princípios constitucionais, os interesses públicos e os direitos individuais.

Por meio dessa análise, busca-se contribuir para um melhor entendimento do funcionamento das agências reguladoras no Brasil e do papel do sistema judiciário na sua regulação, visando aprimorar o modelo regulatório e fortalecer os mecanismos de controle democrático sobre a atividade econômica.

2. Atividade Regulatória Estatal: agências reguladoras

O Estado Moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram por transformações impulsionadas pelo dinamismo da economia e, especialmente no Brasil, pelas reformas da década de 90 que, por emendas à Constituição e por legislação infraconstitucional, extinguiram determinadas restrições ao capital estrangeiro, flexibilizaram monopólios estatais e desestatizaram diversas empresas de atividades econômicas. Essas mudanças, qualificadas pelo avanço tecnológico e pela globalização, inauguraram a necessidade de instituição de entes públicos tecnicamente capacitados para a regulação de setores complexos e que extrapolavam o alcance do legislador.

Surgia, então, a necessidade de enfrentar diferentes situações, a exemplo da definição do regime jurídico e das interações entre o público e o particular no desempenho de atividades econômicas que deixavam de ser desempenhadas pelo Estado, mas continuavam a ser de relevante interesse público. Essas inovações modificaram as premissas sobre as quais se dava a atuação do Estado no domínio econômico. Conforme o magistério de Luis Roberto Barroso:

A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial.⁶⁷

67 BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

Dotadas de competências fiscalizatórias, decisórias e, sobretudo, normativas, as agências reguladoras no Brasil têm uma história que remonta ao final do século XX, especialmente em 1995, com a introdução na Constituição Federal da previsão de órgãos reguladores para os setores de telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 8/95) e de petróleo (art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 9/95).

Foi a partir de então que surgiram na administração pública brasileira as autarquias denominadas “agências reguladoras”, com as funções de regulação dos serviços públicos delegados pelo Estado ao particular e de atividades do setor privado de interesse público. Antes disso, as atividades regulatórias eram, em grande parte, realizadas pelo Estado de forma centralizada, sem a autonomia técnica e administrativa que as agências possuem hoje.

A Constituição de 1988 introduziu o conceito de regulação econômica, buscando promover a concorrência e garantir a eficiência dos serviços públicos. As agências foram criadas de forma esparsa, a partir das diversas leis instituidoras, sem que houvesse unicidade de regras e procedimentos a serem observados na execução da atividade.

No que se refere a organização das regras de trabalho e de gestão de pessoal, a Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000 tratou de uniformizar as regras e procedimentos. Mais recentemente, com a finalidade de congrega regras equânimes para o funcionamento das agências reguladoras federais, editou-se a Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, a qual reforça a autonomia institucional e financeira das autarquias, além da autonomia funcional, financeira, decisória e administrativa.

As agências reguladoras, então, têm como principal função regular setores específicos da economia, tais como energia, telecomunicações, transporte, saúde, entre outros. Atuam de forma independente do Poder Executivo, exercendo suas funções de forma técnica e transparente, com o objetivo de garantir a prestação de serviços de qualidade à população e promover o desenvolvimento econômico.

Essas agências possuem poderes para normatizar as atividades dos setores que regulam, estabelecendo regras, padrões e procedimentos que as empresas e prestadoras de serviços devem seguir. Também têm o poder de fiscalizar o cumprimento dessas normas e de aplicar as penalidades previstas em caso de descumprimento de leis e atos regulatórios.

Objetivando aumentar a autonomia das Agências em relação à Administração Pública direta, as leis instituidoras vêm atribuindo diversas prerrogativas, como autonomia financeira e funcional; estabilidade de seus dirigentes por meio do exercício de mandato fixo; natureza de última instância administrativa de suas decisões; e competência normativa. Justamente pela soma dessas características é que afirma Alexandre Aragão que a atividade reguladora contemporânea é desenvolvida com uma autonomia reforçada⁶⁸.

As leis que regulamentam cada agência variam de acordo com o setor que elas regulam. A título de exemplificação, menciona-se a Lei n. 9.247/96, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências, assim como a Lei n. 9.472/1997 que institui a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

Assim, as agências reguladoras têm uma importância destacada no Brasil, porque desempenham um papel fundamental na promoção da concorrência, na proteção dos direitos dos consumidores, na garantia da qualidade dos serviços públicos e na atração de investimentos para os diversos setores da economia. Além disso, ao atuarem de forma autônoma em relação ao do governo, contribuem para a estabilidade e a previsibilidade do ambiente regulatório, fomentando o desenvolvimento econômico e social do país.

A doutrina aponta três competências inerentes às agências reguladoras: “a) administrativas clássicas, como o poder de polícia; b) poder normativo, a exemplo da prerrogativa de editar atos normativos; e c) judicantes que é atribuição para resolver conflitos entre os agentes regulados”⁶⁹.

Pode-se exemplificar a atuação das agências reguladoras na disciplina das atividades mercantis no Brasil da seguinte forma:

1. **Promoção da concorrência:** As agências reguladoras trabalham para garantir um ambiente competitivo nos setores que regulam. Ao estabelecerem regras e normas para o funcionamento das empresas, evitam práticas anticompetitivas e monopolistas, promovem a livre concorrência e beneficiam tanto os consumidores quanto as empresas.

68 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013, p. 313-315.

69 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 211.

2. **Proteção dos consumidores:** As agências reguladoras têm o poder de estabelecer padrões de qualidade e segurança para os produtos e serviços oferecidos pelas empresas. Isso ajuda a proteger os consumidores contra produtos defeituosos, serviços inadequados e práticas abusivas, garantindo que suas necessidades e direitos sejam respeitados.
3. **Estabilidade regulatória:** Ao fornecerem um arcabouço normativo claro, técnico e estável, as agências reguladoras oferecem previsibilidade às empresas, investidores e consumidores. Isso é essencial para o desenvolvimento econômico, pois cria um ambiente propício para investimentos e inovação.
4. **Fomento ao desenvolvimento econômico:** As agências reguladoras trabalham para equilibrar os interesses dos diversos agentes econômicos, buscando o desenvolvimento sustentável dos setores que regulam. Isso inclui a promoção de investimentos, o estímulo à eficiência e a busca por soluções inovadoras que beneficiem a economia como um todo.
5. **Monitoramento e fiscalização:** As agências reguladoras têm o poder de fiscalizar o cumprimento das normas e regulamentos por parte das empresas. Isso ajuda a evitar fraudes, irregularidades e abusos, garantindo a integridade e a transparência das atividades mercantis.

Em resumo, as agências reguladoras desempenham um papel fundamental na disciplina das atividades mercantis no Brasil, pois foram criadas para despolitizar decisões inerentes a setores econômicos e conferir-lhes tratamento técnico de forma célere e dinâmica. Em virtude disso, contribuem para o desenvolvimento econômico e *“precisam dispor de meios de atuação, de poderes compatíveis com as funções que lhes foram outorgadas”*⁷⁰, dentre os quais se destaca o poder normativo.

3. Poder Normativo das Agências Reguladoras: os atos regulatórios enquanto partes integrantes da espécie normativa primária

O fundamento constitucional para o poder normativo, objeto do presente estudo, advém do art. 174 da Constituição Federal, o qual dispõe que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

70 CUÉLLAR. Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”⁷¹.

A justificativa para a edição desses atos normativos não é objeto de grandes divergências doutrinárias. Com efeito, entende-se que o poder normativo conferido às agências reguladoras surge da necessidade de adentrar em aspectos técnicos de setores específicos de uma forma mais dinâmica e eficiente, em compasso com as evoluções tecnológicas e econômicas dos setores regulados.

Ante o próprio rito constitucional previsto para a edição de leis em sentido estrito, percebe-se que o Poder Legislativo não se mostra capaz de conferir respostas rápidas à dinamicidade da economia. Além disso, apesar de democraticamente eleitos, os parlamentares, em regra, não possuem conhecimentos técnicos específicos para disciplinar certas matérias, consoante elucida Gustavo Binebonjm⁷²:

De fato, no exercício da função regulatória, o Estado deve estar preparado para inúmeras questões de ordem técnica que devem ser prontamente atendidas. Não sendo a lei formal e a estrutura parlamentar – com seu moroso processo legislativo – capazes de tratar dessas questões de maneira adequada, resta ao Administrador fazê-lo. É absolutamente impossível (e indesejável) que todas as múltiplas atribuições e necessidades de decisões administrativas regulatórias pudessem estar previamente determinadas pela lei. Daí a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, distribuídas por suas múltiplas estruturas.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 4.874, igualmente reconheceu a necessidade de atribuição de poder normativo às agências reguladoras, nos termos do voto da Relatora, Ministra Rosa Weber⁷³:

O advento das agências reguladoras setoriais – “autarquias especiais que desempenham funções administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências que lhes é atribuído por lei”

71 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28.03.2024.

72 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 140.

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024.

– **representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de direito** contemporâneo no sentido do **oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade**. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes – as chamadas agências – dotadas de mecanismos aptos eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos.

Assim, diante da modernização das relações sociais e econômicas, não se pode esperar que a lei em sentido estrito preveja e alcance todas as situações fáticas, sendo imperioso reconhecer a necessidade e, principalmente, a compatibilidade do exercício da função normativa pelas agências reguladoras com o ordenamento jurídico brasileiro. Conforme defende Paulo André Espírito Santo Bonfadini⁷⁴, *“a edição de normas é essencial para a regulação da economia. Sem ela, pouco se faz em termos de regulação”*.

Os atos normativos regulatórios, então, surgem como importante ferramenta para conferir segurança jurídica aos setores regulados, mediante o estabelecimento de regras claras e objetivas. Essa previsibilidade contribui para a redução da litigiosidade e para a atração de investimentos.

A natureza jurídica dessas normas e a sua compatibilização com os princípios da legalidade e da separação dos poderes, por outro lado, não é pacífica. Nesse sentido, Marcio Sampaio Mesquita Martins⁷⁵ elenca as seguintes correntes doutrinárias a respeito da questão:

A primeira delas posiciona-se no sentido de que as agências reguladoras exercem suas atribuições de ordem normativa, por meio de uma descentralização do exercício da competência regulamentar do Presidente da República (art. 84, IV, da CF/88). Assim, o fato do constituinte ter atribuído ao Chefe de Estado a função de regulamentar as leis não significa que está proibida a possibilidade de desconcentração ou descentralização do exercício deste poder. Em contraponto à primeira, a segunda corrente entende não ser possível às agências exercer a

74 BONFADINI, Paulo André Espírito Santo. **O poder normativo autônomo das agências reguladoras**: Critérios e controles. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 31.

75 MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. A legitimidade da criação normativa das agências Reguladoras. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2761, 22 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18330>. Acesso em 7/04/2024.

função reguladora com base neste na desconcentração do poder regulamentar do presidente, que seria privativo, mas apenas editar atos normativos terciários (resoluções, portarias) com aplicação limitada ao âmbito interno da agência, bem como àqueles que possuam vínculo especial de sujeição para com a Administração. A terceira corrente defende a tese de que apenas as agências com expressa previsão constitucional, quais sejam, a ANATEL e a ANP, teriam competência normativa abstrata, em função da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Por fim, uma última corrente se levanta e defende a possibilidade de exercício de função normativa pelas agências a partir da distinção entre regulação e regulamentação. Segundo os defensores dessa corrente doutrinária caberia às agências unicamente a prática de atos caracterizados como regulação, que seriam as atividades de concretização de preceitos legais genéricos, assentada em critérios técnicos e na ponderação valorativa dos diversos interesses envolvidos, destinada a propiciar o equilíbrio do setor regulado.

Quanto à primeira corrente, destaca-se que, muito embora se admita o poder normativo como fruto da necessidade de descentralização administrativa, as normas expedidas pelas agências reguladoras, ditas regulatórias, não se confundem com os regulamentos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo nos termos em que autorizado pelo art. 89, I, da Constituição Federal. Nas lições de Rafael Rezende Oliveira⁷⁶:

O ato normativo da agência tem caráter técnico e setorial, com fundamento no art. 174 da CRFB; já o regulamento presidencial possui conteúdo político e genérico, com base no art. 84, IV, da CRFB. Ademais, a autarquia regulatória é pessoa jurídica (e não órgão público) instituída por lei de iniciativa do próprio chefe do Executivo, que opera a descentralização de atividades e reconhece a autonomia da entidade, não havendo hierarquia entre o Ente federado e a agência.

Outrossim, o próprio texto constitucional atribuiu competência exclusiva ao Chefe do Poder Executivo para editar os chamados “regulamentos”, tendo o Supremo Tribunal Federal também reconhecido a diferença entre o regulamento e os atos regulatórios no julgamento da já mencionada ADI nº 4.874⁷⁷:

76 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 216-217.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024.

É certo que não se confunde a função normativa das agências reguladoras com a função tradicionalmente exercida pela Administração e regulamentar as leis de modo a viabilizar o seu cumprimento (art. 84, IV, da Lei Maior), e nem com a figura do regulamento autônomo (arts. 4, VI, 103-B, § 4º, I, e 237 da CF).

No que concerne à corrente que enquadra os atos da agência como “terciários” e subordinados, inclusive, aos regulamentos expedidos com fulcro no art. 84, IV, da Constituição, tem-se, como já salientado e também reconhecido pelo STF, que não há hierarquia entre os regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo e pelas agências reguladoras, haja vista tratar-se de atos qualitativamente distintos e incidentes em campos diversos (o primeiro no campo político e o segundo no campo técnico).

Quanto à corrente tendente a reconhecer a possibilidade de edição de atos normativos apenas pelas agências federais constitucionalmente previstas, deve-se considerar, conforme anteriormente demonstrado, que o poder normativo é inerente e necessário à regulação dos serviços públicos e certos setores econômicos. Desse modo, não reconhecer a possibilidade de exercício dessa atribuição pelas agências reguladoras estaduais ou municipais acabaria por, de certa forma, esvaziar suas respectivas finalidades e, também, o comando constitucional estampado no art. 174 da Constituição Federal.

A quarta e última corrente vem sendo atualmente aceita no campo doutrinário e, também, pelo STF. De acordo com esse entendimento, a lei “sem dar início de *per se* a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente”⁷⁸.

Para Alexandre Foch Arigony⁷⁹:

As leis que regem as agências reguladoras conferem autonomia para essas entidades editarem atos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (standards) legais, no âmbito do setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo setor, retirando da

78 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 287.

79 ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, vol. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

esfera política e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição de normatizar o setor regulado (OLIVEIRA, 2015, p. 150), que pode ser uma atividade econômica ou a prestação de um serviço público. **Tais leis possuem baixa densidade normativa, estabelecendo apenas finalidade e parâmetros genéricos a fim de propiciar o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social** (ARAGÃO, 2013, p. 439).

Essas leis com baixa densidade normativa seriam equiparáveis às leis penais em branco, de modo que o conteúdo da própria lei deve ser complementado pelo ato regulatório. Desse modo, somente “No momento em que a agência edita o ato regulatório, a lei deslegalizadora (“norma regulatória em branco” ou “lei administrativa em branco”) é efetivada e complementada”⁸⁰ e, portanto, passível de criação de direitos e deveres.

O Supremo Tribunal Federal também fez esse paralelo, tendo a Ministra Rosa Weber, relatora das ADIS 4.874 e 4.093⁸¹, consignado o entendimento de que o poder normativo das agências reguladoras é ferramenta para que o regulador implemente os objetivos da legislação setorial, sem criar novos direitos ou extinguir existentes:

O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. **No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares**, sem que possa, a agência reguladora, criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se, como bem pontua Sérgio Guerra, a “*traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado*”. [...] Com efeito, **a norma regulatória deve compatibilizar-se com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo**, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações.

80 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **Curso de direito administrativo**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 216.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024.

A Ministra Relatora alerta, contudo, que essa premissa não “significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei”, devendo se reconhecer que a função regulatória “não é inferior nem exterior à legislação. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes”⁸².

Alexandre Aragão explica que esse entendimento dá espaço ao chamado instituto da delegificação, por meio do qual o “legislador, no uso da sua liberdade para dispor sobre determinada matéria, atribui um largo campo de atuação normativa à Administração, que permanece, em todo caso, subordinada às leis formais”⁸³.

Utilizando-se das lições de Diogo Moreira Neto⁸⁴, esse fenômeno consistiria na “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”.

Alexandre Aragão⁸⁵ então pondera que:

Por esse entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na **adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?** Por que teria que direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que tem maiores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?

82 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024

83 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 289.

84 MOREIRA NETO, Diogo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 166.

85 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 148, out./dez. 2000, p. 289.

Desse modo, vê-se que doutrina e STF convergem para a conclusão de que os atos regulatórios, enquanto frutos de opções exercidas pelo próprio legislador, complementam e integram os atos normativos primários que os precederam. Essa premissa restou clara no voto da Ministra Rosa Weber, Relatora da multicitada ADI nº 4.987, ao consignar que “Embora apto a produzir atos normativos abstratos com força de lei, o poder normativo exercido pelas agências reguladoras vê os seus limites materiais condicionados aos parâmetros fixados pelo legislador”.⁸⁶

Frisa-se, ademais, que em outras duas oportunidades o STF reconheceu a constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras, bem como a necessidade deste para alcance da sua missão constitucional, ao julgar as ADIs nº 1.668 e nº 5.906. Nesta última, tendo como relator o Min. Alexandre de Moraes, houve o reconhecimento da competência da ANTT para dispor sobre as penalidades aplicáveis aos prestadores do serviço de transporte interestadual e internacional de passageiros, a partir das balizas fixadas pela Lei nº 10.233/2001, tendo em vista a atribuição à ANTT, pela lei em questão, da obrigação de “zelar pela qualidade e pela oferta de serviços de transportes que atendam a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade das tarifas”⁸⁷.

Com efeito, por mais que os atos normativos editados pela agência estejam subordinados à lei e à constituição, assim como todos os outros atos integrantes do ordenamento jurídico pátrio, a exemplo dos decretos e regulamentos, isso não significa dizer que os atos normativos regulatórios devem se limitar a reproduzir previsões legais e constitucionais.

Tratam-se os atos normativos regulatórios, então, de espécies normativas integrantes da própria lei, de caráter geral e abstrato, capazes de ultimar a imposição de direitos e obrigações aos integrantes dos setores regulados. Não devem, portanto, ser tratados como atos administrativos de “mera execução”, especialmente diante da legitimidade constitucional e legal conferida às agências reguladoras para o exercício do poder normativo.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.906. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 06 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766260679>. Acesso em 13.04.2024

Como exemplo prático da chamada delegificação cita-se a Lei Estadual nº 5.976, de 17 de novembro de 2022, do Estado de Mato Grosso do Sul⁸⁸, que dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros de Mato Grosso do Sul e sobre os regimes de exploração deste serviço, e dá outras providências.

Essa Lei Estadual atribuiu à regulação a função de garantir a qualidade do serviço público delegado a particulares mediante autorização (art. 7º, II), dispondo em vários de seus dispositivos que seus comandos seriam efetivados por meio de ato normativo a ser expedido pela agência reguladora, a exemplo das disposições técnicas referentes ao termo de autorização (art. 7º, XVII), da competência para normatizar sobre os veículos a serem utilizados nos serviços de transporte (art. 7º, IX), idade máxima da frota, da instituição e monitoramento dos indicadores de desempenho (art. 39) e, inclusive, aos procedimentos de aplicação de sanções (art. 56).

Portanto, no exemplo específico da lei do Estado de Mato Grosso do Sul, instituiu-se competência à Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEMS), enquanto órgão regulador do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros (art. 8º, II) para expedir atos normativos de caráter técnico inerentes a esse setor, a partir dos *standards* veiculados na Lei Estadual nº 5.976, de 2022. Consequentemente, os atos normativos que vierem a ser expedidos pela agência reguladora devem ser considerados como partes integrantes da Lei Estadual nº 5.976, de 2022 e, também, meios indispensáveis a efetivação de seus comandos.

4. O Controle Judicial Dos Atos Normativos Regulatórios: observância à cláusula de reserva de plenário e ao conteúdo técnico desses atos

Fixado o entendimento de que os atos regulatórios, quando editados a partir das balizas veiculadas em lei, passam a compor esse ato normativo primário para fins de sua efetivação, tem-se que o Poder Judiciário, ao de separar com ações impugnando o teor desses atos, deve perpassar sua análise por critérios específicos de ordem procedimental e meritória.

88 MATO GROSSO DO SUL. Lei Estadual nº 5.976, de 17 de novembro de 2022. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros de Mato Grosso do Sul e sobre os regimes de exploração deste serviço, e dá outras providências Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/c86119c3eb515c26042588fe0071b812?OpenDocument>. Acesso em 15.04.2024

Quanto ao aspecto procedimental, defende-se que, para fins de afastamento do teor do ato normativo regulatório com fundamento em uma aparente inconstitucionalidade, é preciso levar em consideração o disposto no art. 97 da Constituição Federal⁸⁹, segundo o qual “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Considerando que, na linha do entendimento já exposto, os atos normativos expedidos pela agência reguladora integram o próprio ato normativo primário (lei delegificadora), revela-se inevitável a conclusão de que o afastamento dos atos normativos regulatórios, com fundamento em uma possível inconstitucionalidade, deve respeitar a cláusula de reserva de plenário.

Ademais, a partir das discussões sobre quais atos normativos do poder público incidiria a previsão do art. 97 da Constituição Federal, o próprio STF⁹⁰ ao julgar a ADI 2.630, há muito estabeleceu como regra geral que:

O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais.

Ainda conforme entendimento do STF⁹¹:

89 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28.03.2024.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.630. Relator: Ministro Celso de Mello, 05 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7132783>. Acesso em 20.04.2024

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 18.165. Relator: Teori Zavascki, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?item=1058>. Acesso em 20.04.2024

O princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição (e a que se refere a Súmula Vinculante 10) diz respeito à declaração de “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público”. Atos normativos têm como características essenciais a abstração, a generalidade e a impessoalidade dos comandos neles contidos. São, portanto, expedidos sem destinatários determinados e com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontram na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos.

Por mais que esse entendimento já tenha sido revisitado com vistas a admitir, inclusive, a incidência do art. 97 da CF também sobre certas leis de efeitos concretos (nesse sentido tem-se a RCL 18165 AgR-ED/RR), nota-se que os atos normativos editados pelas agências reguladoras possuem densidade normativa suficiente para fins de realização do controle de constitucionalidade, pois dotados de generalidade, abstração, autonomia e impessoalidade.

Da mesma maneira, nos termos do enunciado de nº 10 da Súmula Vinculante do STF⁹², “o afastamento da incidência de lei, mesmo sem declaração expressa de inconstitucionalidade, exige a observância da cláusula de reserva de plenário”.

Assim, por exemplo, se deparando o Tribunal de Justiça com um mandado de segurança que se volte contra determinações veiculadas por meio de Resolução ou Portaria da uma agência reguladora, tendo como fundamento uma alegada contrariedade ao texto constitucional, é imprescindível que, caso o relator vislumbre possível o afastamento da norma por entendê-la inconstitucional, submeta a questão previamente ao órgão especial do Tribunal, de acordo com o rito previsto nos artigos 948 a 959 do Código de Processo Civil e de seu regimento interno.

Pelo mesmo motivo, é possível, inclusive, admitir Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face dos atos normativos regulatórios, como, aliás, já realizado pelo STF por meio da ADI nº 4874 e nº 5.543, ajuizadas contra as Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012, e 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, respectivamente.

No que se refere ao aspecto meritório a ser considerado pelo Judiciário, tem-se o fato de que os atos normativos regulatórios são dotados

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº10. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/>

de caráter técnico e, além disso, editados a partir de estudos e levantamentos do setor econômico realizados pelas agências reguladoras.

Corroborando essa premissa, cita-se a previsão de realização de análise de impacto regulatório para a “a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” (art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019⁹³), devendo essa análise veicular informações e dados acerca dos efeitos desse ato.

Por mais que essa previsão legal seja voltada para a esfera federal, a realização dessa análise é uma prática que está sendo difundida nas agências reguladoras estaduais e municipais, ainda que não se utilizem dessa nomenclatura. Com efeito, ao analisar os atos normativos das agências reguladoras, nota-se a menção, em seu teor, a algum procedimento administrativo prévio ou a uma nota técnica específica.

Além disso, os atos normativos das agências que repercutam nos interesses de usuários ou agentes econômicos devem também ser objeto de audiências ou consultas públicas (art. 9º e 10 da Lei nº 13.848, de 2019), importantes ferramentas de apoio à tomada de decisão e que conferem transparência aos atos regulatórios e também viabilizam um controle e acompanhamento social efetivos.

No Estado de Mato Grosso do Sul, a agência reguladora deve, por imposição legal, realizar consulta pública “previamente à edição de quaisquer regulamentos e à aprovação de regime, níveis, estruturas e revisões tarifárias” (art. 23 da Lei Estadual nº 2.766, de 18 de dezembro de 2003⁹⁴), podendo definir outras situações em seu regimento interno.

Atualmente o Regimento Interno da AGEMS (Portaria nº 229 de 14 de julho de 2022⁹⁵) prevê, em seu art. 82, que a Diretoria-Executiva da

93 BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm >. Acesso em 24.03.2024.

94 Mato Grosso do Sul. Lei n. 2.766, de 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/b0fc50f6116ba51604256e0100454b4f?OpenDocument> . Acesso em: 18.04.2024.

95 Mato Grosso do Sul. Portaria AGEMS nº 229 de 14 de julho de 2022. Disponível em: < <https://www.agems.ms.gov.br/portaria-agems-n-229-de-14-de-julho-de-2022/> > Acesso em: 02.02.2024.

AGEMS deve realizar consulta pública previamente à “edição ou alteração de regulamentos regulatórios, inclusive normas de condições gerais”.

Demonstrado que os atos normativos editados pelas agências são fruto de estudos e análises técnicas, e, além disso, passam, em regra, por processos de controle social prévio, é necessário que o Poder Judiciário leve essas premissas em consideração ao se deparar com ações impugnando o conteúdo desses atos.

Desse modo, diante da especificidade e tecnicidade dos atos regulatórios, é imperioso que eles não sejam tratados como meros atos administrativos discricionários e passíveis de afastamento no caso concreto apenas à luz dos argumentos trazidos pela parte que os impugna. É preciso ter em mente, além disso, que o afastamento de um ato normativo abstrato e genérico pode impactar em todo um setor econômico e na própria qualidade dos serviços regulados e prestados em favor da população.

Portanto, é importante que a análise judicial dos atos normativos regulatórios seja realizada à luz da sua condição de parte integrante da própria lei que atribuiu essa função às agências reguladoras e, também, de seu caráter técnico e determinante para os setores regulados.

5. Conclusões

A Constituição de 1988 prevê que o Estado deveria figurar como agente normativo e regulador da atividade econômica. As agências reguladoras surgem, então, como forma de viabilizar esse comando constitucional.

Essas agências, dotadas de reforçada autonomia técnica e administrativa, foram criadas para despolitizar decisões inerentes a setores econômicos e conferir-lhes tratamento técnico de forma célere e dinâmica.

Os atos normativos regulatórios, portanto, figuram como importante ferramenta para conferir segurança jurídica aos setores regulados, mediante o estabelecimento de regras claras e objetivas. Essa previsibilidade contribui para a redução da litigiosidade e para a atração de investimentos.

Apesar da divergência existente acerca da compatibilização desses atos com os princípios da legalidade e da separação dos poderes, tem prevalecido, inclusive no âmbito do STF, a corrente de que os atos regulatórios, enquanto frutos de opções exercidas pelo próprio legislador,

complementam e integram os atos normativos primários que os precederam e fixaram as balizas para a atuação das agências.

Em virtude disso, é imprescindível que a análise judicial atos normativos regulatórios seja realizada a partir de sua condição de parte integrante da própria lei que atribuiu essa função às agências reguladoras, de modo que eventual o afastamento desses atos, com fundamento em uma possível inconstitucionalidade, seja feito com observância à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

Além disso, é importante que o Judiciário observe o caráter técnico dos atos regulatórios e leve em consideração o fato de que o afastamento de um ato normativo abstrato e genérico, sujeito a um controle social prévio, pode impactar todo um setor econômico e na própria qualidade dos serviços regulados e prestados em favor da população.

6. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Descentralização administrativa-sua evolução face às reformas à Constituição de 1988. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, p. 117-146, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. 2000.

ARIGONY, Alexandre Foch. O poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade dos princípios inteligíveis. **REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, vol. 6, n. 1, p. 202-224, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de direito administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo**. Rio de janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em 28.03.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.879. Relatora: Ministra Rosa Weber, 01 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101>. Acesso em 13.04.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.630. Relator: Ministro Celso de Mello, 05 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7132783> . Acesso em 20.04.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.906. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 06 de março de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766260679> . Acesso em 13.04.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional n. 18.165. Relator: Teori Zavascki, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?item=1058> . Acesso em 20.04.2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº10. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/>

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm >. Acesso em 24.03.2024.

CUÉLLAR. Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.

FERREIRA, Gabriel Esteves. **Controle por parte dos poderes executivo e judiciário e revisão dos atos emanados pelas agências reguladoras.** TCC (Graduação)-Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

FORTINI. Cristiana; FAJARDO. Gabriel. **A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/interesse-publico-lei-agencias-reguladoras-impressoes-iniciais/>

HANDRO, Felipe Lira. Possibilidade e parâmetros de controle judicial do ato normativo técnico das agências reguladoras: um estudo da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. **Revista CEJ**, v. 22, n. 74, 2018. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.74.03.pdf

ISSA, Rafael Hamed. **O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras.** 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16062015-154504/pt-br.php>

Mato Grosso do Sul. Lei n. 2.766, de 18 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/b0fc50f6116ba51604256e0100454b4f?OpenDocument> . Acesso em: 18.04.2024.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Estadual nº 5.976, de 17 de novembro de 2022. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros de Mato Grosso do Sul e sobre os regimes de exploração deste serviço, e dá outras providências Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/c86119c3eb515c26042588fe0071b812?OpenDocument>. Acesso em 15.04.2024

Mato Grosso do Sul. Portaria AGEMS nº 229 de 14 de julho de 2022. Disponível em: < <https://www.agems.ms.gov.br/portaria-agems-n-229-de-14-de-julho-de-2022/> > Acesso em: 02.02.2024.

MOREIRA NETO, Diogo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

SANTOS, Arthur Lardosa dos. **A competência congressual de sustar atos do Poder Executivo: reflexões sobre a sua aplicabilidade às Agências Reguladoras**. 2016.

CAPÍTULO 6

FORMAS DE GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO

André Saddy⁹⁶

1. Introdução

O artigo tem por objetivo principal apresentar as formas de gestão dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil e secundário tratar das diferentes possibilidades relacionadas à titularidade de tais serviços públicos.

Para tanto, faz uma abordagem inicial do conceito de saneamento básico, explicando o que é e quais etapas cada segmento este conceito possui, desde o abastecimento de água potável e do esgotamento sanitário, até a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e, por fim, a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Essa parte introdutória, é imprescindível para entender o ponto seguinte, que trata da titularidade do serviço público de saneamento básico. Neste ponto, além de abordar o posicionamento dos tribunais e da doutrina, apresentou-se as 3 (três) possibilidades relativas ao tema da titularidade. A primeira quando o serviço não estiver inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. A segunda, se o serviço estiver

96 Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford, Doutor Europeu em "Problemas actuales de Derecho Administrativo" pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España, Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alßan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina, pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de direito administrativo do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Diretor de Normatização do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor- Presidente do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados. Consultor e parecerista.

inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Por último, a terceira, apresenta a possibilidade do Município integrar, por vontade própria, de consórcio público de direito público ou estabelecer um convênio de cooperação. Para cada uma dessas possibilidades, a titularidade varia e o artigo demonstra isso.

Por fim, o artigo analisa a existência de 7 (sete) diferentes modelos na prestação dos serviços públicos de saneamento básico: (i) Administração direta, (ii) autarquia, (iii) empresas estatais (existe uma predominância das chamadas companhias estaduais), (iv) fundações, (v) consórcios públicos, (vi) concessionários de serviço público (concessão comum e PPP), e (vii) organizações sociais.

2. Conceito de saneamento básico

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o termo “saneamento básico” aparece em três momentos: (i) no art. 21, inc. XX, a fim de firmar competência da União quanto ao estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive, habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (ii) no art. 23, inc. IX, visa firmar competência comum dos entes federados na promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; e, (iii) no art. 200, que trata da questão do saneamento dentro das competências do Sistema Único de Saúde (SUS), ao afirmar que a ele compete “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico”.

Com isso, o saneamento básico assume papel central na política de saúde pública e de meio ambiente. Tanto um quanto outro são princípios fundamentais na proteção dos serviços públicos de saneamento básico, conforme se pode depreender do art. 2º, inc. III, IV e VI da Lei n.º 11.445/2007, todos com redações alteradas pela Lei n.º 14.026/2020.

A preocupação do legislador com esses dois temas (saúde e meio ambiente) também se evidencia ao constatar que eles são mencionados mais de 40 vezes ao longo do texto legal (Lei n.º 11.445/07).

Com a edição da Lei n.º 11.445/2007, passou-se a adotar um conceito amplo de saneamento básico. A Lei n.º 14.026/2020 aperfeiçoou-o, como se pode observar pela leitura do seu art. 3º, inc. I, que conceitua saneamento básico como o conjunto de serviços públicos, infraestrutura e instalações operacionais de:

- a) **abastecimento de água potável**: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)
- b) **esgotamento sanitário**: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)
- c) **limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos**: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)
- d) **drenagem e manejo das águas pluviais urbanas**: constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes. (Redação pela Lei n.º 14.026, de 2020)

Posto isso, passa-se a analisar cada uma das atividades que integram esse conceito.

2.1 Abastecimento de água potável

Entre os conjuntos de serviços, infraestrutura e instalações que integram o conceito de saneamento básico, tem-se o abastecimento de água potável. O art. 4º do Decreto n.º 7.217/2010 considera serviços públicos de abastecimento de água a sua distribuição mediante ligação predial, incluindo eventuais instrumentos de medição, bem como quando vinculadas a esta finalidade, as seguintes atividades: (i) reservação de água bruta; (ii) captação; (iii) adução de água bruta; (iv) tratamento de água; (v) adução de água tratada; e (vi) reservação de água tratada.

A reservação de água bruta é a fonte de onde se retira a água, que pode ser uma represa, um rio ou um poço. A captação, por sua vez, é

o conjunto de equipamentos e instalações que retira a água da reservação bruta a fim de lançá-la no sistema de abastecimento. Já adução é o nome das tubulações que ligam a captação à estação de tratamento e que ligam a estação de tratamento às redes de distribuição. As estações de tratamento podem existir ou não, dependendo da qualidade da água captada. Por fim, a reservação de água tratada é o acúmulo de água própria para consumo que visa ao atendimento da população, mediante a manutenção constante de pressão na rede. Esses são reservatórios de distribuição de água.

2.2 Esgotamento sanitário

O esgoto sanitário, também denominado doméstico ou comum, pode ser considerado como toda a vazão de esgoto decorrente de atividades domésticas. Esse é distinto do esgoto industrial, que está relacionado às atividades industriais, e do esgoto pluvial, que tem sua geração a partir da coleta de águas de escoamento superficial das chuvas e, em alguns casos, lavagem das ruas e de drenos subterrâneos ou de outro tipo de precipitação atmosférica.

O art. 9º do Decreto n.º 7.217/2010 define apenas o esgotamento sanitário como serviço público, sendo certo que o tema do esgotamento pluvial também é tratado como serviço público, mas dentro do tema da drenagem urbana de águas pluviais. Segundo esse dispositivo legal, consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: (i) coleta, inclusive, ligação predial, dos esgotos sanitários; (ii) transporte dos esgotos sanitários; (iii) tratamento dos esgotos sanitários; e (iv) disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive, fossas sépticas.⁹⁷

A coleta e o transporte dos esgotos sanitários coletivos são feitos por um conjunto de condutos e obras, que se denomina rede coletora. As águas coletadas poderão ser desaguadas em estado bruto, caso a área

97 A legislação e as normas de regulação poderão considerar como esgotos sanitários também os efluentes industriais cujas características sejam semelhantes às do esgoto doméstico. Não sendo tais assim tratados, ou seja, não tendo características semelhantes às do esgotamento sanitário/doméstico/comum, serão considerados atividades econômicas de livre acesso à iniciativa privada, devendo sua coleta, seu tratamento e sua disposição serem feitos a expensas daquele que o produzir, podendo quem venha a prestar tais serviços sofrer restrições e limitações por meio do poder de polícia administrativa.

que a receba tenha capacidade de absorver a carga orgânica total delas. Caso não haja capacidade de absorção da carga orgânica a ser disposta pelos corpos receptores, haverá a necessidade de uma estação de tratamento de esgoto. O principal objetivo da estação é preservar o equilíbrio do ambiente sobre o qual se dispõe esse esgoto. Nesse caso, a água é tratada com o escopo de retornar ao meio ambiente de forma menos impactante mediante a disposição final.

Sistemas individuais de tratamento de esgoto poderão ser adotados na ausência de rede pública de esgotamento sanitário, sendo observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambientais, de saúde e de recursos hídricos, na forma do art. 11, §1º, do Decreto n.º 7.217/2010. Esses sistemas consistem no lançamento dos resíduos de esgotamento gerados por uma habitação, usualmente em fossa séptica, seguida de dispositivo de infiltração no solo – sumidouro, irrigação subsuperficial.

Vale acrescentar, por fim, que a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais não é considerada serviço público, quando o usuário não depender de terceiros para operar os serviços, nos termos do art. 2º, §1º, do Decreto n.º 7.217/2010.⁹⁸

2.3 Limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos

A limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos urbanos também são tratados como serviços públicos pela Lei n.º 11.445/2007. Segundo o art. 7º desse diploma legal, tal serviço é composto pelas seguintes atividades: (i) de coleta, transbordo e transporte dos resíduos sólidos; (ii) de triagem para fins de reuso ou reciclagem, de tratamento, inclusive, por compostagem, e de disposição final dos resíduos sólidos; e (iii) de varrição, capina e poda de árvores em vias e logradouros públicos e outros eventuais serviços pertinentes à limpeza pública urbana.

Ao tratar do conceito de limpeza urbana, a lei limita-se a lixo doméstico e o oriundo da varrição de ruas, o que poderia dar a entender que a limpeza urbana seria apenas daqueles resíduos produzidos nas residências. Porém esse não é o entendimento esposado nas demais leis que

98 É importante mencionar também que os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento básico, conforme disposição do parágrafo único do art. 4º, da Lei n.º 11.445/2007.

tratam do assunto. Segundo PAULO LOMAR⁹⁹, “habitualmente, os tipos de lixo ou de resíduos sólidos são classificados segundo sua origem e o seu grau de risco em relação ao ser humano e ao meio ambiente”. Para esse autor¹⁰⁰, a Lei n.º 11.445/2007 não define o conceito de lixo doméstico para o efeito de sua aplicação, deixando para o ente titular da prestação do serviço de saneamento a incumbência de fixar qual o limite do serviço de limpeza urbana que será prestado em regime público, sendo caracterizado como serviço público, e qual aquele que será prestado em regime privado, como atividade econômica livre à iniciativa privada.

Já conforme o art. 12 do Decreto n.º 7.217/2010, consideram-se serviços públicos de manejo de resíduos sólidos as atividades de coleta e transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive, por compostagem, e disposição final dos: (i) resíduos domésticos; (ii) resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e (iii) resíduos originários dos serviços públicos de limpeza pública urbana, tais como: a) serviços de varrição, capina, roçada, poda e atividades correlatas em vias e logradouros públicos; b) asseio de túneis, escadarias, monumentos, abrigos e sanitários públicos; c) raspagem e remoção de terra, areia e quaisquer materiais depositados pelas águas pluviais em logradouros públicos; d) desobstrução e limpeza de bueiros, bocas-de-lobo e correlatos; e e) limpeza de logradouros públicos onde se realizem feiras públicas e outros eventos de acesso aberto ao público.

A Lei n.º 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 3º, inc. XVI, traz a seguinte definição:

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para

99 LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). **Saneamento básico: diretrizes gerais**: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

100 Ibidem, p. 28.

isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

É excluído do conceito de serviço público de saneamento o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador, nos termos do art. 5º, da Lei n.º 11.445/2007. Vale mencionar também que o lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador pode, por decisão do poder público, ser considerado resíduo sólido urbano.

Quanto ao alcance do termo resíduo sólido, esse pode ser classificado em dois grupos: resíduos sólidos urbanos e resíduos sólidos especiais. A competência para a coleta dos resíduos sólidos urbanos é do poder público, por meio do órgão ou entidade competente, ou seja, é serviço público; já a competência da coleta dos resíduos especiais é feita por intermédio do órgão ou entidade competente ou empresa habilitada e credenciada para tal ou, ainda, pelo próprio gerador, ou seja, é atividade econômica privada, cuja competência para a gestão dos resíduos especiais é do gerador, e a regulação fica a cargo do poder público.

A coleta do lixo normalmente é feita porta a porta pelo prestador do serviço, por meio de caminhões, mas existem localidades onde essa coleta não é feita porta a porta, e o lixo deve ser deixado em locais pré-indicados. A coleta porta a porta deve abranger toda a cidade e ter frequência regular, de preferência, diária, mas sendo razoável a coleta em dias alternados para que o lixo não seja guardado por mais de um dia. Essa coleta pode ser seletiva ou não. Na coleta comum, não há qualquer separação dos resíduos em orgânicos ou inorgânicos. Na coleta seletiva, há diferenciação dos resíduos recicláveis, que foram previamente separados do lixo orgânico. De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a implantação da coleta seletiva é obrigação dos municípios e metas referentes à coleta seletiva fazem parte do conteúdo mínimo que deve constar nos planos de gestão integrada de resíduos sólidos dos municípios.

Transbordo também é conhecido como estações de transferência, pois são locais onde os caminhões coletores despejam sua carga dentro de veículos com carrocerias de maior capacidade que seguem até seu destino. Têm como objetivo reduzir o tempo e o custo com o deslocamento do caminhão coletor desde o ponto final do roteiro até o local de disposição final do lixo.

A triagem mencionada pela lei refere-se ao processo de separação do lixo na coleta comum. Nesse caso, aproveita-se bem menos o material, pois grande parte dos resíduos recicláveis, ao entrar em contato com matéria orgânica em decomposição, não pode ser aproveitada, por isso, a importância da implantação da coleta seletiva com a separação dos resíduos de forma prévia.

A disposição final é a última etapa do sistema de limpeza. A disposição final é uma etapa de suma importância no processo do manejo dos resíduos sólidos, visto que não se deve apenas “esconder” o lixo, mas tratá-lo para que ele retorne à natureza da forma menos prejudicial possível. Com a publicação da nova política nacional de resíduos sólidos em 2010 foi determinado o estabelecimento de metas para a eliminação e a recuperação dos lixões e para a redução dos rejeitos em si, com o aumento da reciclagem e reaproveitamento dos resíduos. Com isso, a Lei n.º 12.305/2010, em seu art. 3º, define como destinação final ambientalmente adequada a destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes, entre elas a disposição final. A disposição final ambientalmente adequada, por sua vez, é a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar impactos ambientais adversos.

2.4 Drenagem e manejo das águas pluviais urbanas

O quarto, e último, conjunto de serviços, infraestrutura e instalações que integra o conceito de saneamento básico diz respeito à drenagem e ao manejo das águas pluviais urbanas. E esse vem descrito no Decreto n.º 7.217/2010, art. 15, como os serviços públicos constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: (i) drenagem urbana; (ii) transporte de águas pluviais urbanas; (iii) retenção ou retenção de águas pluviais urbanas para amortecimento de vazões de cheias, e (iv) tratamento e disposição final de águas pluviais urbanas.

O sistema de drenagem deve ser entendido como o conjunto da infraestrutura existente em uma cidade para realizar a coleta, o transporte e o lançamento final das águas superficiais. As ações relacionadas à drenagem urbana integram-se aos problemas ambientais e sanitários das águas urbanas.

3. Titularidade do Serviço Público de Saneamento Básico

O Estado federal brasileiro é formado por três níveis de poder: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, que cumulam as competências dos dois últimos, tendo adotado tanto o federalismo dual quanto o federalismo cooperativo. Sendo assim, as competências podem ser exercidas privativamente ou de modo exclusivo por cada ente ou comumente ou concorrentemente a depender da matéria.

O direito constitucional brasileiro prevê não apenas competências exclusivas ou privativas de cada ente, em razão do princípio da predominância de interesses, mas, também, competências comuns (administrativas) ou concorrentes (legislativas), compartilhadas pelos entes estatais.

No que diz respeito ao serviço público de saneamento básico, apesar da complexidade da repartição de competências no quadro constitucional descrita no início deste artigo, entende-se que são os Municípios (e o Distrito Federal) os titulares de tais serviços, em razão de prevalecer o critério da preponderância do interesse local (art. 30, inc. II, da CRFB), baseado doutrinariamente no princípio da subsidiariedade. Assim, sempre se entendeu, quando diante de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como quando da drenagem e do manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas. Essas atividades sempre foram vistas como de competência administrativa e legislativa dos Municípios. Porém algumas dúvidas existiam quanto à titularidade dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, especialmente pelo fato de a CRFB não sinalizar expressamente.¹⁰¹ Agora, caso os municípios integrem regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, compartilhando instalações operacionais, instituídas por lei complementar estadual, exercerão a titularidade conjunta por meio de gestão compartilhada (entrosamento

101 A complexidade acerca da titularidade dos referidos serviços revela não ser esta uma tarefa trivial. Para PAULO DE BESSA ANTUNES (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1046), a titularidade dos serviços públicos de saneamento “talvez seja o tema mais complexo da Lei em exame, pois sempre houve intensa controvérsia entre estados e municípios sobre a matéria, sobretudo em função do elevadíssimo potencial arrecadatório dos serviços de saneamento”. Também para ÉDIS MILARÉ (MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1082), “o legislador deixou de enfrentar o mais polêmico e difícil tema do saneamento brasileiro: a titularidade dos serviços”. Os debates e embates quanto à titularidade diminuíram após o Supremo Tribunal Federal (STF) ter julgado a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1842, como se terá oportunidade de compreender ainda neste tópico.

compulsório).¹⁰² O exercício da titularidade poderá ser realizado também por gestão associada de cooperação voluntária, mediante consórcio público ou convênio de cooperação.¹⁰³

Os serviços públicos de saneamento básico e, apenas esses, visto que as atividades econômicas privadas mencionadas no item III não estão inseridas nesse debate, poderão ser de titularidade exclusiva dos municípios; poderão deixar de ter um interesse predominantemente local para transformar-se em serviços de interesse regional ou estadual, haja vista a existência de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; ou poderão ser de titularidade interfederativa mediante a cooperação entre entes federativos por meio de consórcios públicos de direito público.

Assim reconheceu o Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.842/RJ:

4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. **A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas**, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, §3º, da Constituição Federal. **Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante o art. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal**, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos

102 A CRFB preleciona, em seu art. 25 §3º, que os Estados podem, mediante lei complementar, constituir regiões metropolitanas, formadas por agrupamento de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

103 Art. 8º, inc. I e II e §1º da Lei n.º 11.445/2007.

de interesse comum. **O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.** O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. (grifo nosso)

Antes desse julgado, existiam autores, como RICARDO MARCONDES MARTINS¹⁰⁴, que defendiam que o serviço de saneamento básico era de interesse local, mesmo localizado na região metropolitana. Segundo o autor, existe uma imprecisão ao atribuir aos Estados a competência para a instituição da região metropolitana, que não significa, necessariamente, a atribuição ao Estado da titularidade de todos os serviços locais afetos à região metropolitana. Não existiria uma correlação automática no sentido de o Estado instituir a região metropolitana por meio de lei complementar, e o próprio ente estatal definir esse serviço como de interesse comum. Para o autor, quando a prestação do serviço, em si, extravasa os limites territoriais do município, o serviço passa a ser de titularidade do Estado. Isso, porém, não ocorre na prestação de serviços públicos de saneamento básico, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município, *in verbis*:

[...] nas regiões metropolitanas, os estados têm competência para impor condicionamentos exigidos pelo interesse regional; nelas os estados têm titularidade para realizar os serviços cuja prestação, em si, extravasa os limites territoriais do município, serviços que por sua própria natureza são intermunicipais. O serviço de saneamento básico não se encaixa nessa categoria: é serviço local, mesmo na região metropolitana, pois a prestação não extravasa, pela sua natureza, o limite territorial do município. Os municípios são os titulares do serviço de saneamento nas regiões metropolitanas, mas, ao prestá-lo, devem obedecer aos condicionamentos, justificados pelo interesse regional, impostos na legislação estadual.

104 MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ano 2008, v. 249, p. 171-198, out. 2008, p. 178.

PAULO MODESTO¹⁰⁵:

A competência do Estado para instituição da região metropolitana não autoriza que o Estado assuma para si a execução dos serviços de saneamento nem a titularidade do serviço (Art. 25, §3º, da CF). Essa decisão deve ser entregue à deliberação dos municípios integrados, preservando a autonomia de cada qual, ainda que exercida no âmbito do colegiado da região. Não é correto dizer-se que, instituída a região metropolitana, o serviço de saneamento adquire a condição de serviço de interesse predominantemente regional e a titularidade é transferida para o Estado-membro.

O STF, desde a ADI n.º 1841, aduz que quando o município se encontrar dentro de uma região metropolitana, aglomerações urbanas e micror-regiões, ter-se-á de compatibilizar a autonomia municipal como ente federativo, mas a gestão decisória será compartilhada, na qual cada ente federativo terá um grau de participação específico, tendo em vista existir características econômicas e populacionais muito diferentes entre cada um. O STF não definiu como será o compartilhamento da participação, apenas reconheceu que esses devem ter poder decisório, participação ativa, não deixando apenas a cargo do Estado-Membro da federação. Segundo o STF:

A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto.

Antes de tal decisão, a doutrina¹⁰⁶ dispunha que o saneamento básico poderia deixar de ter titularidade municipal quando as redes de

105 MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>>. Acesso em: 5 jun. 2021. p. 6.

106 Nesse sentido, vide: TÁCITO, Caio. Saneamento Básico - Região Metropolitana - Competência Estadual (Parecer). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 222, out./dez. 2000 p. 2; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder Concedente para o abastecimento de Água. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, 1999, p. 13; BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002, p. 257.

infraestrutura que o compusessem não se restringissem aos limites territoriais ou administrativos do município. Isto é, existindo região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, a gestão do saneamento básico seria deslocada em parte para a esfera de competência do estado instituidor desta, sendo esse o corresponsável por assegurar o interesse regional em benefício do princípio da continuidade e da eficiência.

Segundo GUILHERME MELLO GRAÇA e ANA PAULA DE ALMEIDA¹⁰⁷, a importância do julgado veio para pacificar o entendimento de que a simples criação de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões por lei complementar estadual não transfere a competência para o Estado, apenas nasce uma gestão compartilhada do exercício dessas competências, uma “*governança interfederativa*”. E isso veio a ser consolidado com o advento do Estatuto da Metrópole (Lei n.º 13.089/2015). Portanto, pode-se concluir acerca dessa discussão que o entendimento que prevalece, segundo a leitura dos julgados do Supremo Tribunal Federal, é que, na região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões, há a preponderância do interesse comum entre os entes, municípios compulsoriamente inseridos em sua composição, para prestação de serviços de saneamento básico que, a princípio, é de competência apenas dos entes locais. Sem que isso configure a transferência de competência para os Estados, apenas nascendo uma “*governança interfederativa*”, nos termos da Lei n.º 13.089/2015.

RODRIGO GARRIDO DIAS¹⁰⁸, ao tratar do Estatuto da Metrópole (Lei n.º 13.089/2015), afirma que tal diploma estabelece uma prevalência do interesse comum sobre o local e o necessário compartilhamento de responsabilidades entre os entes no que diz respeito à gestão de funções públicas de interesse comum. Aduz que o desafio mais proeminente ao cumprimento do estatuto é a organização e o consenso dos integrantes das regiões metropolitanas em torno de problemas comuns, construindo a partir daí os alicerces para uma verdadeira governança interfederativa. Esses problemas comuns são diametralmente opostos às demandas eminentemente locais, pois não correspondem à soma das dificuldades de cada ente. Outro problema reside nas diferenças orçamentárias e

107 GRAÇA, Guilherme Mello; ALMEIDA, Ana Paula de. Distribuição e conflitos de competência no âmbito do saneamento básico: município como ente titular da prestação do serviço. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coords.) **Aspectos Jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 87.

108 DIAS, Rodrigo Garrido. As regiões metropolitanas e o serviço regionalizado de saneamento. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coords.) **Aspectos Jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 101.

financeiras entre os integrantes das regiões, que não contam com fontes de recursos específicas para atender às demandas.

Vale aqui mencionar que a Lei n.º 14.026/2020 limitou-se a relacionar interesse comum com compartilhamento de infraestrutura técnico-operacional. A natureza econômico-financeira também é relevante para deflagrar o interesse comum. De acordo com RAFAEL DOMINGOS FAIARDO VANZELLA e JÉSSICA SURUAGY AMARAL BORGES¹⁰⁹, essa limitação do interesse comum com compartilhamento de infraestrutura técnico-operacional apenas não é correta, mas incompleta. Para os autores:

O interesse comum pode se manifestar igualmente por outros signos. O dado econômico-financeiro é fundamental. Não nos parece ser legítimo que os municípios invoquem o interesse local apenas porque não compartilham infraestruturas técnico-operacionais. É preciso que eles provem que determinada solução de projeto não destrói valor para a região legal de que participa. É evidente que em casos de prestações consolidadas historicamente, o fato consumado deverá, mesmo em termos de eficiência, contar a favor do interesse local: uma situação de *path dependence*, na vertente *history matters*, traz suas próprias ineficiências para ser revertida (sic).

Para ROVENA NEGREIROS¹¹⁰, destacam-se os seguintes desafios político-institucionais para a cooperação interfederativa nas regiões metropolitanas: (i) a fragmentação institucional, que gera impactos na gestão e implementação das FPICs, da qual sobressai a pulverização da repartição formal de atribuições entre os entes federados e a autonomia dos governos locais na solução de problemas de interesse comum; (ii) o baixo reconhecimento do papel e do peso na dinâmica metropolitana de um ou mais municípios (em geral, o município sede), que tende a ser desconsiderado nas estruturas de governança metropolitana; (iii) a dificuldade para implantar mecanismos e instrumentos que ampliem a participação do setor privado no financiamento de projetos e ações e (iv) as disputas político-partidárias e a falta de identidade metropolitana.

109 VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 233.

110 NEGREIROS, Rovená. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrópole. **Revista Desafios do Desenvolvimento**, n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021. p. 19.

Essa conjugação de titularidades, as complexas relações entre os entes federativos, a sobreposição de instrumentos de planejamento (PDUI, Planos Diretores Municipais, Planos Setoriais de Saneamento Estadual, Metropolitano e Municipal e mesmo de legislação – lei orçamentária estadual e municipais), bem como as diferentes formas de interpretar essas questões, dificultam e trazem insegurança jurídica à prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

O constituinte optou pelo emprego de cláusulas genéricas como interesse local, comum e regional para a determinação das competências, o que certamente dá margem a conflitos potenciais entre Estados e Municípios. Esse conflito se torna ainda mais premente quando se discute a inserção dos municípios nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, ante a dificuldade de isolar os problemas municipais, o que certamente demanda o compartilhamento das ações integradas.

As interpretações quanto à titularidade e às complexidades do tema diminuíram com o surgimento da Lei n.º 11.445/2007, bem como com as decisões das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI 1.841/RJ e a 1.842/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a Lei n.º 14.026/2020 surge para apaziguar os debates e encerrar qualquer dúvida pertinente à titularidade, visto que, em seu art. 8º, aduz:

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

§1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal [...]

Conclui-se que, apesar do serviço público de saneamento básico ser de reconhecida competência municipal, seu exercício depende da outorga do uso de recursos hídricos de outros entes da federação, assim como da submissão à legislação geral editada pela União, que, até 2007 (marco regulatório do saneamento básico), era precária, limitada a legislações esparsas.

O uso de recursos hídricos na prestação dos serviços públicos de saneamento básico complica ainda mais a temática, pois a CRFB trata, de maneira diferenciada, os institutos do domínio de águas, bem como do saneamento básico, institutos esses que se interseccionam, segundo LUIS ROBERTO BARROSO¹¹¹, pelo menos, em três atividades relacionadas com o saneamento, quais sejam: (i) administração dos recursos hídricos; (ii) outorga do uso da água; e (iii) proteção ambiental e controle da poluição.

Diferentemente do saneamento básico que a titularidade é municipal, a CRFB distribuiu o domínio de águas entre a União e os Estados-Membros, deixando de fora a partilha original dos Municípios.

No que diz respeito à administração dos recursos hídricos, o art. 21, inc. XIX, da CRFB prenuncia a competência da União para a instituição do sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e a definição dos critérios de outorga de direitos de seu uso. O artigo constitucional foi devidamente regulamentado pela Lei n.º 9.433/1997, que dispõe acerca do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Esse diploma legal traz alguns conceitos importantes, a exemplo da conceituação da água como bem de domínio público e a que a prestação do serviço de saneamento básico deve submeter-se à política nacional de recursos hídricos.

Já no que tange à outorga do uso das águas, existe a previsão do próprio art. 21, inc. XIX, da CRFB, sendo competência da União e dos Estados, supletivamente, a outorga do uso da água. Cumpre asseverar que a outorga para os Municípios prestarem o serviço de saneamento básico seria um ato de caráter vinculado, desde que houvesse o preenchimento de requisitos para tanto. Desta forma, a lei impõe a necessidade de os Municípios obterem a outorga do uso de água com os entes que possuem o domínio dos mananciais de onde serão captadas as águas e onde os esgotos terão sua disposição final, por exemplo.

Por fim, no que tange à proteção ambiental e ao controle da poluição, a CRFB estabelece, no art. 24, inc. VI, que compete à União e aos Estados, concorrentemente, legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição, ao passo que é competência comum dos três níveis federativos *“proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”*, como dispõe o art. 23, inc. VI. A falta de saneamento básico

111 BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002, p. 258-259.

é uma das principais causas de contaminação do solo e das fontes de água, de modo que a proteção ambiental e o controle da poluição são temas intimamente relacionados ao saneamento.

Tudo isso, gera distintas possibilidades a depender do cenário em que o município se encontra inserido. São três as possibilidades:

- (i) se não inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, o Município terá a titularidade e, por conseguinte, o poder concedente, pelo princípio da subsidiariedade, haja vista deter a competência federativa sobre as matérias de interesse local;
- (ii) se inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, o interesse será comum e a gestão será compartilhada entre os entes federativos envolvidos nos interesses metropolitanos, ou seja, haverá uma governança interfederativa. Tal hipótese ocorrerá independentemente de sua vontade, pois sua inclusão na região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião é compulsória, sendo ela uma decisão do Estado-Membro da federação no qual ele se encontra. Nesse caso, o poder concedente das funções públicas de interesse comum passa ao colegiado interfederativo.¹¹² Nesse colegiado, nenhum ente pode deter o poder absoluto (embora não obrigatória a paridade na participação) e as decisões do colegiado não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa estadual, o que reforça a autonomia da instância deliberativa metropolitana. No mais, haverá que realizar o Plano Urbanístico de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), elemento fulcral da governança interfederativa, cuja construção é uma excelente ocasião para inserir o administrado nos debates concernentes à execução das funções públicas de interesse comum;

112 Segundo RAFAEL DOMINGOS FAIARDO VANZELLA e JÉSSICA SURUAGY AMARAL BORGES (VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 226), ao tratar de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião aduz-se que, ao ser instituída a regionalização e demonstrado o compartilhamento de determinadas infraestruturas, “o interesse comum modifica a própria competência material dos entes federativos no setor de saneamento básico. Os municípios deixam de ser isoladamente competentes para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico em seus territórios, mas alcançam, em conjunto entre si e com o estado instituidor da região legal, a posição de consorte ou comunheiros na matéria. Em outras palavras, a lei buscou conferir o status de Poder concedente a uma comunhão de entes federativos participantes, em papéis diversos, da região legal”.

- (iii) se integrante, por vontade própria, de consórcio público de direito público ou estabelecer um convênio de cooperação, a gestão do serviço público de saneamento básico poderá ser associada, pois o Município realizará uma competência inter-federativa na forma de cooperação federativa de natureza voluntária, denominada gestão associada para o desenvolvimento de competências próprias atreladas ao planejamento, à regulação, à fiscalização e à prestação de serviços públicos. Situação essa que pode envolver ou não a transferência dessas competências entre eles.

Qualquer dessas hipóteses terá de respeitar as normas jurídicas decorrentes do domínio das águas de competência da União e dos Estados-Membros, bem como no que diz respeito à melhoria das condições de saneamento básico e à competência privativa da União para o estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento do saneamento básico.

Haja vista todo o exposto, é imprescindível que os regulamentos administrativos da Lei n.º 14.026/2020 tentem delimitar e clarificar essas questões com o objetivo de conferir segurança jurídica para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

4. Formas de Gestão dos Serviços Públicos de Saneamento Básico

No Brasil, existem 7 (sete) diferentes modelos na prestação dos serviços públicos de saneamento básico: (i) Administração direta, (ii) autarquia, (iii) empresas estatais (existe uma predominância das chamadas companhias estaduais), (iv) fundações, (v) consórcios públicos, (vi) concessionários de serviço público (concessão comum e PPP), e (vii) organizações sociais.

Quando prestados pela Administração direta, ou seja, pelas entidades de caráter político-administrativo e o conjunto de órgãos públicos que compõem a estrutura desses entes federativos, os serviços públicos de saneamento básico são prestados pela própria Administração Pública, na maioria das vezes, desconcentrados para *“Secretarias (ou Departamentos) de Água e Esgoto”*.

A gestão por meio da própria Administração direta pode ser substituída por instrumentos de descentralização, tal como ocorre nas autarquias, empresas estatais ou fundações, todas entidades da Administração indireta.

A primeira forma de descentralização mencionada é a autarquia. São elas as entidades da Administração indireta, com personalidade jurídica de direito público, criadas e extintas por lei, dotadas de patrimônio, estrutura organizacional, competência específica e recursos financeiros para conferir capacidade autoadministrativa e gerencial para exercerem atividades típicas da Administração (limitativa, prestacional e estimulativa) despidas de caráter econômico. É comum que Municípios criem suas autarquias e utilizem a nomenclatura “*Serviço Autônomo de Água e Esgoto*”, apesar de ultrapassada e superada tal terminologia. Nomenclaturas mais técnicas também são adotadas, tais como “*Autarquia Municipal de Saneamento Básico*” ou “*Autarquia de Água e Esgoto*”.

Outro modelo descentralizado, mas ainda dentro da Administração Pública, são as empresas estatais. Essas são entidades da Administração indireta, com personalidade jurídica de direito privado dotada de regime jurídico especial, para exercerem atividades econômicas (comerciais ou industriais do Estado) ou, em caráter excepcional, atividades de utilidade pública, criadas, instituídas e extintas via autorização legislativa, como instrumento da ação do Estado para atuar em campos juridicamente impostos ou admitidos como de seu interesse, sempre com fins diversos do escopo lucrativo, não obstante possa ocasionalmente ocorrer patrimônio líquido suficiente à caracterização de lucro. As estatais podem ser empresas públicas e sociedades de economia mista. No que diz respeito aos serviços públicos de saneamento básico, principalmente quanto aos serviços de água e esgoto, duas situações diferentes são visualizadas: (i) as empresas públicas e sociedades de economia mista criadas pelos Municípios para a prestação de serviços na circunscrição deles próprios; e (ii) as sociedades de economia mista estaduais, conhecidas como Companhias Estaduais de Saneamento Básico (Cesb) que prestam serviços de água e esgoto nos municípios.

Nessa última hipótese, o prestador é estranho à Administração Pública da esfera política que detém a competência de prestar e organizar o serviço público. Disso, todavia, surgiram dúvidas quanto à natureza do vínculo entre a companhia estadual e o Município titular do serviço público. Assim, do ponto de vista teórico, consideram-se três possibilidades de entendimento: (i) o vínculo como sendo de concessão¹¹³; (ii) o

113 Essa possibilidade é a mais tradicional e herdada do período do Planasa. Vide exemplo de autores que defendem tal vínculo: SOARES, Antonio Carlos Otoni. **A instituição municipal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 103; CUNHA, Alexandre dos Santos. **Saneamento Básico no Brasil: Desenho institucional e desafios federativos**. Texto para discussão

vínculo como sendo de convênio¹¹⁴; e (iii) o vínculo como sendo instrumentalizado por contrato de programa, associado a um convênio estabelecido anteriormente.

A Lei n.º 11.445/2007, em seu art. 10, rejeitou explicitamente a delegação de serviços públicos por meio de convênio de cooperação e a Lei n.º 11.107/2005, que trata de consórcios públicos, em seu art. 13, dispõe categoricamente que a prestação dos serviços públicos só pode ser transferida a outro ente da federação por meio de contrato de programa, sem o qual o pacto não possui validade.

A Lei n.º 11.445/2007 não estabelece expressamente em contrato de programa, exigindo apenas que o pacto seja realizado por meio de contrato, não especificando, todavia, o tipo de contrato. A interpretação, deste dispositivo, vinha sendo conjugada com o art. 13 da Lei n.º 11.107/2005, que exige o contrato de programa associado a convênio de cooperação. A necessidade de convênio de cooperação se dá porque a Lei n.º 11.107/2005 assim exige (art. 13, §5º). No mais, essa mesma lei incluiu, no art. 24 da Lei n.º 8.666/1993, o inc. XXVI, como nova hipótese de dispensa de licitação no caso de celebração de contrato de programa entre ente da federação e entidade da Administração indireta de outro

1565. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011, p. 18; PEIXOTO, João Batista. **O barulho da água**: Os municípios e a gestão dos serviços de saneamento. São Paulo: Água e Vida, 1994. Sobre a divergência quanto à possibilidade de concessionária ser empresa estatal e não particular, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 28; ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 533; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 379; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 55-56.

114 Há quem defenda que exista entre os dois (Cesb e Municípios) um propósito comum, qual seja, o de “preservar o meio ambiente e garantir a prestação universal dos serviços” (DIAS, Leonardo da Cunha e Silva Espíndola. Saneamento básico: perspectivas do Estado do Rio de Janeiro. Legalidade da contratação direta das companhias estaduais. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (Coords.). **Direito público estadual**. Rio de Janeiro: APERJ, 2015, p. 458). Aqui, tem também quem defenda que as Cesb só seriam concessionárias de serviço público caso se sagrassem vencedoras em licitação. Caso existisse um “contrato de concessão” sem licitação prévia o que se teria, na verdade, seria um convênio. Nesse sentido, vide: ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto): Taxa ou Tarifa/Preço Público? **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Ano I, n. 6, 2006, p. 43-80. Nesse sentido, há ainda quem defenda que os contratos de concessão firmados entre os Municípios e as Cesb, durante o Planasa, não são de fato “concessões de serviço público”, mas seriam “concessões-convênio” (SOUZA, Rodrigo Pagani de. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 355-336).

ente da federação para a prestação de serviços públicos de forma associada, autorizada em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. Apaziguou, até certa medida, a polêmica a respeito da necessidade das Cesb de concorrerem às licitações para prestar seus serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Por fim, cabe mencionar também que a Lei n.º 11.107/2005 exigiu que o contrato público deve atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos (art. 13, §1º, inc. I). Isso possibilita que, na prática, o contrato de programa funcione meramente como um contrato de concessão com outra nomenclatura.

Com isso, segundo JÔNATAS HENRIQUES BARREIRA¹¹⁵:

[...] a legislação resolveu dois problemas: criou instrumento negocial próprio, acabando com a polêmica sobre a natureza do vínculo e frustrou o entendimento de que houvesse a necessidade de licitação para as Companhias Estaduais, afastando até mesmo a possibilidade de se questionar a constitucionalidade de dispensa de licitação. A Constituição afirma, no art. 175, que as concessões serão realizadas sempre através de licitação. Contudo, o legislador definindo não se tratar de contrato de concessão, mas de contrato de programa, procurou afastar-se do debate constitucional e o risco de ter a dispensa de licitação dos contratos entre Companhias Estaduais e Municípios declarada inconstitucional. A lógica seria a seguinte: o art. 175 exige licitação para a contratação de concessão de serviços, no entanto, o contrato firmado é de contrato de programa, logo, não se exige licitação.

Conclui-se, portanto, que o único instrumento adequado, após a Lei n.º 11.445/2007, passou a ser o contrato de programa juntamente com o respectivo convênio de cooperação. Tal fica evidente quando se analisa, por exemplo, a Copasa-MG e a Sabesp. Até 2007, a Copasa celebrava com os Municípios a delegação dos serviços de água e esgoto por meio de contrato de concessão. A partir da promulgação da Lei n.º 11.445/2007, ela passou a firmar contratos de programa. O mesmo ocorreu com a Sabesp, que acordou com os Municípios o encerramento da concessão para, em seguida, realizar contrato de programa renovando a prestação de serviços pela Cesb. Esse tema é, mais adiante, novamente abordado, visto que a Lei n.º 14.026/2020 também trouxe novidades quanto a tais contratos.

115 BARREIRA, Jônatas Henriques. **Descentralização administrativa e federalismo nos serviços de água e esgoto**: um estudo da região sudeste. 2016. 361 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal Fluminense (Faculdade de Direito), Niterói, março de 2018, p. 87.

Em continuidade às diferentes formas de gestão, passa-se a tratar das fundações públicas. Essas são pessoas jurídicas de direito público ou privado, a depender de sua natureza criada e extinta, ou autorizada por lei, sem fins lucrativos, que se formam a partir da existência de um patrimônio extraído do poder público (seu instituidor), para servir a um objetivo específico de interesse social. Esse tipo de entidade não pode abstrair-se da figura daquele que faz a dotação patrimonial – o instituidor, no caso, o Município. As fundações públicas se caracterizam por ter um patrimônio, total ou parcialmente público, para consecução de fins públicos; quando têm personalidade pública, o seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias, sendo, por isso mesmo, chamadas de autarquia fundacional ou fundações autárquicas. Já quando instituídas com personalidade de direito privado são denominadas de fundações estatais. A Lei n.º 11.445/2007, ao tratar de prestação regionalizada de serviços públicos, colocou como hipótese as fundações de direito público, excluindo, portanto, as fundações de direito privado. No entanto, aparentemente, não há óbice para a criação de uma fundação de direito privado para a prestação dos serviços de água e esgoto em único Município. Tal modelo, no entanto, não é muito utilizado, não se tendo notícia de nenhuma fundação prestando serviços de água e esgoto.

Os consórcios públicos de direito público são parte integrante da Administração indireta, com personalidade jurídica de direito público, formados por entes federativos, instituídos de forma voluntária por meio de um procedimento específico definido em lei, investidos de poderes públicos para relações de cooperação federativa com a finalidade de executar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. São negócios jurídicos bi ou plurilateral que objetivam medidas de mútua cooperação entre entidades federativas.

Como antes explicitado, o exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público, desde que sua formalização seja intermunicipal, quer dizer, exclusivamente composta de municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal. No mais, os consórcios intermunicipais de saneamento

básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório (art. 8º, §1º, da Lei n.º 11.445/2007).

À parte ao escopo da Administração Pública, outro modelo de prestação de serviços públicos de saneamento básico é o da concessão de serviço público. Entende-se por concessão todo contrato administrativo, precedido de licitação, em que o particular executa em seu nome a prestação de serviços públicos privativos, e até mesmo não privativos do Estado, de forma temporária e mediante alguma remuneração ou contraprestação. Atualmente, existem três espécies de concessão que envolvem a delegação de serviços públicos: (i) concessão comum; (ii) concessão patrocinada; e (iii) concessão administrativa, que pode ser: (iii.1) concessão administrativa de serviço público; ou (iii.2) concessão administrativa de serviço ao Estado. A título de exemplo, pode-se citar os casos de Limeira-SP e Ribeirão Preto-SP, que realizaram concessão comum, o de Paraty-RJ, que realizou uma concessão patrocinada, e o de Piracicaba-SP, que realizou uma concessão administrativa.

O último modelo de gestão, também, envolve a iniciativa privada, mas sem fins lucrativos. Trata-se das organizações sociais que são qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e em virtude de preenchimento de requisitos legais (atuação discricionária), instituída para o desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, por meio de fomento, mediante vínculo jurídico instituído por contrato de gestão, sendo submetida a um regime jurídico especial. Esse modelo não é comum no setor de saneamento básico, existem dois exemplos dos quais se tem conhecimento, nos municípios de Mato Leitão e Novo Machado, ambos do estado do Rio Grande do Sul.

Além da possibilidade de gestão pública ou privada dos diferentes serviços de saneamento básicos supramencionados, existe a possibilidade de prestação e exploração conjunta, concomitante entre o setor público e o privado ou até entre dois entes ou órgãos públicos. Há, em alguns municípios, por exemplo, a distribuição (e, às vezes, o tratamento)

da água sendo realizada por prestador local da iniciativa privada, mas a captação e adução (e, às vezes, tratamento) sendo realizadas por empresa estatal, no caso, a companhia estadual de saneamento. Nesses casos, tem-se reconhecida a *“venda da água por atacado”* paga por *“tarifas”*, em que a companhia estadual, como mínimo, realiza algumas etapas do processo produtivo, no caso, a captação e a adução, pois os municípios dependem do prestador regional porque não possuem mananciais ou recursos para extração da água, havendo, dessa forma, uma relação de interdependência entre esses processos produtivos.

5. Conclusões

O conceito alargado de saneamento básico, que envolve desde o abastecimento de água potável e o esgotamento sanitário até a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos, bem como a drenagem e o manejo das águas pluviais urbanas, assume papel central na política de saúde pública e de meio ambiente. Esse conjunto de serviços públicos, infraestrutura e instalações operacionais dificulta a compreensão da matéria, até porque algumas atividades inseridas nesse objeto estão fora do escopo da lei que rege a matéria, em tela, a Lei n.º 11.445/2007. É o caso do esgoto industrial (desde que não tenham características semelhantes às do esgotamento sanitário), do esgoto pluvial, do lixo não doméstico (desde que fixado pelo titular do serviço o limite do serviço de limpeza urbana), do manejo de resíduos de responsabilidade do gerador (desde que o titular não considere como resíduo sólido urbano o lixo originário de atividades comerciais, industriais e de serviços cuja responsabilidade pelo manejo não seja atribuída ao gerador) e dos resíduos sólidos especiais. Todas essas atividades são prestadas em regime privado, como atividade econômica livre à iniciativa privada.

Ademais, a estrutura federativa brasileira, formada por três níveis de poder (União, Estados, Municípios e do Distrito Federal), e sua distribuição de competências em razão do princípio da predominância de interesses sempre dificultaram a compreensão da matéria, até hoje discutida em âmbito jurídico. No que diz respeito aos serviços públicos de saneamento básico, e, apenas, esses, visto que as atividades econômicas privadas mencionadas não estão inseridas nesse debate, poderão ser de titularidade exclusiva dos Municípios; podendo deixar de ter um interesse predominantemente local para transformar em serviço de interesse regional ou estadual, haja vista a existência de regiões metropolitanas,

aglomerações urbanas ou microrregiões; ou poderão ser de titularidade interfederativa mediante a cooperação entre entes federativos, por meio de consórcios públicos de direito público.

A complexidade acerca da titularidade dos referidos serviços, portanto, sempre se revelou como uma tarefa difícil, mormente no que tange aos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário. Além disso, a governança de tais serviços também se pode tornar completa, haja vista os diferentes cenários nos quais o Município possa estar inserido. São três as possibilidades:

(i) se não inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, o Município terá a titularidade e, por conseguinte, o poder concedente, pelo princípio da subsidiariedade, haja vista deter a competência federativa sobre as matérias de interesse local;

(ii) se inserido em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, o interesse será comum e a gestão será compartilhada entre os entes federativos envolvidos nos interesses metropolitanos, ou seja, haverá uma governança interfederativa. Tal hipótese ocorrerá independentemente de sua vontade, porque sua inclusão na região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião é compulsória, sendo ela uma decisão do Estado-Membro da federação no qual ele se encontra. Nesse caso, o poder concedente das funções públicas de interesse comum passa ao colegiado interfederativo. Nesse colegiado, nenhum ente pode deter o poder absoluto (embora não obrigatória a paridade na participação) e as decisões do colegiado não estão sujeitas à aprovação da Assembleia Legislativa estadual, o que reforça a autonomia da instância deliberativa metropolitana. No mais, haverá que realizar o Plano Urbanístico de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), elemento fulcral da governança interfederativa cuja construção é uma excelente ocasião para inserir o administrado nos debates concernentes à execução das funções públicas de interesse comum;

(iii) se integrante, por vontade própria, de consórcio público de direito público ou estabelecer um convênio de cooperação, a gestão do serviço público de saneamento básico poderá ser associada porque o Município realizará uma competência interfederativa na forma de cooperação federativa de natureza voluntária chamada de gestão associada para o desenvolvimento de competências próprias atreladas ao planejamento, à regulação,

à fiscalização e à prestação de serviços públicos. Situação essa que pode envolver ou não a transferência dessas competências entre eles.

Ainda no tocante às complexidades decorrentes do setor, pode-se citar que, em quaisquer dessas hipóteses, terá o titular do serviço público de saneamento básico de respeitar as normas jurídicas decorrentes do domínio das águas (administração dos recursos hídricos; outorga do uso da água; e proteção ambiental e controle da poluição) de competência da União e dos estados-membros, bem como no que concerne à melhoria das condições de saneamento básico e à competência privativa da União para o estabelecimento de diretrizes para o desenvolvimento do saneamento básico.

A complexidade do setor não termina aí. Existem, na atualidade, diferentes formas de realizar a gestão dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil. São 7 (sete) diferentes modelos na prestação: (i) Administração direta, (ii) autarquia, (iii) empresas estatais (existe uma predominância das chamadas companhias estaduais, prestador é estranho à Administração Pública da esfera política que detém a competência, o que fez surgir, por anos, dúvidas quanto à natureza do vínculo existente entre as CESB e os municípios), (iv) fundações, (v) consórcios públicos, (vi) concessionários de serviço público (concessão comum e PPP), e (vii) organizações sociais. Tem-se, ainda, a possibilidade de prestação e exploração conjunta, concomitante entre o setor público e o privado ou até entre dois entes ou órgãos públicos.

6. Referências

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto): Taxa ou Tarifa/Preço Público? **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Ano I, n. 6, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BARREIRA, Jônatas Henriques. **Descentralização administrativa e federalismo nos serviços de água e esgoto: um estudo da região sudeste**. 2016. 361 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade Federal Fluminense (Faculdade de Direito), Niterói, março de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 38, n. 153, p. 255-270, jan./mar. 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Saneamento Básico no Brasil**: Desenho institucional e desafios federativos. Texto para discussão 1565. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.

DIAS, Leonardo da Cunha e Silva Espíndola. Saneamento básico: perspectivas do Estado do Rio de Janeiro. Legalidade da contratação direta das companhias estaduais. In: SOUTO, Marcos Jurueña Villela; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (Coords.). **Direito público estadual**. Rio de Janeiro: APERJ, 2015.

DIAS, Rodrigo Garrido. As regiões metropolitanas e o serviço regionalizado de saneamento. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coords.) **Aspectos Jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRAÇA, Guilherme Mello; ALMEIDA, Ana Paula de. Distribuição e conflitos de competência no âmbito do saneamento básico: município como ente titular da prestação do serviço. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca (Coords.). **Aspectos Jurídicos do saneamento básico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LOMAR, Paulo José Villela. Dos princípios fundamentais. In: MUKAI, Toshio (Coord.). **Saneamento básico: diretrizes gerais**: comentários à lei 11.445 de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Titularidade do serviço de saneamento básico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ano 2008, v. 249, p. 171-198, out. 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. Região Metropolitana, Estado e Autonomia Municipal: a governança interfederativa em questão. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 66, 2016. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/regiao-metropolitana-estado-e-autonomia-municipal-a-governanca-interfederativa-em-questao>> Acesso em: 5 jun. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder Concedente para o abastecimento de Água. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 1, 1999.

NEGREIROS, Rovená. Governança Interfederativa: os desafios postos para as RM's brasileiras a partir do Estatuto da Metrópole. **Revista Desafios do Desenvolvimento**, n. 66, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/images/stories/ed87/pdfs/160616_revista_desafios_87.pdf> Acesso em: 5 jun. 2021.

PEIXOTO, João Batista. **O barulho da água**: Os municípios e a gestão dos serviços de saneamento. São Paulo: Água e Vida, 1994.

SOARES, Antonio Carlos Otoni. **A instituição municipal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A experiência brasileira nas concessões de saneamento básico. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Parcerias Público-Privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TÁCITO, Caio. Saneamento Básico - Região Metropolitana - Competência Estadual (Parecer). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 222, out./dez. 2000.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo; BORGES, Jéssica Suruagy Amaral. Notas sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

CAPÍTULO 7

ENTRE TENSÕES E COMODIDADES CONTEMPORÂNEAS: PENSANDO A REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

Laís Fernanda de Azevedo¹¹⁶

Ricardo Guilherme Corrêa Silva¹¹⁷

1. Introdução

No cenário contemporâneo, a crescente onda de inovações tecnológicas, especialmente no campo da inteligência artificial (IA), tem gerado um ambiente permeado por promessas de comodidades e desafios multifacetados, desde as interações diárias com assistentes virtuais até as aplicações mais complexas em setores como saúde, finanças e segurança.

Naturalmente, a evolução das tecnologias de *machine learning* não está descolocada da evolução do próprio sistema capitalista. A IA impulsiona a eficiência, a produtividade e a inovação em uma ampla gama de setores econômicos. Ao automatizar tarefas repetitivas e otimizar processos, a IA permite que as empresas reduzam custos operacionais e aumentem a competitividade, favorecendo a acumulação de capital. Além disso, ao oferecer dados mais precisos e preditivos, capacita as organizações a tomar decisões estratégicas com maior rapidez e assertividade, adaptando-se dinamicamente às demandas do mercado.

No entanto, essa integração da IA no sistema capitalista também levanta preocupações sobre a concentração de poder econômico e a

116 Doutora em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Administração pela UFRGS. Docente Efetiva dos Cursos de Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis e Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Chefe do Núcleo de Ciências Sociais Aplicadas na Pro Reitoria de Ensino da UEMS. E-mail: lais.silva@uems.br

117 Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra (FDUC -Portugal). Título de Doutor revalidado no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Docente efetivo do Curso de Direito das Unidades Universitárias de Campo Grande/MS e Aquidauana/MS da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Coordenador dos Cursos de Direito de Campo Grande/MS e Aquidauana/MS (UEMS). E-mail: ricardoguilherme@uems.br

ampliação das desigualdades, à medida que as empresas que detêm recursos para investir em tecnologia se tornam ainda mais dominantes, enquanto trabalhadores menos qualificados enfrentam o risco de substituição por máquinas inteligentes. Além disso, traz consigo uma série de dilemas éticos, legais e sociais que demandam reflexão e ação, como a questão da privacidade, discriminação algorítmica e controle social. Esta dualidade entre as vantagens oferecidas pela IA e os desafios por ela impostos levanta reflexões críticas sobre a proteção dos direitos individuais e coletivos.

Mais uma vez, o progresso econômico e tecnológico impõe à sociedade e aos Estados o desafio da correção das falhas de mercado e suas externalidades. A Teoria da Regulação no campo da Ciência Econômica, pode suscitar reflexões acerca do papel dos governos na promoção de políticas regulatórias, a fim de mitigar os efeitos negativos e equilibrar os benefícios econômicos da tecnologia com considerações sociais e éticas mais amplas. Diante disso, este trabalho tem por objetivo analisar o contexto da inteligência artificial à luz da regulação econômica e social. A ausência de uma legislação específica sobre o uso da IA reflete a complexidade e a urgência do tema. Embora existam iniciativas e propostas em andamento, há lacunas a serem preenchidas e desafios a serem superados na busca por uma abordagem regulatória abrangente e eficaz.

Desse modo, este artigo está dividido em cinco seções. Para além desta introdução, apresenta-se o contexto da inteligência artificial, sua evolução e seus desafios sociais. Em seguida, resgata-se os princípios da Teoria da Regulação e seu papel no controle dos mercados. Na quarta seção, faz-se uma análise dos desafios regulatórios dentro do campo da IA, e por último, apresenta-se algumas considerações finais.

2. O Contexto da Inteligência Artificial: entre tensões e comodidades cotidianas

O primeiro estudo que se tem notícia sobre inteligência artificial foi realizado por Warren McCulloch e Walter Pitts em 1943, cuja proposta foi a de um modelo de neurônios artificiais¹¹⁸. Anos mais tarde, em 1950, dois estudantes de graduação de Harvard, Marvin Minsky e Dean Edmonds, construíram o primeiro computador de rede neural, o qual foi batizado

118 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A modern approach**. 3ª ed. London: Pearson, 2016, p. 16.

de “Snarc”. Ainda nesta mesma época, de acordo com Russell e Norvig, existiram outros trabalhos que também podem ser caracterizados como inteligência artificial, sendo o estudioso mais influente Alan Turing que deu várias palestras em 1947 na *London Mathematical Society* e articulou uma agenda persuasiva em seu artigo “*Computing Machinery and Intelligence*”¹¹⁹. Turing, em 1950, promoveu discussões acadêmicas acerca da possibilidade da existência de máquinas inteligentes que pudessem imitar o comportamento humano¹²⁰.

Quanto à utilização do termo inteligência artificial, tem-se que este foi cunhado na década de 50. Atribui-se tal façanha, sobretudo ao cientista da computação John McCarthy, que utilizou o termo em uma apresentação durante um verão de 1956 no Dartmouth College nos Estados Unidos¹²¹. McCarthy, conjuntamente com outros pesquisadores organizaram um *workshop* de dois meses abordando principalmente a possibilidade de construção de uma máquina capaz de simular a habilidade da inteligência¹²². A partir deste exitoso encontro foram publicados diversos estudos científicos sobre inteligência artificial.

Nas décadas que se seguiram, no entanto, contrariando as expectativas, ocorreu o denominado “Inverno da IA” (*AI Winters*), que se caracterizou por um período de décadas de ceticismo e pessimismo, cuja consequência foi a vertiginosa queda do interesse público e investimento nesta área¹²³. Um marco festejado pelos entusiastas da inteligência artificial ocorreu em 1997, ainda durante o “inverno da IA” quando a máquina “*Deep Blue*”, disputou e venceu uma partida contra Garry Kasparov, melhor jogador de xadrez de todos os tempos¹²⁴.

A superação real do *AI Winter* se deu a partir dos anos 2000 graças a uma sequência de fatores elencados, os quais são sistematizados por Parentoni, Valentini e Alves:

119 RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A modern approach**. 3ª ed. London: Pearson, 2016, p. 16-17.

120 TAUKE, Caroline Somesom; SALOMÃO, Luís Felipe. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Diké (UESC)**, v; 22. N. 23, jan/jun 2023, p. 4.

121 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, 2017, p. 401.

122 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, 2017, p. 401.

123 BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. **RIL Brasília** 60, nº 240, out/dez 2023, p. 12.

124 BOURCHARDT, Elizeu. Inteligência artificial – um pouco da história e avanços atuais. Disponível em: <https://medium.com/@eliezerfb/intelig%C3%A2ncia-artificial-499fc2c4aa79> Acesso 27 mar 24.

(i) aumento exponencial na quantidade de dados armazenados online (transição de uma sociedade baseada no papel para a sociedade digital); (ii) aumento na capacidade de processamento de dispositivos eletrônicos (o que ampliou também a velocidade do processamento); (iii) redução do custo de transmissão e armazenamento de dados (conexões de internet com maior velocidade e largura de banda, além de maior capacidade e menor custo dos hard drives e outros dispositivos de armazenamento de dados); (iv) conexão de dispositivos eletrônicos em tempo real (por exemplo, no contexto da internet das coisas – IoT)¹²⁵.

Realizado este breve introito histórico, convém delinear um conceito do que vem a ser inteligência artificial, embora desde já convenha advertir que não se trata de uma tarefa simples, visto que existe na doutrina especializada uma gama considerável de definições. Desde que o termo foi cunhado em 1956, a inteligência artificial tem sido associada a diversos conceitos¹²⁶.

A dificuldade principal em estabelecer uma definição consensual está na ambiguidade conceitual da inteligência. Isto porque, conforme salienta Scherer, os humanos são os únicos universalmente reconhecidos possuidores de inteligência, o que justifica que as definições fornecidas pelos especialistas promovam a conexão direta com as características humanas¹²⁷. Não por acaso, Ryan Calo (e muitos outros) define inteligência artificial como um conjunto de técnicas destinadas a aproximar algum aspecto da cognição humana por meio de máquinas¹²⁸.

O *High Level Expert Group* da Comissão Europeia definiu inteligência artificial como um sistema de *software* (e também de *hardware*) concebidos por humanos que atua em um ambiente físico, ou dimensão digital, que ao perceber seu ambiente por meio da aquisição de dados, interpreta-os, raciocinando sobre o conhecimento ou processando informações

125 PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárik César Oliveira e. Panorama da Regulação da Inteligência Artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019. **Revista eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43730/pdf> Acesso 28 mar 24.

126 ALMEIDA, Patricia Gomes Rêgo; SANTOS, Carlos Denner dos; FARIAS, Josivânia Silva. Artificial Intelligence Regulation: a framework for governance. **Ethics and Information Technology**. 23 (3), 2021, p. 505.

127 SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 29, nº 3, 2016, p. 359.

128 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, 2017, p. 404.

derivadas desses dados e decidindo a(s) melhor(es) ação(ões) a tomar para atingir um objetivo determinado¹²⁹.

Carolina Bigonha, especialista na temática no Brasil, define como um campo de estudo cujo objetivo é a “construção de sistemas capazes de exibir comportamento normalmente associados às pessoas, como aprendizado e resolução de problemas”¹³⁰. Jacob Turner afirma se tratar de uma habilidade de um ente não natural de fazer escolhas a partir de um processo de avaliação¹³¹. Thierer, O’Sullivan e Russell afirmam que a inteligência artificial pode funcionar próximo, igual ou além das habilidades de um ser humano¹³².

Através das técnicas de IA, almeja-se que a tecnologia seja autossuficiente e capaz de analisar uma determinada situação a partir de várias perspectivas, com o máximo de dados com vistas a alcançar a melhor decisão estatisticamente comprovada¹³³. A partir desse aprendizado da máquina (*machine learning*¹³⁴) permite que esta seja capaz de aprender determinadas funções de forma a conseguir agir e interpretar sem a interferência humana. Tal imprevisibilidade é um gargalo que despeja tensões no cotidiano, conforme será retratado mais adiante.

A IA é sem sombra de dúvida um instrumento de encantamento/comodidades e focos de tensões. As pessoas ficam impressionadas e maravilhadas com a capacidade das máquinas em traduzir qualquer idioma, vencer o melhor jogador de xadrez do mundo, dirigir um carro¹³⁵,

129 AI HLEG. High Level Expert Group on Artificial Intelligence. The European Commission’s. **A definition of AI: Main culpabilities and scientific disciplines**. Disponível em: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf Acesso 28 mar 24.

130 BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 2.

131 TURNER, Jacob. Robot Rules. Regulating artificial intelligence. *Apud* TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista de Estudos Institucionais**, v; 6, n. 1, jan/abr 2020, p. 304.

132 THIERER, Adam; O’SULLIVAN, Andrea Castillo; RUSSELL, Raymond. **Artificial Intelligence and Public Policy**. Mercatus Research Paper, Arlington, VA, 2017, p. 8.

133 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista de Estudos Institucionais**, v; 6, n. 1, jan/abr 2020, p. 306.

134 O aprendizado da máquina ou machine learning é um subconjunto da inteligência artificial que foram criadas na década de 80. De acordo com Bigonha, “são programas capazes de aprender e realizar uma tarefa não a partir de instruções explícitas, como na programação tradicional, mas por meio de uma experiência. Quanto maior a quantidade, a qualidade e a diversidade de dados – disponíveis, mais complexas podem ser as tarefas aprendidas e executadas por esses algoritmos” (BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 3).

135 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, 2017, p. 401-405.

reconhecer uma voz (Alexa e Siri, por exemplo), solicitar que o assistente virtual acenda a luz de sua casa ou ainda que até mesmo construa uma carteira de investimentos sem a intervenção humana. O que separa a IA de outras tecnologias anteriores é a capacidade que possui de agir de forma autônoma, o que lhe permite executar tarefas complexas como as que foram ora exemplificadas.

Sem qualquer receio do equívoco, a IA proporciona uma gama infindável de comodidades no cotidiano. Por exemplo, cite-se os aplicativos de fotos que identificam pessoas que estão em uma determinada imagem ou ainda plataformas como do Netflix que utilizam a IA para conhecer as preferências dos usuários e com isso recomendar os filmes mais prováveis de serem assistidos¹³⁶. Para além de questões do entretenimento cotidiano das pessoas, tem-se que a IA funciona como um “grande motor da transformação digital das organizações, dos governos, das indústrias¹³⁷” e da vida como um todo. Sendo assim, outros exemplos envolvem:

agricultura inteligente, veículos elétricos autônomos e conectados, soluções de resposta e desastres naturais, cidades inteligentes, previsão e modelagem climática para gerenciamento dos oceanos e florestas (...) mapeamento de escolas em regiões isoladas, detecção de desmatamento em tempo real (...), previsão de padrões de saneamento e de consumo para melhorar a provisão de água potável e de saneamento; entendimento de padrões e otimização de consumo energético; e muitas outras possibilidades¹³⁸.

Algumas outras comodidades atingem pessoas que necessitam interagir com o mundo, mas, em virtude de alguma deficiência não conseguem ou apresentam limitações – como é o caso, por exemplo, de pessoas surdas. Graças aos avanços na IA utilizando serviços como *Skype*, *Face-Time* e audiotelefonia torna possível duas pessoas em lados opostos do mundo interajam quase tão intimamente como fariam na mesma sala¹³⁹.

136 LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERNET. **Noções gerais de inteligência artificial**. Disponível em: https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Cartilha_Nocoas_gerais_de_Inteligencia_Artificial.pdf Acesso 30 mar 24

137 BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 1.

138 BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 1.

139 THIERER, Adam; O’SULLIVAN, Andrea Castillo; RUSSELL, **Raymond**. **Artificial Intelligence and Public Policy**. Mercatus Research Paper, Arlington, VA, 2017, p. 12.

O Poder Judiciário brasileiro também tem se socorrido dos sistemas de IA. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, utiliza o sistema *Athos* para a categorização, classificação e agrupamento de documentos, a fim de realizar as tarefas de identificação de temas repetitivos e o monitoramento de processos que contenham peças processuais semelhantes. Igualmente, o Tribunal de Justiça do Paraná, utiliza o sistema *Larry* para agrupar e identificar as petições iniciais que contenham descrições de fatos similares¹⁴⁰.

No entanto, nem só de comodidades cotidianas convive o mundo da IA – embora estas sejam inquestionáveis. Muitos estudiosos afirmam que tais comodidades produzem e continuarão ainda mais no futuro a produzir, perturbações, por exemplo, no mercado de trabalho. Assim como ocorreu na Revolução Industrial – causadora de perturbações socioeconômicas – à medida que a mecanização reduz a necessidade de trabalho manual humano na indústria e na agricultura, a IA reduzirá a procura de trabalho humano no setor de serviços à medida que as máquinas executarão cada vez mais tarefas que antes eram exclusivas dos humanos¹⁴¹. O paradigma do direito do antropocentrismo poderá entrar em colapso com o crescente avanço tecnológico a partir da criação de coisas mais inteligentes que os humanos¹⁴². Neste sentir, o sistema jurídico cada vez mais será desafiado a enfrentar as consequências da autonomia das máquinas.

Em junho de 2023, o *Washington Post* publicou que falhas no sistema de piloto automático dos carros elétricos da Tesla causaram 736 acidentes – entre mortos e feridos gravemente – nos Estados Unidos desde 2019¹⁴³. Os chamados carros autônomos da Uber – conduz veículo sem motorista – ultrapassou o sinal vermelho em São Francisco nos Estados Unidos em 2016¹⁴⁴; o algoritmo de reconhecimento facial etiquetou equivocadamente

140 TAUKE, Caroline Somesom; SALOMÃO, Luís Felipe. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Diké (UESC)**, v. 22. N. 23, jan/jun 2023, p. 6.

141 SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 29, nº 3, 2016, p. 363.

142 CASTRO, Marco Aurélio. **Personalidade jurídica do robô e sua efetividade no Direito**. Tese (Doutorado), 2009, 222f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, p. 204.

143 PILOTO AUTOMÁTICO DA TESLA CAUSOU 17 ACIDENTES, DIZ JORNAL. 11 jun 23. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/internacional/piloto-automatgico-da-tesla-causou-17-mortes-diz-jornal/>> Acesso 28 mar 24.

144 CARRO AUTOMÁTICO DA UBER É FILMADO PASSANDO O SINAL VERMELHO EM ESTRÉIA. 15 dez 16. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/carro-autonomo-da-uber-e-filmado-passando-o-sinal-vermelho-em-estreia/>> Acesso 28 mar 24.

alguém como criminoso em Massachussets e revogou a sua carteira de motorista¹⁴⁵.

Outra questão bastante sensível que envolve as tensões proporcionadas refere-se ao preconceito. De acordo com estudo realizado em 2018 por Buolamwini e Gebru, demonstrou-se que naquela época havia diferença no reconhecimento facial a depender da raça e do gênero. Segundo os autores, os sistemas de IA tem grau de inteligência com 75% de imagens de homens e 80% de imagens de pessoas brancas. Sendo assim, o algoritmo pouco reconhecia, por exemplo, mulheres negras¹⁴⁶. Para além desta questão, há outros impactos nos Direitos Humanos.

Decisões relevantes na vida das pessoas, como por exemplo, processos seletivos de empresas, concessões de crédito, são cada vez mais ocasionados pelos sistemas inteligentes, o que faz desencadear na preocupação de questionar de que forma programas de computador que utilizam técnicas de IA podem limitar oportunidades e, sobretudo, colocar em risco os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁴⁷.

A China, através da inteligência artificial, tem se servido de uma enorme quantidade de dados pessoais para monitorar a vida e o comportamento das pessoas (governança algorítmica)¹⁴⁸. O denominado sistema de crédito social chinês, concede a cada um dos seus 1,4 bilhões de cidadãos uma pontuação pessoal com base na forma como se comportam – coisas como: travessias imprudentes, se fumam em áreas para não fumantes¹⁴⁹, enfim, um verdadeiro *black mirror* ou *big brother* de toda a população.

A IA é cada vez mais capaz de adentrar na intimidade das pessoas. Isso significa que até informações aparentemente singelas, como por exemplo, onde a pessoa almoçou ou o que comprou no supermercado pode possibilitar que se obtenham dados suficientes para que a população em

145 MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipélago, 2019, p. 25.

146 BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 5.

147 MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, nº 1, 2021, p. 158.

148 MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, nº 1, 2021, p. 158.

149 MARR, Bernard. **Is artificial Intelligence Dangerous? 6 al risks everyone should know about**. Disponível: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/11/19/is-artificial-intelligence-dangerous-6-ai-risks-everyone-should-know-about/?sh=3bbac0912404> Acesso 01 abr 24.

geral, empresas, governos e outras instituições com acesso a IA façam suposições sobre esta pessoa, ou seja, o que gosta, ama e faz¹⁵⁰. Detectam-se padrões capazes de violar os direitos mais salutares das pessoas.

Os inúmeros dispositivos conectados, cada vez mais inteligentes e autônomos, acompanham diariamente a rotina das pessoas, e, por assim ser, irão coletar transmitir, armazenar e compartilhar uma quantidade infundável de dados, os quais, em grande parte das vezes são particulares e íntimos, o que traz inevitáveis riscos para a segurança e a privacidade dos usuários¹⁵¹.

Não tem como deixar de mencionar a questão do chamado *Deep fake*, o qual é um instrumento de propagação de adulteração e desinformação de vídeos e fotos – geralmente de pessoas famosas e personalidades – com o objetivo de macular a honra e intimidade das vítimas e de manipular a população¹⁵². Exemplo dos prejuízos desta prática, no Rio de Janeiro, adolescente do colégio particular Santo Agostinho utilizaram, no final do ano de 2023 do *Deep fake* para adulterar fotos de mais de 20 meninas adolescentes, como se estas estivessem nuas sem qualquer consentimento (falsa representação de nudez)¹⁵³.

Se não bastassem as tensões já mencionadas, destaca-se também a chamada opacidade de sistemas de aprendizado da máquina como uma das principais questões que causa preocupação. Isto porque, há o risco de incorporação de vieses que resultem na construção de perfis ou tomadas de decisão discriminatórias ou que ignorem valores humanos, desrespeitem direitos fundamentais e a dignidade humana¹⁵⁴. Assim, Ryan Calo, exemplifica a discriminação e preconceito nas hipóteses do

150 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, 2017, p. 421.

151 MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Porto Alegre: Arquipelago, 2019, p. 25.

152 OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; LIMA, Tiago Augustini. **Nudity Deep Fake e a necessidade de regulação da Inteligência Artificial no Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/400955/nudity-deep-fake-e-a-necessidade-de-regulacao-da-ia-no-brasil> Acesso 01 abr 24.

153 ALUNOS DE COLÉGIO DA BARRA SÃO SUSPEITOS DE USAR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA FAZER MONTAGENS DE COLEGAS E COMPARTILHAR. 01 nov 23. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/11/01/alunos-de-colegio-na-barra-sao-suspeitos-de-usar-inteligencia-artificial-para-fazer-montagens-de-colegas-nuas-e-compartilhar.ghhtml>> Acesso 01 abr 24.

154 MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, nº 1, 2021, p. 159.

sistema de reconhecimento de imagem que caracteriza um casal afro-americano como gorilas, até um mecanismo de tradução que associa o papel de engenheiro ser do sexo masculino e do papel de enfermeiro ser do sexo feminino¹⁵⁵.

Nesta dualidade entre comodidades e tensões é imperioso que se garanta que os benefícios da inteligência artificial sejam distribuídos uniformemente pela sociedade¹⁵⁶ e respeitem os direitos fundamentais das pessoas. É preciso avançar, mas sem se esquecer dos direitos essenciais para a bem-estar e desenvolvimento com justiça social.

3. O Panorama Geral da Teoria da Regulação

Ao longo das últimas décadas, a Inteligência Artificial (IA) tem se consolidado como uma das áreas mais promissoras e impactantes da tecnologia, transformando radicalmente diversos setores da sociedade. A evolução da IA tem sido marcada por inovações significativas em algoritmos, *hardware* e aplicações práticas. Nesse contexto, o papel do Estado na regulação desse novo setor se torna crucial, pois a IA não apenas apresenta oportunidades econômicas e sociais, mas também levanta uma série de questões éticas, legais e de segurança que demandam sua intervenção e regulamentação governamental.

A Teoria da Regulação na Ciência Econômica sempre se voltou à atuação do Estado na correção de falhas de mercado e promoção do bem-estar social. A rápida evolução da IA apresenta desafios significativos em termos de equidade, transparência e responsabilidade, demandando estratégias regulatórias eficazes. Desse modo, a interseção entre a IA e a teoria da regulação na ciência econômica representa um campo fértil de análise e intervenção.

Vinculada a ideias marxistas e keynesinas, a teoria da Regulação teve seu marco teórico na obra do francês Michael Aglietta em 1976 *“Régulation et crises du capitalisme: l’expérience des États-Unis”*, cuja proposta, uma alternativa à teoria neoclássica, era explicar o poder hegemônico norte-americano no pós segunda guerra, com a tese de que essa posição dominante se sustentava sobre a base do desenvolvimento de um modo

155 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 *U.C.D. L. Rev.* 399, University of California, Davis, 2017, p. 411.

156 CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 *U.C.D. L. Rev.* 399, University of California, Davis, 2017, p. 413.

superior de regulação política, social e econômica¹⁵⁷. Hirsch aponta para o fato de que desde meados do século XX, os Estados Unidos foram capazes de desenvolver um tipo inédito de sociedade capitalista, na qual foi possível estabelecer um período longo e duradouro de crescimento econômico, guiado por uma superioridade da produtividade do trabalho e domínio da tecnologia. Porém, ressalta que isso só foi possível devido a organização de toda a sociedade em termos econômicos, sociais e políticos, o que os tornaram substancialmente competitivos.

Tendo em vista que o sistema capitalista não é uma estrutura homogênea e, como bem mostrou a história, de nada estável, o seu desenvolvimento não pode ser determinado por leis objetivas dentro de um equilíbrio, e mais que isso, apenas por variáveis econômicas. Com efeito, para a Escola de Regulação Francesa, formada também por Robert Boyer, Benjamin Coriat e Alain Lipietz, são as relações sociais e os próprios antagonismos por elas ocasionados que movem os processos dentro do sistema capitalista e se encontram em contínua mudança, próprio de um ambiente que coexiste com contradições sociais¹⁵⁸.

Lipietz¹⁵⁹, reconhecendo a contribuição do marxismo para a compreensão mais aguçada da realidade, coloca que a realidade social é um tecido complexo, uma forma de articulação de relações (relativamente) autônomas, que se sobrepõem umas às outras, sempre refletindo uma anterioridade e com aspectos de dominância. As relações humanas são estabelecidas por meio de uma hierarquia social, que define qual força produtiva cada indivíduo domina (capital ou trabalho)¹⁶⁰. Nesse sentido, tais relações devem ser compreendidas como atributos irreduzíveis associados a uma rivalidade, aos antagonismos e até mesmo à violência¹⁶¹.

O próprio termo “regulação”, que é de origem das ciências naturais, mas, quando transposto para a economia e reelaborado, denota “qualquer processo dinâmico de adaptação da produção e da demanda social,

157 CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. Crise e regulação: a metamorfose restauradora da reprodução capitalista. **Ensaios FEE**, v. 8, n. 1, 1987.

158 CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. **Revista de economia contemporânea**. Rio de Janeiro. Vol. 6, n. 2, p. 119-146, 2002. HIRSCH, Joachim. Globalização e mudança social: o conceito da teoria materialista do Estado e a Teoria da Regulação. **Ensaios FEE**, v. 19, n. 1, 1998.

159 LIPIETZ, Alain. **Mirages and miracles**. London: Verso, 1987.

160 FARIA, Luiz Augusto Estrella. As formas institucionais da estrutura: do micro ao macro na Teoria da Regulação. **Ensaios FEE**, v. 22, n. 1, 2001.

161 CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. **Revista de economia contemporânea**. Rio de Janeiro. Vol. 6, n. 2, 2002.

resultante da conjunção de ajustes econômicos ligados a uma dada configuração de relações sociais, formas de organização e estruturas produtivas” (BOYER, 1993, p. 35).

A teoria da regulação do capitalismo é, portanto, a da gênese, do desenvolvimento e da extinção de formas sociais. Logo, para analisar tais relações a Escola da Regulação possui três princípios metodológicos, sintetizados por Conceição¹⁶²:

O primeiro é que os processos que fazem com que os antagonismos sociais se tornem formas de movimento originam-se de fortes polarizações de conflitos. A exacerbação dessas polarizações confere uma certa unanimidade ao processo, provocando sua exteriorização. O segundo princípio da análise é sua “lógica ambivalente” oriunda da interação entre economia e política, que explicita ainda mais a função das instituições sociais enquanto articuladoras entre o político e o econômico, em um meio ambiente conflitivo. O terceiro princípio metodológico refere-se à relação Estado-economia, que enuncia o Estado não como um sujeito exterior à economia, nem como um conjunto de instrumentos à disposição de uma classe social, mas como “produto” dos conflitos inerentes às separações sociais, cuja regulação é aberta, parcial e inacabada. Portanto, as instituições se constituem em “inovações sociais” que regulam e normatizam a novidade, dando sustentação ao sistema.

Ainda que a Escola da Regulação não tenha propriamente uma teoria das instituições, Boyer ressalta a importância de três aspectos para compreender o processo de regulação: a noção de modo de produção e suas conexões, as formas estruturais ou institucionais e o modo de regulação. Este último que é definido como:

[...] utilizarei o termo “modo de regulação” para designar qualquer conjunto de procedimentos e comportamentos individuais e coletivos que sirvam para: [1] reproduzir relações sociais fundamentais através da combinação de formas institucionais historicamente determinadas. [2] Apoiar e orientar o regime prevalecente de acumulação e; [3] asseguram a compatibilidade ao longo do tempo de uma decisão descentralizada definida, sem que os próprios atores econômicos tenham que internalizar os princípios de ajuste que regem o sistema geral¹⁶³.

162 CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. *Revista de economia contemporânea*. Rio de Janeiro. Vol. 6, n. 2, 2002, p. 134.

163 BOYER, Robert. *A teoria da regulação: uma análise crítica*. São Paulo: Nobel, 1990, p. 43.

Coutinho¹⁶⁴ sintetiza a ideia, de Boyer¹⁶⁵ nas quais são cinco as formas institucionais que conceituam o modo de regulação de um sistema econômico: as formas de concorrência relativas à formação dos preços sob a lógica oligopolista; as formas de Estado; as formas de restrição monetária; a configuração da relação salarial e suas implicações; e as modalidades de adesão das economias ao regime internacional predominante.

Tal qual apresenta Hirsch¹⁶⁶, o Estado é o centro da regulação, haja vista que existe uma concentração das relações sociais (de poder e de classe) em seu cenário institucional. Todavia, ele não é autônomo, já que tais relações se materializam institucionalmente, de modo que tanto a estrutura concreta do Estado como seu modo de funcionamento são elementos que constituem o modo de acumulação e regulação do período histórico.

Trazendo as reflexões da regulação para a contemporaneidade é possível evidenciar como as instituições e políticas públicas moldam as relações econômicas e sociais, de modo fornece *insights* para orientar a governança da IA em um mundo cada vez mais digitalizado. Incorporar os princípios da regulação propostos por Boyer, como a necessidade de promover a competição, garantir a equidade e proteger os interesses coletivos, torna-se essencial para garantir que o desenvolvimento da IA ocorra de forma ética e responsável. Ao mesmo tempo, torna-se sumário adaptar e expandir os conceitos da teoria da regulação para abordar os desafios únicos apresentados pela IA, como a proteção da privacidade, a mitigação do viés algorítmico e a gestão dos impactos no mercado de trabalho.

4. O Que a Teoria da Regulação Contribui nas Tensões Trazidas pela Inteligência Artificial?

Diante destes inevitáveis cenários de comodidades e tensões urge indagar: é necessário regular a inteligência artificial? De que forma o direito deve lidar com as novas tecnologias? De que forma o Brasil tem tratado esta questão? De um lado, os avanços da tecnologia e, do outro,

164 COUTINHO, Carlos Sidnei. A Escola da Regulação: uma revisão crítica da economia política?. **Nova Economia**, v. 1, n. 1, 1990.

165 BOYER, Robert. **A teoria da regulação: uma análise crítica**. São Paulo: Nobel, 1990. BOYER, Robert. Labour institutions and economic growth: a survey and a "regulationist" approach. **Labour**, v. 7, n. 1, 1993.

166 HIRSCH, Joachim. Globalização e mudança social: o conceito da teoria materialista do Estado e a Teoria da Regulação. **Ensaio FEE**, v. 19, n. 1, 1998.

o papel que os Estados e, por consequência o direito possuem de regular essas inovações¹⁶⁷.

O direito é uma força social e como tal observa a sociedade para, a partir disso, regular a vida cotidiana. Os grandes pensadores da inteligência artificial diagnosticaram uma linha de evolução tal que culminará naquilo que vem sendo conhecido como pós-humanismo¹⁶⁸. Conforme afirma Kurzweil, a tecnologia evoluirá de uma forma tão célere e com um impacto tão profundo que o ser humano irremediavelmente ficará transformado¹⁶⁹.

Diante de tantas transformações, o mundo tecnológico não pode ser uma “terra sem lei”, pois conforme visto, a inteligência artificial não apenas produz comodidades, mas também danos, os quais não podem ficar imunes de controle e de responsabilização. Em tempos de intensos e constantes avanços tecnológicos, há a necessidade de uma convivência regulada entre humanos e não humanos. Mafalda Miranda Barbosa da Universidade de Coimbra, afirma que por mais sofisticado que sejam, os computadores não são suscetíveis de agir eticamente, pois, embora possam ser programados para atuarem de uma maneira pré-estabelecida, “tal comportamento não corresponde a um agir ético que possa ser valorado à luz da intencionalidade jurídica”¹⁷⁰. Os danos produzidos já são objeto de ações no Poder Judiciário e sua extensão fez com que despertasse a consciência de que a questão da IA é de interesse público e, assim sendo, ultrapassa a esfera privada e alcança o Poder Legislativo.

Os danos causados pela IA são uma realidade e não mais uma projeção do futuro. O direito precisa se precaver e dar uma resposta para minorar o impacto negativo produzido. São várias as searas afetadas, o que impõe uma análise ampla do problema, levando-se em consideração as principais forças da regulação: normas sociais, mercado e direito. É preciso encontrar a adequada reparação dos danos causados¹⁷¹.

167 BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA – Revista de Direito Administrativo Brasileiro**, v. 273, set/dez 2016, p. 127.

168 BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. **RJLB**, ano 3, nº 6, 2017, p. 1489.

169 KURZWEIL, Ray. Singularity is near APUD BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. **RJLB**, ano 3, nº 6, 2017, p. 1489.

170 BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. **RJLB**, ano 3, nº 6, 2017, p. 1498.

171 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista de Estudos Institucionais**, v; 6, n. 1, jan/abr 2020, p. 326.

É imperioso garantir que os sistemas de IA serão éticos, benéficos e seguros para a sociedade, o que pode ser possibilitado através da “criação de códigos de ética; equilíbrio de forças, como mercado, infraestrutura tecnológica, normas e leis; e o envolvimento e múltiplas partes interessadas”¹⁷².

Muitos dos problemas causados pela IA se devem às lacunas na legislação e falta de regulamentação. Há muitos pontos positivos em torno da regulação, como por exemplo:

(1) a possibilidade de atuação por experts com know-how na área; (2) eficiência e celeridade nas decisões com edição de normas e portarias. Também foram observadas iniciativas como a criação de organismos internacionais que sejam aptas para coordenar a atuação dos órgãos regionais e evitar discricionariedade e discrepância na aplicação das normativas¹⁷³.

Não se pode perder de vista que a intervenção regulatória pode promover os direitos fundamentais e os valores sociais e culturais; incluir grupos minoritários e excluídos; proteger interesses intergeracionais; sanear falhas de mercado, promover desejos e aspirações coletivas dentre outras vantagens¹⁷⁴. Regulamentar é criar um conjunto normativo que permita a interação da inteligência artificial com a sociedade, promovendo – de maneira eficaz - os conflitos, prevenindo diversos danos¹⁷⁵.

O que se espera da regulação? A Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro, em estudo específico da temática afirma: a) que os sistemas de IA podem promover o crescimento inclusivo, o desenvolvimento e o bem-estar; b) que os sistemas de IA podem ser projetados de maneira a respeitar o Estado de Direito, os Direitos Humanos, os valores democráticos, a diversidade, liberdade, dignidade, privacidade, proteção de dados, não-discriminação e igualdade. Para isso deve-se possibilitar

172 BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 6.

173 HARTMAN, Ivar A et al. **Policy Paper – Regulação de Inteligência Artificial no Brasil**. FGV Direito Rio. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/2022-08/policypaperiae-governo.pdf> Acesso 29 mar 24.

174 BAPTISTA, Patricia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA – Revista de Direito Administrativo Brasileiro**, v. 273, set/dez 2016, p. 140.

175 OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; LIMA, Tiago Augustini. **Nudity Deep Fake e a necessidade de regulação da Inteligência Artificial no Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/400955/nudity-deep-fake-e-a-necessidade-de-regulacao-da-ia-no-brasil> Acesso 01 abr 24.

a intervenção humana sempre que necessário; c) que se confira transparência e explicabilidade nos sistemas de IA¹⁷⁶.

No entanto é preciso ter muita prudência na regulação, pois nem tudo reluz. Embora se defenda a necessidade da regulação da IA, Scherer enumera – de maneira não exaustiva – exemplos de problemas que podem derivar desta pretensão: a) Problema na definição conceitual de IA, pois, é necessário que haja uma delimitação exata daquilo que se pretende normatizar, sob pena de não alcançar o efeito almejado, sobretudo, a segurança jurídica; b) Problema de descrição, visto que o poder legislativo geralmente normatiza agentes que são facilmente identificáveis, o que possibilita a localização e a fiscalização. Entretanto, quando se trata de IA, esta pode ser desenvolvida sem a necessidade de uma estrutura típica dos modelos industriais do século XX, já que apenas com um smartphone nas mãos é possível desenvolver projetos, o que dificulta sobremaneira a identificação e a responsabilização; c) Problema da difusão, pois sistemas de IA podem ser desenvolvidos por programadores que estão espalhados em diversas jurisdições e com equipamentos que podem ser adquiridos por pessoas comuns não tão abastadas financeiramente; d) Problema da opacidade, pois os dados utilizados na IA não são de conhecimento comum do público, o que pode dificultar a regulação em virtude da ausência de clareza sobre a forma pela qual os problemas que eventualmente vier a surgir podem ser resolvidos, e, por consequência permitir a compreensão em torno da adequada divisão de responsabilidade na reparação de danos; e) Problema de previsibilidade, pois em muitas hipóteses os sistemas de IA operam de forma autônoma e, por tal razão, são imprevisíveis até mesmo para seus programadores originais, o que pode acarretar em questionamentos sobre a responsabilidade por eventuais danos¹⁷⁷.

Atentos a tais questões, Barbosa e Pinheiro advertem a necessidade da adoção de cuidados ao normatizar a IA, pois, de um lado não podem as leis desestimular o processo de inovação e, de outro, deve minimizar a quantidade e a gravidade dos riscos e danos provocados aos indivíduos e à sociedade como um todo¹⁷⁸.

176 HARTMAN, Ivar A *et al.* **Policy Paper – Regulação de Inteligência Artificial no Brasil**. FGV Direito Rio. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/default/files/2022-08/policypaperiae-governo.pdf> Acesso 29 mar 24.

177 SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 29, nº 3, 2016, p. 373.

178 BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. **RIL Brasília** 60, nº 240, out/dez 2023, p. 19-20.

Vários países já enfrentaram a questão da regulamentação da IA, tais como Japão (2018), Alemanha (2018), Emirados Árabes (2019), Singapura (2019), dentre outros. Igualmente, algumas organizações internacionais como o Conselho da Europa e a OCDE demonstraram preocupação¹⁷⁹.

Aliás, convém consignar que, em março de 2024, a Parlamento Europeu aprovou o Regulamento de Inteligência Artificial com vistas a garantir a segurança e o respeito dos direitos fundamentais. As regras estabelecidas proíbem determinadas aplicações de IA que ameaçam os direitos dos cidadãos, incluindo os sistemas de categorização biométrica baseada em características sensíveis, além da proibição de reconhecimento de emoções no local de trabalho e nas escolas, a classificação social dentre outras¹⁸⁰. Essa não foi a primeira vez que a União Europeia demonstrou interesse na regulação da IA, visto que em 2020, o bloco publicou várias resoluções atinentes ao uso da tecnologia¹⁸¹.

Muitos pesquisadores, já há algum tempo afirmam que o Brasil deveria construir uma política nacional própria na área de IA. No início de 2019, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicação (MCTI) ampliou projetos nessa área e aderiu aos princípios¹⁸² da OCDE¹⁸³ para uma administração responsável da IA¹⁸⁴. O Brasil ainda é muito

179 ALMEIDA, Patrícia Gomes Rêgo; SANTOS, Carlos Denner dos; FARIAS, Josiania Silva; Artificial Intelligence Regulation: a framework for governance. **Ethics and Information Technology**, 23(3), 2021, p. 5.

180 PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento Inteligência Artificial: Parlamento aprova legislação histórica**. 13 mar 24. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2024/3/press_release/20240308IPR19015/20240308IPR19015_pt.pdf> Acesso 02 abr 24.

181 TAUK, Caroline Somesom; SALOMÃO, Luís Felipe. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Diké (UESC)**, v; 22. N. 23, jan/jun 2023, p. 15.

182 Os cinco princípios de maneira resumida são: 1. A IA deve beneficiar as pessoas e o planeta, impulsionando o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar; 2. Os sistemas de IA devem ser concebidos de forma a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e devem incluir salvaguardas adequadas – por exemplo, permitindo a intervenção humana sempre que necessário. 3. Deve haver transparência e divulgação responsável em torno dos sistemas de IA para que as pessoas possam compreender quando estão interagindo com eles. 4. Os sistemas de IA devem funcionar de forma robusta e segura ao longo de sua vida e os riscos potenciais devem ser continuamente avaliados e gerenciados. 5. As organizações e os indivíduos que desenvolvem, implantam ou operam sistemas de IA devem ser responsabilizados pelo seu bom funcionamento, em conformidade com os princípios mencionados. IN OECD. **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence**, 2024.

183 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. In: TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. *Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais*. **Revista de Estudos Institucionais**, v; 6, n. 1, jan/abr 2020, p. 306.

184 TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. *Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais*. **Revista de Estudos Institucionais**, v; 6, n. 1, jan/abr 2020, p. 307.

incipiente nos debates sobre a regulação da IA. Vive-se em um contexto de *fetichização* da tecnologia, ou seja, permite-se que novas tecnologias sejam incorporadas no cotidiano, sem que se tenha uma visão crítica sobre elas, enxergando unicamente o ponto de vista da utilidade, sem se ater a questões essenciais como os reveses e as questões éticas dessas novas tecnologias¹⁸⁵.

A verdade é que o Brasil ainda não possui uma legislação adequada para regular a IA. Em 2021, o mesmo MCTI que havia em 2019 aderido aos princípios da OCDE, lançou o EBIA (Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial¹⁸⁶), que consiste em um documento com pouco mais de 50 páginas para nortear o bom uso da IA e funciona como um roteiro para pesquisas e inovações. No entanto, embora útil e com a previsão de mecanismos para a criação de uma IA ética que respeita a privacidade e os direitos fundamentais, faltam definições claras de como poderá haver a real implementação desses meios¹⁸⁷.

Para além destas incipientes iniciativas, existe um projeto de lei nº 2338/2023 de iniciativa do Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG) que dispõe sobre o uso da inteligência artificial. Ainda não há uma data prevista para finalização e entrada em vigência da lei. Pretende-se regular vários temas sensíveis ligados à IA como reconhecimento facial, saúde (informações enganosas e ChatGPT), finanças (*chatbots*), mercado de trabalho (substituição do trabalho humano), dentre outros. O projeto de lei está inspirado no *AI Act* (União Europeia) supramencionado e aprovado recentemente. Embora contenha no texto do projeto conceitos e princípios de governança (*accountability*), privacidade e respeito aos dados pessoais e direitos fundamentais, peca, porém, em não avançar sobre temas como identificação do viés algorítmico, responsabilização sobre racismo algorítmico e o respeito à proteção à criança e ao adolescente¹⁸⁸.

185 Trecho da entrevista de Sara Rendorff-Smith pesquisadora de IA no Instituto de Tecnologia de Massachussets (MIT). Extraído de BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, 2018, p. 12.

186 Instituída pela Portaria MCTI nº 4.617, de 06 de abril de 2021 e alterada pela Portaria MCTI nº 4.979 de 13 de julho de 2021.

187 OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; LIMA, Tiago Augustini. **Nudity Deep Fake e a necessidade de regulação da Inteligência Artificial no Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/400955/nudity-deep-fake-e-a-necessidade-de-regulacao-da-ia-no-brasil> Acesso 01 abr 24.

188 OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; LIMA, Tiago Augustini. **Nudity Deep Fake e a necessidade de regulação da Inteligência Artificial no Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/400955/nudity-deep-fake-e-a-necessidade-de-regulacao-da-ia-no-brasil> Acesso 01 abr 24.

A regulação da IA é um tema estratégico para qualquer país, mas a lei tem que ser pensada e concretizada com temperança, ou seja, deve ser feita de maneira adequada, sem se dar de forma excessiva, o que poderia reduzir a autonomia dos indivíduos, inviabilizar atividades produtivas e coibir os avanços tecnológicos e científicos, e, por outro lado, se regular de forma insuficiente poderá ocasionar a concentração e o abuso de poder econômico dificultando a concretização da justiça social e o respeito aos direitos fundamentais¹⁸⁹.

5. Conclusões

A inteligência artificial é uma força poderosa que oferece uma gama de comodidades no cotidiano, desde recomendações personalizadas até assistência em processos judiciais. No entanto, sua ascensão traz consigo preocupações significativas, como a substituição de empregos humanos, preconceitos algorítmicos e ameaças à privacidade e segurança dos dados. É crucial que os avanços na IA sejam acompanhados por esforços para garantir equidade, transparência e respeito aos direitos fundamentais, promovendo um desenvolvimento tecnológico que beneficie toda a sociedade e mantenha a integridade e dignidade humanas em primeiro plano.

Diante das crescentes comodidades e tensões geradas pela IA, surge a necessidade premente de sua regulamentação e do papel do direito frente às novas tecnologias. Enquanto a IA promete transformações profundas na sociedade, incluindo o pós-humanismo, o direito enfrenta o desafio de garantir a segurança, ética e responsabilidade na sua aplicação. Tais transformações demandam uma convivência regulada entre humanos e não humanos, destacando a importância de ações regulatórias que promovam os benefícios da IA, protegendo ao mesmo tempo os direitos fundamentais dos indivíduos.

Embora a regulação da IA apresente desafios complexos, é essencial para mitigar danos e garantir a ética e a segurança. Enquanto muitos países e organizações internacionais avançam na elaboração de legislações e regulamentos, o Brasil ainda carece de uma abordagem abrangente. Iniciativas como a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e projetos de lei em discussão buscam estabelecer princípios éticos e

189 BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. *RIL Brasília* 60, nº 240, out/dez 2023, p. 36.

normas para o uso responsável da IA. No entanto, é proeminente que tais regulamentações sejam equilibradas, evitando tanto a excessiva restrição da autonomia individual quanto a falta de proteção adequada dos direitos fundamentais e da justiça social.

O Estado, nesse contexto, desempenha um papel fundamental na definição de políticas que promovam o desenvolvimento responsável da IA, equilibrando inovação, proteção dos direitos individuais e segurança pública. Além disso, cabe ao Estado criar um ambiente propício para pesquisa, investimento e colaboração entre os setores público e privado, garantir a concorrência, visando maximizar os benefícios da IA para a sociedade como um todo.

6. Referências

AI HLEG. High Level Expert Group on Artificial Intelligence. The European Commission's. **A definition of AI: Main culpabilities and scientific disciplines**. Disponível em: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf Acesso 28 mar 24.

ALMEIDA, Patricia Gomes Rêgo; SANTOS, Carlos Denner dos; FARIAS, Josivânia Silva. Artificial Intelligence Regulation: a framework for governance. **Ethics and Information Technology**. 23 (3), p. 2-22, 2021.

ALUNOS DE COLÉGIO DA BARRA SÃO SUSPEITOS DE USAR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA FAZER MONTAGENS DE COLEGAS E COMPARTILHAR. 01 nov 23. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/11/01/alunos-de-colegio-na-barra-sao-suspeitos-de-usar-inteligencia-artificial-para-fazer-montagens-de-colegas-nuas-e-compartilhar.ghtml>> Acesso 01 abr 24.

BARBOSA, Leonardo Figueiredo; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Inteligência artificial no Brasil: avanços regulatórios. **RIL Brasília** 60, nº 240, p. 11 – 41, out/dez 2023.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. **RJLB**, ano 3, nº 6, p. 1476-1503, 2017.

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

BIGONHA, Carolina. Panorama setorial da internet: inteligência artificial em perspectiva. **Inteligência Artificial e ética**, ano 10, nº 2, p. 1- 18, 2018.

BOURCHARDT, Elizeu. **Inteligência artificial – um pouco da história e avanços atuais**. Disponível em: <https://medium.com/@eliezerfb/intelig%C3%Aancia-artificial-499fc2c4aa79> Acesso 27 mar 24.

BOYER, Robert. SAILLARD Yves. **A summary of régulation theory. In: Régulation Theory: The state of the art.** BOYER, Robert. SAILLARD Yves (Eds.). Translated by Carolyn Shread. New York. Routledge. 2005.

_____. **A teoria da regulação: uma análise crítica.** São Paulo: Nobel, 1990.

_____. Labour institutions and economic growth: a survey and a “regulationist” approach. **Labour**, v. 7, n. 1, p. 25-72, 1993. CALO, Ryan. Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap. 51 **U.C.D. L. Rev**, 399, University of California, Davis, p. 399 – 435, 2017.

CARRO AUTOMÁTICO DA UBER É FILMADO PASSANDO O SINAL VERMELHO EM ESTRÉIA. 15 dez 16. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/carro-autonomo-da-uber-e-filmado-passando-o-sinal-vermelho-em-estreia/>> Acesso 28 mar 24.

CASTRO, Marco Aurélio. **Personalidade jurídica do robô e sua efetividade no Direito. Tese (Doutorado)**, 2009, 222f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. Crise e regulação: a metamorfose restauradora da reprodução capitalista. **Ensaio FEE**, v. 8, n. 1, p. 155-174, 1987.

_____. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. **Revista de economia contemporânea**. Rio de Janeiro. Vol. 6, n. 2, p. 119-146, 2002.

COUTINHO, Carlos Sidnei. A Escola da Regulação: uma revisão crítica da economia política?. **Nova Economia**, v. 1, n. 1, p. 153-171, 1990.

FARIA, Luiz Augusto Estrella. As formas institucionais da estrutura: do micro ao macro na Teoria da Regulação. **Ensaio FEE**, v. 22, n. 1, p. 187-204, 2001.

HARTMAN, Ivar A *et al.* **Policy Paper – Regulação de Inteligência Artificial no Brasil.** FGV Direito Rio. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/default/files/2022-08/policypaperiaegoverno.pdf> Acesso 29 mar 24.

HIRSCH, Joachim. Globalização e mudança social: o conceito da teoria materialista do Estado e a Teoria da Regulação. **Ensaio FEE**, v. 19, n. 1, p. 9-31, 1998.

LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERNET. **Noções gerais de inteligência artificial.** Disponível em: https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Cartilha_Nocoas_gerais_de_Inteligencia_Artificial.pdf Acesso 30 mar 24.

LIPIETZ, Alain. **Mirages and miracles.** London: Verso, 1987.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade.** Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MARANHÃO, Juliano Souza Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, v. 1, nº 1, p. 155 – 180, 2021.

MARR, Bernard. **Is artificial Intelligence Dangerous? 6 ai risks everyone should know about**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/11/19/is-artificial-intelligence-dangerous-6-ai-risks-everyone-should-know-about/?sh=3bbac0912404> Acesso 01 abr 24.

OECD. **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence**, 2024.

OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; LIMA, Tiago Augustini. **Nudity Deep Fake e a necessidade de regulação da Inteligência Artificial no Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/400955/nudity-deep-fake-e-a-necessidade-de-regulacao-da-ia-no-brasil> Acesso 01 abr 24

PARENTONI, Leonardo Netto; VALENTINI, Rômulo Soares; ALVES, Tárík César Oliveira e. Panorama da Regulação da Inteligência Artificial no Brasil: com ênfase no PLS n. 5.051/2019. **Revista eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43730/pdf> Acesso 28 mar 24.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento Inteligência Artificial: Parlamento aprova legislação histórica**. 13 mar 24. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2024/3/press_release/20240308IPR19015/20240308IPR19015_pt.pdf Acesso 02 abr 24.

PILOTO AUTOMÁTICO DA TESLA CAUSOU 17 ACIDENTES, DIZ JORNAL. 11 jun 23. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/piloto-automatado-da-tesla-causou-17-mortes-diz-jornal/> Acesso 28 mar 24.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A modern approach**. 3ª ed. London: Pearson, 2016.

SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies and Strategies. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 29, nº 3, p. 353 – 400, 2016.

TAUK, Caroline Somesom; SALOMÃO, Luís Felipe. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Diké (UESC)**, v; 22, nº 23, p. 2-32, jan/jun 2023.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filip. **Responsabilidade Civil e Regulação de novas tecnologias: Questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais**. Revista de Estudos Institucionais, v; 6, n. 1, p. 301-333, jan/abr 2020.

THIERER, Adam; O’SULLIVAN, Andrea Castillo; RUSSELL, Raymond. **Artificial Intelligence and Public Policy**. Mercatus Research Paper, Arlington, VA, 2017.

CAPÍTULO 8

DESAFIOS DE POSITIVAÇÃO E DE REGULAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS NEURODIREITOS

Irene Patrícia Nohara¹⁹⁰

Fernando Medici Guerra Martins¹⁹¹

Camila Kühn Pintarelli¹⁹²

1. Considerações Introdutórias

O interesse dos seres humanos em relação às máquinas não é fenômeno recente. Já na Grécia antiga é possível encontrar o mito de Talos, um gigante de bronze, autômato, construído para proteger Creta de piratas e invasores. No folclore judaico, é possível encontrar mitos sobre o Golem, um constructo de barro que pode realizar tarefas para seu dono. Durante a renascença, trabalhos de Leonardo Da Vinci demonstram o mesmo fascínio pelas possibilidades da tecnologia, sob uma visão humanista própria do período.

No entanto, desde a segunda metade do século XX, autores como Isaac Asimov e Philip K. Dick, bem como mídias audiovisuais como Star Trek e Blade Runner, demonstram que tal atenção tem bruscamente se intensificado, trazendo fascinantes questionamentos éticos. Também é oportuno destacar a obra *Star Trek y los Derechos Humanos*, de Robert Alexy e Alfonso Garcia Figueroa¹⁹³, que analisa se o Android Data seria contemplado e protegido pelos Direitos Humanos.

190 Livre-Docente e Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora-Pesquisadora do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada Parecerista.

191 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutora em Direito pela PUC/SP. Procuradora do Estado de São Paulo.

192 Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV. Pesquisador da Escola de Segurança Multidimensional IRI – USP e do Grupo de pesquisa em Direito Penal Econômico e Justiça Internacional do Mackenzie. Advogado e Escritor.

193 ALEXY, Robert. FIGUEROA, Alfonso García. *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, 2007.

O fato é que, na sociedade contemporânea, a humanidade vive permeada por mudanças tecnológicas que impactam significativamente as relações humanas de formas muitas vezes imprevisíveis. Além disso, muitas das novas tecnologias demonstram intensa capacidade de alterar, influenciar ou até mesmo manipular comportamentos, sendo capazes até de impactar o resultado de eleições, plebiscitos e referendos.¹⁹⁴

Soma-se a isso a chamada Indústria 4.0, proposta por Klaus Schwab, que vem permeando todos os aspectos da vida humana ao integrar ferramentas digitais ao próprio ser humano. Segundo o economista fundador do Fórum Econômico Mundial, as revoluções industriais foram marcadas não apenas por incrementos tecnológicos, mas por profundas transformações sociais.¹⁹⁵

Nesse sentido, a primeira revolução industrial não apenas trouxe a inovação tecnológica com as máquinas a vapor, como reorganizou o trabalho por meio da divisão de tarefas e impulsionou a urbanização de diversos países. Já segunda revolução industrial foi marcada pela utilização de métodos científicos para controlar o tempo e as medidas utilizadas na produção, assim como trouxe o advento das burocracias¹⁹⁶ modernas. Por sua vez, a terceira revolução industrial se caracterizou pela adoção da automação na produção, tecnologias digitais e o surgimento de novos modos de produção como o Toyotismo.¹⁹⁷

194 NOHARA, Irene Patrícia; MARTINS, Fernando Medici Guerra. Desafio ético de regulação de tecnologias que influenciam comportamentos. In: NOHARA, Irene Patrícia; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Governança da Regulação e o Poder Econômico**. São Paulo: Dialética, 2023. CADWALLADR, Carole. 'I made Steve Bannon's psychological warfare tool': meet the data war whistleblower. **The Guardian**. Londres. 18 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-facebook-nix-bannon-trump>. Acesso em: 22 mar. 2024. **Cambridge Analytica - The Power of Big Data and Psychographics**. Intérpretes: Alexander Nix. Nova York: Concordia, 2016. (11 min.), P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=n8Dd5aVXLcc>. Acesso em: 22 set. 2020. HEAWOOD, Jonathan. Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. **Information Polity**, [s. l.], 2018. DOI 10.3233/IP-180009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/bb66/5a36506a41cc22ae85b2ad503cd58604e705.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

195 SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. [S. l.]: World Economic Forum, 2016.

196 O termo "burocracia" aqui é utilizado pelos autores deste artigo (não por Schwab) no sentido Weberiano, como uma estrutura de poder e/ou administração que se organiza por meio de uma hierarquia na qual determinados indivíduos (burocratas) fazem, participam ou executam as decisões tomadas no âmbito de uma organização, dando-lhes uma "qualidade de manipuladores de um determinado sistema de gestão, chamado burocrático" (TENÓRIO, Fernando Guilherme. Weber e a burocracia. **Revista do Serviço Público**, 38, 2017 79-90. Disponível em: <<https://doi.org/10.21874/rsp.v38i4.2328>>, p. 81).

197 SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. [S. l.]: World Economic Forum, 2016.

Por fim, chegamos à chamada Revolução 4.0 ou quarta revolução industrial, marcada pela integração do ser humano com a tecnologia, bem como profundas transformações nas interações humanas que frequentemente ocorrem por intermédio de dispositivos digitais. Na Quarta Revolução Industrial a automação integra-se a partir de vetores tecnológicos que alteram a maneira como se vive, trabalha e se relaciona, agregando mudanças em termos de velocidade, amplitude, profundidade e impactos sistêmicos.¹⁹⁸ Por conseguinte, para grande parcela da população, as relações pessoais e o próprio trabalho seriam inviabilizados sem ferramentas digitais como celulares e redes sociais.¹⁹⁹

Tal integração pode ocorrer de forma direta, por meio de dispositivos que se conectam fisicamente com o ser humano, como marcapassos, próteses que respondem aos impulsos neurológicos do usuário e implantes de chips para a recuperação da visão, mas também de forma indireta. Por exemplo, um advogado, até os anos 1990, precisaria se lembrar de suas audiências ou utilizar recursos físicos como uma agenda, ao passo que sua contraparte atual pode contar com lembretes digitais em seu celular, relógio ou computador, que servem como um complemento artificial à memória humana.

É fato que, na medicina, o prestígio às possibilidades da interação da robótica na vida humana já vem sendo realçado há muitos anos, desde os exemplos acima mencionados até a própria evolução dos estudos sobre a neurociência, que partiram, em 1878, da análise do cérebro de um animal por Richard Caton, e chegaram rapidamente, em 1929, na análise da eletroencefalograma humana por Hans Berger, tida como a primeira mensuração da atividade elétrica cerebral humana, precursora do chamado *brain-computer interface* (BCI).

Mais recentemente, o surgimento de técnicas de neuroimagem não invasivas provocou uma revolução na compreensão do cérebro humano²⁰⁰, o que foi intensificado na atual quadra com a considerável ampliação do espectro de neurotecnologias de imagem disponíveis tanto no âmbito clínico como para acesso comercial, sendo exemplos a ressonância magnética (MRI), a tomografia axial computadorizada (CAT), a tomografia por emissão de pósitrons (PET) e a ressonância magnética funcional (fMRI).

198 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: GEN/Atlas, 2024, p. 858.

199 SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. [S. l.]: World Economic Forum, 2016.

200 YUSTE, Rafael. ÁLAMOS, María Florencia. KAUSEL, Leonie et al. A Technocratic Oath. In LÓPEZ-SILVA, Pablo. VALERA, Luca. **Protecting the Mind: Challenges in Law, Neuroprotection, and Neuro-rights**. Switzerland : Springer, 2022, p. 287 (edição Kindle).

O intenso desenvolvimento da neurotecnologia, com a evolução das técnicas de interface conectiva entre o cérebro e a máquina, está a expandir verdadeiramente as fronteiras da ação humana, gerando esperança e expectativa sobre seus impactos positivos na economia e, na área da saúde, no tratamento e na cura de doenças. Os exemplos práticos trazidos por esses impulsos neurotecnológicos²⁰¹ à vida – como é o caso do exoesqueleto – merecem ser efusivamente aplaudidos: propiciam esperança e grande expectativa a milhões de pessoas e famílias, acenando a um futuro próximo de cura, de inclusão social e de inéditos e promissores tratamentos terapêuticos.

Todavia, assim como qualquer tecnologia, tais inovações são essencialmente neutras, podendo ser aplicadas para propiciar novos e bons rumos à humanidade e, igualmente, a propósitos não tão nobres, capazes de impactar o sujeito humano de maneiras pouco visíveis e previsíveis, o que faz surgir fundada inquietação sobre seus limites éticos, sobretudo quando já se tem notícia da disponibilidade, em escala comercial, de ferramentas neurotecnológicas aptas identificar emoções, interagir com o cérebro e, até mesmo, extrair dados neurais, como a linguagem ou até harmonias musicais.

Dada a importância e o crescente uso destas tecnologias, nem sempre com o devido acompanhamento e adequado controle, o presente artigo visa averiguar a necessidade de regulação dos neurodireitos para estimular o desenvolvimento ético e responsável dessas tecnologias e mitigar os efeitos negativos de seu uso e sobretudo enfocar no avanço da pauta de positivação da proteção dos neurodireitos na América Latina e no Brasil, em particular.

2. Meios Digitais, Neurotecnologias e Controle dos Estados Mentais: riscos e regulação

Com as transformações da Era Digital, o desenvolvimento social exige uma releitura da dignidade humana à luz da nova realidade tecno-social e do novo contexto do ecossistema digital. Tal afirmação é feita com base nos inúmeros indícios de que tecnologias digitais modernas, notadamente as redes sociais, podem alterar o funcionamento do cérebro humano²⁰²,

201 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 Set. 2023.

202 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 Set. 2023.

influenciar o impulso para compras²⁰³ e diminuir a confiança social²⁰⁴, bem como prejudicar níveis de atenção²⁰⁵ e os índices de depressão na sociedade, sobretudo entre as parcelas mais jovens da população.²⁰⁶

Como o foco deste artigo se encontra especificamente nas neurotecnologias, passa-se averiguar os riscos e benefícios específicos de seu uso, para que se possa posteriormente analisar uma possível necessidade de regulação. Para realizar este esforço, no entanto, é preciso delimitar o que são neurotecnologias. Para Yuste *et al*, neurotecnologias abrangem tanto dispositivos como técnicas que permitem a interação ou com o sistema nervoso ou o cérebro, sendo capazes de adquirir, interferir, manipular modular ou transmitir informações.²⁰⁷

No mesmo sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) define neurotecnologias como procedimentos ou dispositivos que interagem, acessam, investigam, analisam, manipulam ou emulam a função e a estrutura dos sistemas neurais.²⁰⁸ Tais dispositivos e técnicas são capazes de obter os chamados dados neurais, isto é, informações geradas, obtidas ou processadas por redes neurais artificiais que interagem ou se baseiam na estrutura e funcionamento do cérebro humano.²⁰⁹

-
- 203 ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**. Nova York: Hachette Book Group, 2019. p. 198
- 204 SABATINI, Fabio; SARRACINO, Francesco. **Online networks and subjective well-being**. ArXiv - Cornell University, Nova Iorque, p. 20-20, 2014. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1408.3550>. Acesso em: 22 set. 2020.
- 205 BOER, Maartje et al. Attention Deficit Hyperactivity Disorder-Symptoms, Social Media Use Intensity, and Social Media Use Problems in Adolescents: Investigating Directionality. **Child Development**, [s. l.], 29 out. 2019. DOI <https://doi.org/10.1111/cdev.13334>. Disponível em: <https://srcl.onlinelibrary.wiley.com/journal/14678624>. Acesso em: 13 mar. 2024
- 206 CHRISTAKIS, Nicholas; SHAKYA, Holly. Association of Facebook Use With Compromised Well-Being: A Longitudinal Study. **American Journal of Epidemiology**, Baltimore, v. 185, n. 3, p. 203-211, 1 fev. 2017. DOI <https://doi.org/10.1093/aje/kww189>. Disponível em: <https://academic.oup.com/aje/article/185/3/203/2915143>. Acesso em: 22 fev. 2024. MCDOOL, Emily et al. Social Media Use and Children's Wellbeing. Discussion Paper Series, Sheffield, n. 10412, p. 1-27, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2886783. Acesso em: 22 fev. 2024.
- 207 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 Set. 2023.
- 208 OECD. **Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology**, 2021. Acessível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457>>. Acesso em: Ago. 2023.
- 209 ARGUELHO, Silvana Sampaio; MEDICI, Fernando; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A Garantia do Direito Fundamental À Proteção de Dados Neurais no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Inteligência artificial, proteção de dados e inovação na saúde**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. cap. 11, p. 235-256. ISBN 978-65-5460-055-2. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/ebook/237inovacaonasaude>. Acesso em: 13 mar. 2024.

Nota-se ainda que, mesmo sem uma interação direta com o cérebro, certas plataformas online são capazes de influenciar estruturas neurais. Um estudo realizado por pesquisadores da Zhejiang University indica que algorítmicos de recomendação personalizada usados por plataformas de mídia (principalmente o TikTok) podem modular o cérebro, atraindo a atenção do usuário, mas, ao mesmo tempo, causando diminuição da capacidade de autocontrole²¹⁰.

Ademais, os programadores destas plataformas acabam criando mecanismos de gamificação que levam as pessoas a viciarem, pois se trata de influenciar a dopamina da pessoa, para que ela fique cada vez mais dependente dos dispositivos.

Uma vez definido o conceito de neurotecnologias, passa-se à análise de seus riscos e benefícios. É inegável que elas podem trazer grandes benefícios, como, por exemplo, a recuperação da audição²¹¹ ou a prevenção ao Mal de Parkinson e outras doenças²¹², mas também se sabe que podem trazer efeitos médicos, sociais e mentais deletérios.²¹³

Um de seus principais riscos encontra-se no fato de que elas permitem um acesso sem precedentes a dados da esfera mais íntima dos indivíduos. De acordo com a UNESCO, é preciso considerar que os detentores destes dados podem utilizá-los para o benefício de sua própria agenda, inclusive de formas antiéticas ou ilegais.²¹⁴ Segundo Maccay, este cenário se revela especialmente preocupante ao se considerar que as interações humanas se baseiam na escolha individual em compartilhar ou não certas informações, o que poderia ser subjugado pela extração indevida de dados neurais.²¹⁵

210 SU, Conghui et al. Viewing personalized video clips recommended by TikTok activates default mode network and ventral tegmental area. **Neuroimage**, [s. l.], ed. 237, 2 maio 2021. DOI <https://doi.org/10.1016/j.neuroimage.2021.118136>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1053811921004134?via%3Dihub>. Acesso em: 13 mar. 2024.

211 RAMIREZ-ZAMORA, Adolfo et al. Brain Stimulation Think Tank: Updates in Neurotechnology and Neuromodulation, Volume II. **Frontiers - Human Neuroscience**, [s. l.], v. 16, 1 jun. 2022. DOI <https://doi.org/10.3389/fnhum.2022.912730>. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2022.912730/full>. Acesso em: 15 set. 2023.

212 MACCAY, Allan. **Neurotechnology, law and the legal profession**: Horizon Report for The Law Society. The Law Society, London, p. 18, 1 ago. 2022.

213 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/551159a>. Acesso em: 10 set. 2023.

214 UNESCO. **THE RISKS AND CHALLENGES OF NEUROTECHNOLOGIES FOR HUMAN RIGHTS**. New York, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384185>. Acesso em: 15 set. 2023. (p.43)

215 MACCAY, Allan. **Neurotechnology, law and the legal profession**: Horizon Report for The Law Society. The Law Society, London, p. 18, 1 ago. 2022.

Igualmente, é preciso apontar um possível aprofundamento de diferenças socioeconômicas diante do acesso desigual ao aprimoramento mental que estas tecnologias podem oferecer. Por exemplo, o método *Transcranial Direct Current Stimulation* tem se mostrado capaz de melhorar o foco durante atividades complexas.²¹⁶ Assim, não é difícil conceber como o acesso desigual a este tipo de ferramenta pode intensificar assimetrias no mercado de trabalho. Yuste *et al* argumentam ainda que as pressões do mercado profissional poderiam forçar indivíduos a adotar tecnologias de aprimoramento mesmo contra sua vontade.²¹⁷

Outro ponto relevante em relação ao trabalho seria a utilização de dispositivos neurais para o monitoramento das atividades laborais, atenção e até mesmo o pensamento de funcionários por grandes empresas, como apontado por Nita Farahany durante o Fórum Econômico Mundial de 2023.²¹⁸

A UNESCO, outrossim, chama atenção para os grandes investimentos realizados para desenvolver neurotecnologias de uso militar, visando incremento no desempenho de soldados, o que gera tanto preocupações éticas como de segurança.²¹⁹

Também não se pode negligenciar que todas as tecnologias que fazem uso da internet podem sofrer com ataques cibernéticos ou outras formas de acesso indevido aos dados neurais dos usuários. Assim, é cada vez mais viável a extração de informações do cérebro, bem como a manipulação do comportamento individual por meio do chamado *neurohacking*.²²⁰

216 SALEHINEJAD, Mohammad Ali et al. Transcranial direct current stimulation in attention-deficit hyperactivity disorder: A meta-analysis of neuropsychological deficits. **PLOS ONE**, São Francisco, v. 14, ed. 8, 20 ago. 2019. DOI <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221613>. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0215095>. Acesso em: 5 mar. 2024

217 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 set. 2023.

218 FARAHANY, Nita A. **Ready for Brain Transparency?** Youtube, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hfqD5aW0X5U&t=1588s>. Acesso em: 13 set. 2023. UNESCO. **THE RISKS AND CHALLENGES OF NEUROTECHNOLOGIES FOR HUMAN RIGHTS**. New York, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384185>. Acesso em: 15 set. 2023. (p.43)

219 UNESCO. **THE RISKS AND CHALLENGES OF NEUROTECHNOLOGIES FOR HUMAN RIGHTS**. New York, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384185>. Acesso em: 15 set. 2023. MACCAY, Allan. **Neurotechnology, law and the legal profession: Horizon Report for The Law Society**. The Law Society, London, p. 18, 1 ago. 2022.

220 MACCAY, Allan. **Neurotechnology, law and the legal profession: Horizon Report for The Law Society**. The Law Society, London, p. 18, 1 ago. 2022

Segundo Yuste et al, outro risco compartilhado com diferentes tecnologias é a possibilidade de existência de vieses nos algoritmos utilizados pelos neurodireitos, o que poderia gerar ações discriminatórias.²²¹

Por fim, um dos grandes desafios dessas tecnologias encontra-se nas incertezas associadas a elas, dado que o corpo de estudos a respeito delas ainda não permitiu que a comunidade científica tenha total compreensão de seus efeitos.²²²

Reconhecendo tais questões, a OCDE aprovou, em 2019, a Recomendação sobre Inovação Responsável em Neurotecnologia, buscando orientar empresas, governos, pesquisadores, empresas e a sociedade como um todo acerca dos riscos de segurança, éticos e sociais da utilização das neurotecnologias.²²³ Diante da intensidade destes riscos, a necessidade de regulação se mostra evidente, ao menos para garantir a integridade psíquica dos usuários e evitar efeitos sociais indesejados, estabelecendo limites éticos.²²⁴ Tal posicionamento é compartilhado pela *Neuro Rights Foundation*, que concluiu que vivemos um hiato regulatório no campo da interação da neurotecnologia.²²⁵

Para aprofundar este tema, o próximo tópico discute a necessidade de positivação dos neurodireitos.

3. Importância da Positivação dos Neurodireitos

Em face dos riscos identificados no tópico anterior, a literatura aponta para a necessidade de se proteger a integridade mental dos usuários e

221 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 Set. 2023.

222 CRUZ, Patrícia Moura Monteiro; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Neurociência e direito: interferências do algoritmo das redes sociais e seus impactos nos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila et al. **Neurodireito, Neurotecnologia e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 95-109. ISBN 978-65-86017-71-7. SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. A proteção dos dados neurais sob o enfoque das neurociências e dos direitos humanos e fundamentais no contexto brasileiro, 2022. Acessível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-dedados/362368/protecao-dos-dados-neurais-sob-o-enfoque-das-neurociencias>. Acesso em: 10/03/2024.

223 OECD. **Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology**, 2021. Acessível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457>>. Acesso em: Ago. 2023.

224 PINTARELLI, Camila. A proteção jurídica da mente. **Revista de Direito da Saúde Comparado**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 104-119, 2022. Disponível em: [//periodicos.unisa.br/index.php/direitosade/article/view/396](http://periodicos.unisa.br/index.php/direitosade/article/view/396). Acesso em: 27 mar. 2024.

225 Fundação formada por pesquisadores da Universidade de Columbia, notadamente Rafael Yuste, para advogar em prol de diretivas éticas para a inovação neurotecnológica. <https://neurorightsfoundation.org/mission>. Acesso em: 25/03/2014.

a mitigação de efeitos sociais negativos, sendo, para tanto, altamente recomendável que haja elevação dos neurodireitos ao *status* de direitos humanos. Rafael Yuste e o Grupo Morningside²²⁶ apresentaram os principais desafios éticos associados ao uso da neurotecnologia: privacidade, agência²²⁷ e identidade e consentimento, acesso justo ao aprimoramento e proteção diante do enviesamento²²⁸.

Já a Recomendação sobre Inovação Responsável em Neurotecnologia da OCDE elenca deveres de seus membros em relação ao tema: o fornecimento de informações claras ao público e à comunidade científica, a garantia de meios de consentimento adequados para proteger a autonomia de indivíduos, promover oportunidades de escolha acerca da utilização de dados, promoção de políticas de proteção aos dados neurais, vedação de uso não-autorizado de dados neurais, promoção da privacidade e confidencialidade e, por fim, assegurar a rastreabilidade dos dados recolhidos e atos médicos utilizados na aplicação das neurotecnologias.²²⁹

Em 2020, o Parlamento Europeu emitiu o Marco Ético da Inteligência Artificial, da Robótica e de Tecnologias Conexas²³⁰, com o objetivo de reforçar a confiança social e demandar transparência aos fluxos informacionais, princípios plenamente aplicáveis às Neurotecnologias. Já a *Neuro Rights Foundation* trabalha para incorporar cinco direitos específicos às legislações e esforços regulatórios, conforme visto: privacidade

226 Grupo que advoga pelo uso responsável da tecnologia, composto por neurocientistas, neurotecnólogos, médicos, eticistas e engenheiros de aprendizado da máquina, com representantes da Google e outras grandes companhias de tecnologia.

227 Termo utilizado aqui como a capacidade de autodeterminação para realizar escolhas conscientes. Em última análise, o livre controle sobre os processos de tomada de decisão, sem influências indevidas de tecnologias.

228 YUSTE, Rafael et al. Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em: 10 Set. 2023.

229 OECD. Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology, 2021. Acessível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457>>. Acesso em: Ago. 2023. ARGUELHO, Silvana Sampaio; MEDICI, Fernando; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A Garantia do Direito Fundamental À Proteção de Dados Neurais no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Inteligência artificial, proteção de dados e inovação na saúde**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. cap. 11, p. 235-256. ISBN 978-65-5460-055-2. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/ebook/237inovacaonasaude>. Acesso em: 13 mar. 2024.

230 PARLAMENTO EUROPEU (Europa). 20 de outubro de 2020. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas. **Regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas**, Bruxelas, 20 out. 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html. Acesso em: 7 mar. 2024.

mental, identidade pessoal, livre arbítrio, acesso justo ao aprimoramento mental e proteção contra o preconceito²³¹.

Destaca-se nas discussões acerca do tema a vulnerabilidade do usuário perante as complexidades das neurotecnologias²³², conforme preocupação expressa encontrada no artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.²³³ Tal conceito pode ser usado para interpretarmos a essência do ser humano para fins de proteção frente a essas novas tecnologias. Contudo, não é um conceito específico para este contexto, sendo aplicado a partir do emprego da analogia.

De todo modo, a fundação de uma eventual positivação dos neurodireitos se alicerça na vulnerabilidade de indivíduos, organizações e até mesmo sociedades em lidar com as consequências inesperadas deste tipo de tecnologia. Assim, tais direitos se revelariam como uma salvaguarda a dois bens jurídicos distintos: a integridade mental de indivíduos e a confiança social, o que justificaria sua tutela jurisdicional.

4. Movimentos e Consolidações Regulatórias Acerca dos Neurodireitos

Um dos primeiros movimentos acerca da regulação da integridade mental foi o estudo *Gray Matters: Integrative Approaches for Neuroscience, Ethics, and Society* da Georgetown University. Nele foram formuladas quatro recomendações à Casa Branca e à iniciativa BRAIN²³⁴: a integração da ética nas pesquisas, reavaliação de abordagens existentes, integração de ética e ciência em todos os níveis da educação e a inclusão explícita de perspectivas éticas nos órgãos de revisão e consultivos.²³⁵

231 <https://neurorightsfoundation.org/mission>. Acesso em: 25/03/2014.

232 MORAIS, Talita C. A. de. MOTEIRO, Pedro Sadi. Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética. **Revista Bioética**. Vol. 25, núm. 02, pp. 311-319, 2017, DOI: 10.1590/1983-80422017252191, acesso em 04 de Fevereiro de 2024.

233 Artigo 8º, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual: “A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.” In: UNESCO. 2005. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, [S. l.], 2006. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por/PDF/146180por.pdf.multi. Acesso em: 12 mar. 2024.

234 – Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies criado pela gestão Obama em 02 de abril de 2013 para estimular o desenvolvimento e pesquisa acerca do cérebro humano.

235 PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES. Maio de 2014. **GRAY MATTERS: Integrative Approaches for Neuroscience, Ethics, and Society**, Washington, 2014. Disponível em: <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/709231/Gray%20Matters%20Vol%201.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 mar. 2024.

No entanto, a iniciativa legislativa pioneira acerca da positivação constitucional os neurodireitos ocorreu na América Latina. O Chile aprovou a Lei nº 21.383, com o fim de alterar a Constituição e incorporar cinco neurodireitos para proteger a integridade mental e guardar a transparência do algoritmo.²³⁶

São cinco os neurodireitos incorporados à Constituição chilena, quais sejam: (1) direito à autodeterminação; (2) direito ao livre-arbítrio; (3) direito à identidade pessoal e à privacidade mental; (4) direito ao acesso igualitário aos meios de incremento cognitivo; e (5) direito à proteção contra discriminação algorítmica.²³⁷

Nessa mesma toada, em 25 de agosto de 2023, Camila Pintarelli foi responsável por rascunhar e apresentar minuta de proposta de emenda à Constituição do Brasil (PEC), com o objetivo de inserir o seguinte conteúdo com inciso adicional ao art. 5º, positivando, em âmbito constitucional, “o desenvolvimento científico e tecnológico que assegure a integridade mental e a transparência algorítmica, nos termos da lei”²³⁸. Em junho de 2023, referida iniciativa alcançou o número mínimo de assinaturas – de todas as matizes políticas, diga-se, o que realça o caráter universal e humano do tema – e foi formalmente protocolizada, ganhando a numeração 29, de 2023.

O Brasil, assim, tornou-se o segundo país do mundo a demonstrar preocupação constitucional com a proteção da mente humana no cenário tecnológico enquanto direito fundamental do ser humano. Vale lembrar que a interface entre indivíduo e tecnologia já animou o espírito constitucional brasileiro quando da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que introduziu a proteção aos dados pessoais como direito fundamental, o que torna sempre atual a lição de Bobbio, no sentido de que os direitos humanos, históricos que são, guardam consigo a característica da cambialidade, surgindo ou modificando-se à vista dos carecimentos sociais e das transformações técnicas da humanidade.²³⁹

236 CHILE. **Ley nº 21.383 de 14 de octubre de 2021**. Modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas. Santiago, 2021. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>. Acesso em: 10/03/2024.

237 CHILE. **Ley nº 21.383 de 14 de octubre de 2021**. Modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas. Santiago, 2021. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>. Acesso em: 10/03/2024.

238 BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2023**. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. Brasília, 2023^a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158095>. Acesso em: 10/03/2024.

239 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004, 9. Reimpressão, p. 18.

Ainda no Brasil, vale destacar outra iniciativa de Camila Pintarelli que, em julho de 2023, redigiu o que veio a se tornar a Emenda Constitucional nº 85, de 2023, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que inseriu a proteção à integridade mental humana como diretriz de políticas públicas no contexto da ciência e da tecnologia naquele Estado, emenda esta que foi assinada e aprovada à unanimidade por todo o Parlamento gaúcho.

Na vereda dos impulsos brasileiros, outras iniciativas regulatórias de destaque são a inclusão dos neurodireitos na *Carta de Derechos de La Persona em el Entorno Digital* do México²⁴⁰, a inclusão dos neurodireitos na Declaração de León, feita pela Presidência do Conselho da União Europeia e a Conferência Internacional sobre a Ética da Neurotecnologia da UNESCO, realizada em 13 de Julho de 2023, em Paris. Iniciativas semelhantes têm sido articuladas na Inglaterra e no Reino Unido.

Todos estes esforços merecem prosperar, mas cabe ressaltar as limitações que as jurisdições têm encontrado frente às questões digitais, dado que muitas destas questões têm caráter transnacional, pois o desenvolvimento, comercialização e utilização de muitas destas tecnologias ocorrem simultaneamente em diversos países, constantemente por meio da utilização da internet, o que gera a discussão acerca de um constitucionalismo digital.²⁴¹

Este parece ser um bom direcionamento para as discussões acerca destas tecnologias, justamente em face destas questões que transcendem os limites das jurisdições nacionais, mas se trata de uma discussão que parece distante de uma aplicação prática em nível mundial, embora esteja caminhando no contexto de blocos transnacionais como a União Europeia e o Mercosul. Especificamente quanto ao Brasil, a implementação regulatória em relação a um maior constitucionalismo digital parece caminhar, como apontam Borges e Saavedra²⁴².

240 INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA. **Derechos de La Persona em el Entorno Digital**: Código de Buenas Prácticas. Cidade do México: [s. n.], 2023. Disponível em: https://www.info-cdmx.org.mx/doctos/2022/Carta_DDigitales.pdf. Acesso em: 13 mar. 2024.

241 Gill et al notam notam que “constitucionalismo digital” é um termo guarda chuva para inúmeras iniciativas de articulação para se construir um corpo de de direitos, normas e limitações ao exercício do poder na internet. GILL, LEX et al. Towards Digital Constitutionalism?: Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Center Research Publication**, [s. l.], ed. 15, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 19 mar. 2024.

242 SAAVEDRA, Giovanni Agostini.; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. **Revista da AJURIS**, [S. l.], v. 49, n. 152, p. 157–180, 2022. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 27 mar. 2024.

De todo modo, parece oportuno que o assunto esteja sendo debatido e positivado enquanto muitas destas tecnologias estejam nascentes, dado que seu desenvolvimento poderá ocorrer de maneira mais segura, com maiores preocupações éticas.

5. Conclusões

A pauta de positivação de novos direitos deve avançar conforme a transformação tecnológica desafiar a sociedade com novos riscos, sendo imprescindível que haja novas proteções. Assim como o Brasil avançou com a tutela dos dados, cuja proteção foi alçada ao *status* de direito fundamental com a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, a PEC 29/2023 foi protocolizada, pela iniciativa de Camila Pintarelli, para ampliar o rol de direitos fundamentais com objetivo de criar o direito a um desenvolvimento científico e tecnológico que assegure: “a integridade mental e a transparência algorítmica, nos termos da lei”.

Conforme visto, a América Latina foi precursora da positivação da proteção aos neurodireitos, tendo sido o Chile o primeiro país do mundo a dar o importante passo, a partir da aprovação da Lei nº 21.383, com o fim de alterar a Constituição e incorporar cinco neurodireitos aptos a proteger a integridade mental e a transparência do algoritmo, sendo eles: o direito à autodeterminação; o direito ao livre-arbítrio; o direito à identificação pessoal e a privacidade mental; o direito ao acesso igualitário aos meios de incremento cognitivo; e o direito à proteção contra discriminação algorítmica.

Trata-se de um passo importante na proteção ao cérebro, ao pensamento e à liberdade de agir humana, tendo em vista o impacto das neurotecnologias no cérebro humano, sendo também preocupante se, com os meios atualmente em desenvolvimento de incremento cognitivo, não haverá no futuro próximo, caso não exista tal positivação, uma maior clivagem entre seres humanos, o que realça a preocupação chilena com a igualdade.

Após a positivação, que esperamos que ocorra, tendo em vista o grande interesse em tal tutela demonstrado pela comunidade política, em seus mais variados espectros ideológicos, o desafio de regulação será também similar ao encontrado nos dados: se haverá necessidade de uma especialização institucional para lidar com a proteção; como será a punição para condutas que violem tais direitos; como fomentar ou induzir um respeito maior aos direitos que serão tutelados relacionados com a

integridade mental, preservando a integridade algorítmica, para evitar vieses discriminatórios, sendo estas bandeiras que podem unir o Brasil com países precursores, a exemplo do Chile, que já deram os primeiros passos da humanidade no reconhecimento de uma nova categoria de direitos, qual seja, a dos neurodireitos.

6. Referências

ARGUELHO, Silvana Sampaio; MEDICI, Fernando; SAAVEDRA, Giovani Agostini. A Garantia do Direito Fundamental à Proteção de Dados Neurais no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Inteligência artificial, proteção de dados e inovação na saúde**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2023. cap. 11, p. 235-256. ISBN 978-65-5460-055-2. Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br/ebook/237inovacaonasaude>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOER, Maartje et al. Attention Deficit Hyperactivity Disorder-Symptoms, Social Media Use Intensity, and Social Media Use Problems in Adolescents: Investigating Directionality. **Child Development**, [s. l.], 29 out. 2019. DOI <https://doi.org/10.1111/cdev.13334>. Disponível em: <https://srcd.onlinelibrary.wiley.com/journal/14678624>. Acesso em: 13 mar. 2024

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2023**. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. Brasília, 2023^a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/158095>. Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 28 set. 2023

CADWALLADR, Carole. 'I made Steve Bannon's psychological warfare tool': meet the data war whistleblower. **The Guardian**. Londres. 18 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-facebook-nix-bannon-trump>. Acesso em: 22 mar. 2024.

CHRISTAKIS, Nicholas; SHAKYA, Holly. Association of Facebook Use With Compromised Well-Being: **A Longitudinal Study**. **American Journal of Epidemiology**, Baltimore, v. 185, n. 3, p. 203-211, 1 fev. 2017. DOI <https://doi.org/10.1093/aje/kww189>. Disponível em: <https://academic.oup.com/aje/article/185/3/203/2915143>. Acesso em: 22 fev. 2024.

CRUZ, Patrícia Moura Monteiro; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. Neurociência e direito: interferências do algoritmo das redes sociais e seus impactos nos direitos humanos das crianças e dos adolescentes. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila et al. **Neurodireito, Neurotecnologia e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 95-109.

FARAHANY, Nita A. *Ready for Brain Transparency?* Youtube, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hfqD5aW0X5U&t=1588s>. Acesso em: 13 set. 2023.

GILL, LEx et al. Towards Digital Constitutionalism?: Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **Berkman Center Research Publications**, [s. l.], ed. 15, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 19 mar. 2024.

HEAWOOD, Jonathan. Pseudo-public political speech: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. **Information Policy**, [s. l.], 2018. DOI 10.3233/IP-180009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/bb66/5a36506a41cc22ae85b2ad503cd58604e705.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

MACCAY, Allan. Neurotechnology, law and the legal profession: Horizon Report for The Law Society. **The Law Society**, London, 1 ago. 2022.

MCDOOL, Emily et al. Social Media Use and Children's Wellbeing. **Discussion Paper Series**, Sheffield, n. 10412, p. 1-27, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2886783. Acesso em: 22 fev. 2024.

MORAIS, Talita de. MOTEIRO, Pedro Sadi. Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética. **Revista Bioética**. Vol. 25, núm. 02, pp. 311-319, 2017, DOI: 10.1590/1983-80422017252191, acesso em 04 de Fevereiro de 2024.

NOHARA, Irene Patrícia Diom; MARTINS, Fernando Medici Guerra. Desafios da LGPD e as histórias não contadas de experiências emocionais em escala massiva: controle tecnológico em seres humanos como ratos de laboratório. In: Rodrigo Pironti. (Org.). **Lei Geral de Proteção de Dados no Setor Público**. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, v. 1, p. 219-237.

NOHARA, Irene Patrícia; MARTINS, Fernando Medici Guerra. Desafio ético de regulação de tecnologias que influenciam comportamentos. In. NOHARA, Irene Patrícia; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Governança da Regulação e o Poder Econômico**. São Paulo: Dialética, 2023.

OECD. **Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology**, 2021. Acessível em: < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0457> >. Acesso em: Ago. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU (Europa). 20 de outubro de 2020. **Resolução do Parlamento Europeu**, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas. Regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas, Bruxelas, 20 out. 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html. Acesso em: 7 mar. 2024.

PINTARELLI, Camila. **A proteção jurídica da mente**. Revista de Direito da Saúde Comparado, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 104-119, 2022. Disponível em: [//periodicos.unisa.br/index.php/direitosaude/article/view/396](http://periodicos.unisa.br/index.php/direitosaude/article/view/396). Acesso em: 27 mar. 2024.

PRESIDENTIAL COMMISSION FOR THE STUDY OF BIOETHICAL ISSUES. Maio de 2014. **GRAY MATTERS: Integrative Approaches for Neuroscience, Ethics, and Society**, Washington, 2014. Disponível em: <https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/709231/Gray%20Matters%20Vol%201.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 mar. 2024.

RAMIREZ-ZAMORA, Adolfo et al. Brain Stimulation Think Tank: Updates in Neurotechnology and Neuromodulation, Volume II. **Frontiers - Human Neuroscience**, [s. l.], v. 16, 1 jun. 2022. DOI <https://doi.org/10.3389/fnhum.2022.912730>. Disponível em: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2022.912730/full>. Acesso em: 15 set. 2023.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini.; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. **Revista da AJURIS** - QUALIS A2, [S. l.], v. 49, n. 152, p. 157–180, 2022. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 27 mar. 2024.

SABATINI, Fabio; SARRACINO, Francesco. Online networks and subjective well-being. **ArXiv** - Cornell University, Nova Iorque, p. 20-20, 2014. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1408.3550>. Acesso em: 22 set. 2020

SALEHINEJAD, Mohammad Ali et al. Transcranial direct current stimulation in attention-deficit hyperactivity disorder: A meta-analysis of neuropsychological deficits. **PLOS ONE**, São Francisco, v. 14, ed. 8, 20 ago. 2019. DOI <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0221613>. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0215095>. Acesso em: 5 mar. 2024.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. **A proteção dos dados neurais sob o enfoque das neurociências e dos direitos humanos e fundamentais no contexto brasileiro**, 2022. Acessível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-dedados/362368/protecao-dos-dados-neurais-sob-o-enfoque-das-neurociencias>. Acesso em: 10/03/2024.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**. [S. l.]: World Economic Forum, 2016.

SU, Conghui et al. Viewing personalized video clips recommended by TikTok activates default mode network and ventral tegmental area. **Neuroimage**, [s. l.], ed. 237, 2 maio 2021. DOI <https://doi.org/10.1016/j.neuroimage.2021.118136>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1053811921004134?via%3Dihub>. Acesso em: 13 mar. 2024.

UNESCO. 2005. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, [S. l.], 2006. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por/PDF/146180por.pdf.multi. Acesso em: 12 mar. 2024.

UNESCO. **The Risks And Challenges Of Neurotechnologies For Human Rights**. New York, 2023. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384185>. Acesso em: 15 set. 2023. (p.43)

YUSTE, Rafael *et al.* Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. **Nature** 551, 159–163 (2017). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/551159a>. Acesso em: 10 Set. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

CAPÍTULO 9

A REGULAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ELEMENTOS PARA RESSIGNIFICAÇÃO

Janriê Rodrigues Reck²⁴³

Caroline Muller Bitencourt²⁴⁴

1. Introdução

Este artigo versa sobre a inserção da regulação dentro do contexto normativo e doutrinário das políticas públicas levando-se em conta a experiência ocidental do Direito Administrativo e sua tradição contemporâneas. O problema que rege as presentes reflexões pode ser resumido no seguinte questionamento: qual a utilidade e quais características o conceito de regulação e seu regime jurídico básico passam a ter quando inseridos dentro das políticas públicas?

Ocorre que a regulação é um conceito polêmico, uma vez que se trata de um conceito estadunidense sobreposto à tradição europeia de Direito Administrativo que aqui existia. Deste modo, a regulação ainda carece de melhores contornos conceituais e de uma adaptação ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela ainda se apresenta, muitas vezes, com um antiquado corte ideológico liberal. Deste modo, a hipótese de resposta ao problema dado vai ser a de que o conceito de regulação tem muito a ganhar quando observado como um instrumento de políticas públicas – e sendo esta última regida primariamente pelo Direito Administrativo. Neste sentido, sua função vai estar conectada com a coordenação projetada e planejada de decisões para a produção de um determinado resultado em termos de realização de direitos fundamentais. Coordenações complexas não surgem espontaneamente no mercado, de modo que através do mecanismo de regulação ganha-se em aumento das capacidades comunicativas da sociedade e com isto

243 Doutor. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: janriereck@unisc.br

244 Pós-Doutora. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: carolinemb@unisc.br

torna-se possível a realização de objetivos coletivos. De fato, através da regulação consegue-se coordenar ações de forma intencional, planejada e ainda de forma preditiva, uma vez que o poder público dispõe de dados para a formação de cenários e ainda pode modelá-los a partir de esquemas de coordenação mínima – coordenação mínima que se sabe são impossíveis, por definição, em mercados puros.

Objetiva-se demonstrar como o conceito e o regime jurídico da regulação podem ser ressignificados quando colocados dentro das políticas públicas. Em um primeiro momento, o objetivo consistirá na caracterização das políticas públicas e seus instrumentos, para fins de se compreender o caráter operativo das políticas públicas. Em um segundo momento, a regulação será inserida como instrumento das políticas públicas, demonstrando-se a ressignificação sofrida quando observada desta maneira. Finalmente, no último tópico a interação entre Poder Judiciário e a regulação como forma de intervenção nas políticas públicas.

Justificam-se socialmente as presentes reflexões devido ao fato de que ser a regulação uma forma possível de alcance de objetivos públicos de uma determinada comunidade mediante o uso do planejamento. Ao mesmo tempo, a categorização da regulação e sua inserção dentro do Direito, particularmente do Direito Administrativo, ainda necessita ser mais bem trabalhada, de modo que a política pública pode ser um conceito ponte para tanto.

Este artigo adota uma metodologia baseada em uma conjugação de hermenêutica constitucional com uma proposta hipotético-dedutiva, isto é, de teste de hipótese de interpretação do ordenamento jurídico e da sociedade que toma decisões a partir dele. Está conectada com o projeto sobre de políticas públicas do autor, conforme instituição de afiliação.

2. Caracterização das Políticas Públicas e seus Instrumentos

A política pública é um conceito que só recentemente se tornou jurídico. A Administração Pública sempre atuou via políticas públicas, mas a formação de um núcleo de informações diferenciado sob o signo “políticas públicas” é recente. Trata-se de um conceito que inicialmente surgiu na ciência política, mas, paulatinamente, passou a ser usado pelo ordenamento e a ser descrito pela doutrina como um conjunto ordenado e planejado de atuações estatais visando determinado objetivo de interesse público.

Atualmente é possível observar a política pública como núcleo central da atuação estatal e ainda até como forma de justificação do poder e da incidência de um regime jurídico peculiar, inclusive com a substituição da categoria dogmática da função administrativa²⁴⁵ ou pelo menos sua subsunção à política pública. Explica-se. A política pública compõe-se de um conjunto de decisões coordenadas e dotadas de objetivos que podem ser racionalmente atingidos via instrumentos de Direito Administrativo, isto é, através da linguagem do Direito. Estes objetivos, a saber, os direitos fundamentais, consistem precisamente na missão do Estado na contemporaneidade. Assim, a legitimação do fenômeno estatal está intimamente conectada com a realização de direitos fundamentais, e estes só são realizados mediante decisões coordenadas, isto é, mediante políticas públicas²⁴⁶.

As políticas públicas são políticas, isto é, servem de caminho à realização de objetivos de uma comunidade²⁴⁷. Usam, conforme dito, dos meios do Direito, isto é, se expressam na forma jurídica. Se se expressam na forma jurídica, amoldam-se a um determinado corpo de normas tradicionalmente existentes no ordenamento. Como as políticas públicas demandam exigentes níveis de coordenação, seu Direito de regência será um Direito de caráter público, já que ligado à realização de objetivos coletivos. Quer-se dizer, assim, que as políticas públicas são regidas por um contexto normativo de Direito Constitucional-Administrativo, conforme será mais bem fundamentado a seguir.

245 De fato, há uma correspondência entre a formulação da Constituição Dirigente, especialmente a partir da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e a ideia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração Pública, dos ditames constitucionais e, em decorrência, das políticas públicas (BUCCL, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248).

246 Seja como for, a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014, p. 60).

247 As políticas públicas são formadas por uma rede de decisões políticas e jurídicas ao mesmo tempo. Rede esta que adquire densidade por suas ligações. Trata-se de decisões políticas, porque vinculam a comunidade, e jurídicas, porque se expressam na linguagem, sendo, então, além da institucionalização nas organizações públicas. Esta rede de decisões possui uma determinada organização ou propriedades emergentes, que se caracterizam precisamente em se organizarem de forma planejada para alcançarem novos objetivos. (BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021, p. 31).

A política pública, diante do exposto, sempre será regida por objetivos gerais que correspondem à realização de direitos fundamentais. A missão das políticas públicas e, portanto, sua justificação e inclusive a justificação do Estado e do Direito Público se encontra na Constituição Federal, a qual enuncia direitos fundamentais. Entretanto, a política pública será, evidentemente, planejada, até porque faz parte de sua conceituação o elemento de intencionalidade e a ligação entre futuras decisões e seus resultados. Faz parte deste processo de planejamento o estabelecimento de objetivos específicos e de metas, as quais irão permitir a medição da efetividade das políticas públicas.

As decisões das políticas públicas ocorrem a partir de uma certa forma, a saber, a forma jurídica. A política pública expressa-se na forma de leis e nos diferentes tipos de atos administrativos, desde regulamentações até atos administrativos concretos, passando pelas sanções. A política pública manifesta-se na forma de Direito e o tem como pressuposto, já que aquele lhe dá a forma de seu ciclo²⁴⁸. De fato, um tema clássico das políticas públicas é aquele relacionado com o ciclo das políticas públicas, e se encontra o Direito em todas as suas fases. Assim, no agendamento, isto é, na escolha dos temas e soluções presentes nas políticas públicas, é possível elencar normas que protegem a esfera pública e que obrigam e proíbem determinados agendamentos. A formulação é justamente a montagem planejada das políticas públicas. Dentro da formulação coloca-se o planejamento da política pública e, também, modelos de organização (isto é, normas relacionadas às organizações responsáveis pelas políticas públicas) assim como modelos de decisão. Na implementação são disponibilizados os meios para a efetiva realização das prestações das políticas públicas. Finalmente, a política pública é analisada em termos de resultado na fase de avaliação.

O tema da formulação é especialmente importante para se entender a regulação. Formular políticas públicas significa, além do estabelecimento de objetivos e metas através de indicadores, também modelos de organização e decisão. O tema dos modelos é particularmente importante porque torna visível a possibilidade de tecnificação das políticas através do Direito. Com modelos normativos torna-se possível ordenar

248 Os cientistas políticos usam modelos para explicar o processo de formular, implementar, executar e avaliar políticas. Um desses modelos é chamado ciclo das políticas públicas. Os modelos têm finalidade analítica – significa que as etapas são analisadas separadamente para ser compreendidas. Na prática, as etapas se sobrepõem e não são ordenadas. O processo é bem mais complexo do que os modelos conseguem representá-lo (MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão Pública**. [ebook Kindle] São Paulo: Atlas, p. 191).

e prever futuros comportamentos através de normas, já que as normas possibilitam a reprodutibilidade, isto é, a tomada de múltiplas decisões a partir de uma mesma norma, e ainda, permitem reproduzir conjuntos normativos de um contexto de políticas públicas para outro.

Por modelos de organização entenda-se a forma jurídica das organizações que implementam as políticas públicas. Tal se pode se dar através da Administração Direta, de autarquias, fundações, empresas e ainda parcerias a sociedade civil. Geralmente o modelo de organização das políticas públicas compreendem todas estas organizações.

Os modelos de decisão estão conectados com os instrumentos que serão utilizados para a realização dos objetivos das políticas públicas²⁴⁹. São instrumentos clássicos para a realização de objetivos de políticas públicas os descritos a seguir e que são comumente objeto do Direito Administrativo. Estes instrumentos, quando combinados entre si, permitem a realização de direitos fundamentais. Por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é atingido por uma combinação de intervenção do Estado na propriedade, poder de polícia e tipificação penal; o direito à educação primariamente pelo serviço público e secundariamente pelo fomento; o direito de ir e vir pela disciplina do uso dos bens públicos, e assim sucessivamente. Quer-se fundamentar, deste modo, que, se os instrumentos de Direito Administrativo possuem dignidade própria por conta de sua história e função, por outro lado, dentro de um contexto de garantia de direitos, acabam por consistir em mecanismos postos à disposição dos modeladores de políticas públicas, e que, portanto, só adquirem significado quando usados em conjunção com outros instrumentos e com sua missão de garantia de direitos.

O primeiro deles consiste nos serviços públicos, entendidos como como fluxo de decisões que demandam ações coordenadas e visam

249 Por modelo decisório, compreende-se um padrão previamente descrito e normatizado de fluxo de decisões possíveis no âmbito de uma determinada política pública. As ações dentro das políticas públicas ocorrem a partir de unidades de decisões. As opções possíveis estão tanto dadas como possibilitadas pelo marco legal. O Direito não só limita, mas também possibilita as decisões, tanto no conteúdo como na forma, por meio de regras, tais como as de competência, forma e procedimento. As normas permitem a formação de padrões de decisões disponíveis ao administrador. Ao se deparar com determinado problema, prognóstico ou ação necessária, o modelo dará as opções ao administrador. Essas opções são fruto de um trabalho científico e das normas. Não só o modelo estabelece o padrão para uma decisão pontual, mas muito mais importante, estabelece o fluxo de decisões, inclusive com suas bifurcações/trifurcações ou mais ainda mais opções (BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021, p. 34).

à obtenção de uma utilidade material em proveito de uma dada comunidade²⁵⁰. Outro instrumento importante é o poder de polícia. O poder de polícia é um instrumento que, através de condicionamentos, como sanções, visa a forçar agentes públicos e privados a uma padronização de condutas, sendo que esta padronização serve à interesses coletivos pela coordenação que esta padronização proporciona. A tipificação penal é um instrumento de políticas públicas muito parecido, pois também visa à padronização de condutas. A intensidade dos condicionamentos é maior, com a ameaça de sanções com prisão. O uso de bens públicos também é um instrumento importante para as políticas públicas. As interações dos destinatários das políticas públicas com bens públicos tais como estradas, praias e prédios públicos serão objeto do modelador de políticas públicas. Através da regulamentação e da padronização bens públicos poderão ter acesso restrito ou aberto a todos, ter seu uso remunerado ou gratuito e assim sucessivamente. Com sinal trocado é a intervenção do Estado na propriedade. Através de regulamentações, tem-se interações padronizadas e voltadas ao interesse pública de proprietários com seu próprio bem. Estas interações padronizadas permitem realizações públicas, como a proteção do meio ambiente ou a realização da função social da cidade. Outro instrumento é o fomento. Por fomento entenda-se a ajuda dos poderes públicos, geralmente na forma pecuniária, onde existe uma coincidência de desígnios, isto é, a Administração Pública e o particular buscam a mesma coisa, como a prestação de serviços culturais ou educacionais. Finalmente, o planejamento. Neste caso, há de se diferenciar entre planejamento como estrutura da política pública, já que toda política pública é planejada, e planejamento como instrumento de políticas públicas. Neste caso, o planejamento é um instrumento que tem por prestação justamente a indicação de comportamentos desejados que, por conta ao mesmo tempo da superioridade de informações e dos desígnios coletivos da Administração Pública, apresenta-se como superior à soma das decisões individuais dos atores²⁵¹.

250 Em termos de prestação, o serviço público vai consistir em uma série de ações coordenadas e contínuas, que vai justamente gerar utilidade material para o cidadão. Essa estrutura, na perspectiva da Administração Pública, vai consistir em uma rede de decisões ligadas entre si tanto de organizações como de agentes públicos. Para que serviços públicos possam existir, é necessário que essas estruturas sejam estáveis e repetíveis (RECK, Janriê Rodrigues. **O Direito das Políticas Públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 140).

251 Para o formulador das políticas públicas, o instrumento do planejamento é útil para a obtenção de metas públicas quando há necessidade de cooperação de particulares sem a criação de estruturas administrativas de prestação direta, como o serviço público, e sem a necessidade de orientar diretamente a ação dos particulares mediante ameaças, como no poder de polícia.

Como último de instrumento de políticas públicas pode-se citar precisamente a regulação, como será detalhado a seguir. Para os fins deste artigo importa fundamentar, por agora, que a regulação é um instrumento de Direito Administrativo posto à disposição de um modelador de políticas públicas para o atingimento de resultados pertinentes à missão das políticas públicas em geral no Estado Democrático de Direito, isto é, a realização de direitos fundamentais.

3. Regulação como Instrumento de Políticas Públicas

Vários são os instrumentos de políticas públicas, como visto. A regulação é um instrumento posto à disposição do modelador das políticas e, como tal, amolda-se à ideia de políticas públicas como complexo de ações coordenadas. Como antes exposto, se há algo em comum do serviço público com o poder de polícia e com o fomento é, justamente, a capacidade de coordenar ações.

A regulação pode ser entendida como a criação de regras e sua implementação. A própria noção de regra implica a de que as ações serão coordenadas entre os diversos agentes para fins de produção de um resultado que não ocorreria caso, precisamente, a coordenação não ocorresse. Conforme o consenso sobre regulação, estas regras serão formadas por entidades dotadas de certa autonomia técnica, como é o caso das agências reguladoras no Brasil. Ainda, o conteúdo destas normas pode tanto versar sobre normas voltadas a setores da economia regulados ou ainda a serviços públicos prestados por privados²⁵². Pode-se notar, assim, que a regulação pode ser confundida com regras sobre serviços ou mesmo

Formular o planejamento é, assim, obter informações, delimitar metas, montar cenários e, finalmente, e mais importante, indicar quais decisões o poder público e os particulares devem tomar, no futuro, para que o cenário imaginado se realize (RECK, Janriê Rodrigues. **O Direito das Políticas Públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 157).

- 252 O regime jurídico regulatório transparece o conjunto de produções não só normativas [ccxxvii], mas administrativas de diuturna reconfiguração do ambiente regulado, como também do formato estatal de ataque aos problemas nele detectados, entendida a indispensabilidade de atuação estatal no que se refere à preservação dos princípios do serviço público, mediante políticas regulatórias ínsitas aos princípios jurídicos inscritos na ideologia constitucionalmente adotada. [ccxxviii] Dita diuturna reconfiguração é voltado tanto para o ambiente regulado quanto para a própria conformação estatal interventora, na medida em que a projeção da atuação estatal regulatória parte do pressuposto de atuação dinâmica e proativa governamental, ou seja, da consciência, por parte do governo de plantão, de que sua atuação é necessária à concretização dos direitos fundamentais (ARANHA, Marcio Ioria. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do Direito Regulatório. [ebook Kindle] 4ª ed. London: Laccademia Publishing, 2018).

com o poder de polícia. Esta sobreposição de conceitos se explica pela diferença de tempo e espaço entre os institutos de Direito Administrativo clássico, como os serviços públicos e o poder de polícia, e a regulação. Enquanto os primeiros possuem a sua dogmática residindo na França, muito embora suas protoformas sejam quase imemoriais, a regulação é mais recente e desenvolveu-se nos Estados Unidos e posteriormente na Europa. De fato, a regulação parece ser um poder de polícia ampliado e especificado, de modo que, na forma, não se observam muitas diferenças, já que, afinal de contas, trata-se de regulações que visam a orientar comportamentos desejados mediante determinadas sanções.

Esta saída não é satisfatória, contudo, uma vez que realmente a regulação parece ter peculiaridades. Muito embora cada uma das peculiaridades não pareça possuir muita força para justificar um conceito próprio, a soma delas, e principalmente sua inserção dentro de uma política pública específica, com a sua ressignificação, justifica a necessidade de uma conceituação própria e, portanto, a formação de uma dogmática específica.

A regulação, enquanto conceito que atrai determinado regime jurídico, conecta-se com o modelo organizacional²⁵³. O conceito de regulação que se firmou no Brasil não se conectou tanto com os poderes estatais, já que, neste sentido, a regulação é muito semelhante ao poder de polícia. Entretanto, o conceito de regulação está muito ligado com os órgãos nos quais são criadas e aplicadas as normas, a saber, as agências reguladoras. Novamente, há de se ler a questão adaptando-a ao Direito positivo brasileiro. Entes públicos com algum grau de autonomia são antigos no ordenamento e se firmaram, é todos sabido, nos anos 60 do século XX com o Decreto-Lei 200. A prática do uso da Administração Indireta deu-se com Juscelino Kubitschek, para os fins de formação de uma administração paralela àquela que entedia como contaminada pelas ideologias dos governos anteriores. Dentre os diversos tipos de entidades dotadas de algum grau de autonomia, encontravam-se as autarquias. Como é também sabido, os processos de reforma dos anos 1990 tiveram por conteúdo uma certa imitação do modelo de Administração Pública norteamericana, sendo o termo “agências” uma tradução do termo *agency*, que simplesmente significa órgão público.

253 Um modelo é uma descrição específica de atores e interações envolvidos em um processo, com nível de generalidade suficiente para que padrões comuns possam ser reconhecidos em uma ampla gama de áreas temáticas (CLUNE, Willian H. Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis do direito e dos juristas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, nº 1. Abr. 2021, p. 22).

Os EUA possuem entidades assemelhadas às agências brasileiras, sob o termo “*autonomous bodies*”. De todo modo, as agências, ao passo que ganharam autonomia, nunca poderão ser totalmente independentes²⁵⁴, por conta do princípio republicano, isto é, a ligação da Administração Pública à soberania popular. O fato é que as agências possuem uma certa característica de maior autonomia quando comparado com as demais autarquias, como por exemplo a existência de mandatos fixos. Existe, assim, uma fundamental diferença com o poder de polícia, já que este emana do Poder Legislativo de um determinado Estado, sob a forma de ordenações baseadas na legalidade. O caráter de tecnicidade das agências leva à que suas decisões

De fato, além de as organizações envolvidas na regulação não consistirem no Legislativo tradicional, mas sim residindo nas agências, o perfil do modelo decisório na regulação também é diferenciado. Conforme antes mencionado, não há dúvidas que a regulação estilo estadunidense e europeu do século XX se aproxima do antigo poder de polícia. Afinal de contas, trata-se de coordenar condutas mediante ordenações que são, ao cabo, habilitadas e realizadas por sanções. Estas ordenações, nos dois casos, conceituam-se na forma de normas gerais, mas no caso das agências estão direcionadas a setores específicos e sob a forma infralegal. O fato de estas ordenações, isto é, destes modelos reproduzíveis de decisões²⁵⁵, serem criados por agências ainda é pouco para a identidade da regulação. A regulação, conforme antes estudado, só poderá ser conceituada juridicamente e adquirir função quando for analisado o perfil de suas decisões e sua colocação dentro do quadro das políticas públicas.

254 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 1º ed. São Paulo: Mizuno, 2022, p. 195.

255 Isto posto, devemos salientar que essa perspectiva, além de não poder contentar-se apenas com o caráter retrospectivo da noção de fontes do direito, também requer: a) a compreensão da dimensão prospectiva da normatividade jurídica; b) a constatação e operacionalização de sua dimensão teleológica, por meio do que se possa pensar no todo de um determinado Ordenamento Jurídico como um “macro-modelo”, no qual se organiza e sistematiza uma rede encadeada de fins; o que impõe, ainda, c) a compreensão do caráter específico que a teleologia assume no plano ético e, mais ainda, no plano jurídico. Essa, para ser corretamente compreendida, exige uma tomada de consciência da relação entre axiologia e teleologia no plano ético. Exige, igualmente, o tratamento dos valores no plano histórico-social (nesse sentido, experiencial) e não meramente no plano ideal. E exige, ainda, a correta percepção tanto da presença da dimensão do poder na jurisgênese normativa, quanto do insito caráter hermenêutico, sem os quais é impossível tratar de modo aprofundado o problema dos fins no Direito, ou seja, se torna impossível pensar em postulação e concreção de uma ordenação jurídica (COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito. **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 1718-1735, p. 1725).

De fato, não há dúvidas que a atividade regulatória consiste em modelos de decisão, isto é, decisões que podem ser tomadas a partir de uma outra decisão, a decisão regulatória, o que se chama de norma geral. Em termos de efetividade do Direito, isto permite o alcance de grandes objetivos coletivos, já que evita o caos da descoordenação pela inexistência de padrões²⁵⁶. A regulação, assim, permite que diversas decisões se liguem umas às outras e, com isto, se ganhe em coordenação. Ainda, a regulação realiza este processo mediante planejamento. De fato, existem instrumentos vários, tais como os de impacto regulatório, que obrigam a que as normas advindas da regulação o sejam mediante um processo reflexivo-preditivo. Quando os agentes do mercado tomam decisões, eles o fazem de forma individual e voltado à própria utilidade, de modo que o processo não é reflexivo e preditivo. Ainda, a possibilidade de predição ocorre por duas constatações: o poder público possui maiores informações que os agentes e, mais importante, é o único que consegue planejar e modelar cenários onde os privados adotam padrões coordenados, já que o mercado, por definição, implica descoordenação.

As agências tomam, assim, decisões que coordenam ações de forma planejada, reflexiva e preditiva, e com isto ganhando em racionalidade. Esta coordenação é “forçada” mediante sanções. Um setor regulado é um setor que funciona de forma superior a um setor não regulado, justamente por conta disto.

As decisões das agências são voltadas a um setor específico da economia ou do campo dos serviços públicos. A diferença entre serviço público e atividade econômica não é, obviamente, o conteúdo econômico, já que absolutamente tudo pode ser mensurável economicamente, mas sim uma complexa apreciação de utilidade social, valoração moral e imprescindibilidade às atividades de coordenação. Na prática, a diferenciação segue mais o fato de setores dos serviços públicos regulados foram previamente privatizados, daí manterem, salvo exceções expressas como a geração de energia elétrica, este caractere. Estas decisões regulatórias possuem não só um emissor específico, que as identificam (as agências), como um setor destinatário (da economia ou serviços

256 Todavia, a ideia de um mercado perfeito e infalível, cuja “mão invisível” produziria sempre os melhores resultados em termos coletivos, 323 não encontra guarida na realidade historicamente observável (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. [ebook Kindle] 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2000).

públicos), como também o fato de serem planejadas e finalmente o seu conteúdo. Todos estes dados juntos ajudam a identificar quando se trata de uma decisão regulatória. O seu conteúdo é visto como técnico, isto é, como detalhamento baseado em elementos ou de ciências sociais aplicadas, como é o caso de regulações econômicas, ou no campo das ciências naturais aplicadas, como na gestão de energia, telefonia, petróleo e águas, ou em uma combinação destas ciências. Este tipo de regulação se afasta, não por questão de natureza, mas sim de intensidade, das regulações políticas, onde geralmente existe mais liberdade de apreciação dos resultados e recomendações da ciência.

Postas estas questões acerca do conceito de regulação é possível trabalhar sua função jurídica e, portanto, social. Falar em função jurídica e social como unidade é uma conclusão forçosa da colocação do Direito enquanto ciência social aplicada, isto é, voltada à intervenção de decisões na sociedade. A regulação possui identidade enquanto instrumento colocado em conjunto com demais instrumentos, de intervenção de uma dada comunidade sobre ela mesma, visando à satisfação de direitos fundamentais. A satisfação de direitos fundamentais exige decisões coordenadas e planejadas, o que não existe espontaneamente no mercado, dado suas insuficiências óbvias. Neste sentido, ao coordenar as caóticas decisões dos agentes econômicos por um conjunto de ferramentas (planejamento, sanções)²⁵⁷ que se expressam em regras jurídicas emanadas de agências autônomas, a regulação permite ganhos de cooperação²⁵⁸, os quais inexistiriam no livre mercado. Sua função social é forçar e orientar para uma forma racional, pensada, planejada e coordenada as caóticas e ineficientes decisões do mercado, utilizando da forma de ordenações, isto é, decisões que permitem reprodutibilidade, com isto ganhando em utilidade de cooperação e assim realizando de forma mais efetiva direitos fundamentais, os quais só são possíveis de existir e serem efetivos em contextos de uma atividade administrativa sob a forma de políticas públicas.

257 Por razões didáticas, os instrumentos regulatórios apresentam-se separados a seguir em três categorias: (i) regulação por normas de comando e controle; (ii) regulação por normas de indução; e (iii) meios alternativos de realização de objetivos regulatórios (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. [ebook Kindle] 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2000).

258 A preocupação última da política pública com a produção impulsiona o direito em direção à cooperação social e à produção de um resultado social positivo (CLUNE, Willian H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 86, outubro/dezembro 2021, p. 69).

4. Intervenção Judicial nas Políticas Públicas Via Regulação

Em outra oportunidade, fundamentou-se a necessidade de se dividir a intervenção judicial nas diversas fases do ciclo das políticas públicas, isto é, o agendamento, a formulação e a implementação. Constatou-se existir intervenção judicial na formulação de políticas públicas, mas que esta não é tão comum quanto parece ser o discurso predominante, dada a própria dificuldade de o judiciário modelar organizações e formas de decisões²⁵⁹. A judicialização da implementação, contudo, é mais comum, até porque está conectada com a própria função do poder judiciário, qual seja, a de efetivar direitos.

Certos problemas podem erigir da implementação de políticas públicas, mas que se amoldam à descrição usual do controle de atos administrativos. Assim, poder exemplo, a anulação de uma multa que tenha sido aplicada por uma agência não merece uma reflexão que possa ser chamada de “judicialização das políticas públicas” no campo da regulação. Neste trabalho, a maior preocupação estará na judicialização de formulação e implementação coletiva da regulação.

Conforme conclusões teóricas observadas em outros momentos, a judicialização das políticas públicas pode ocorrer em relação à fase da formulação e, neste caso, o instrumento judicial utilizado usualmente, mas não exclusivamente, consiste em mecanismos de controle concentrado. Em pesquisa realizada no site do STF utilizando os termos “agência”, “regulação” e “resolução” foi possível notar que, em geral, o STF possui uma postura menos interventiva que em outras situações relacionadas às políticas públicas. O referido tribunal não notou qualquer inconstitucionalidade no uso da regulação e da existência de agências. Particularmente marcante no STF é o argumento da deferência técnica. Por exemplo, na Suspensão de Liminar 1361 o STF entendeu que “A intervenção do Poder Judiciário sobre a atividade de regulação do setor elétrico deve ser excepcional e com prudente autocontenção, sob

259 Embora seja possível (ver, *infra*) trazer exemplos de decisões exercendo um controle da formulação, pode-se dizer que esse tipo de decisão não é comum. Significa dizer que não são numerosas as decisões onde o Poder Judiciário interfere na forma como são desenhadas as políticas públicas – e essa afirmativa precisamente vai de encontro ao senso comum sobre judicialização de políticas, no qual se afirma o contrário. Ocorre que a fase de formulação, como visto, implica em desenhar os objetivos, quais são os órgãos que irão desempenhar as políticas públicas e estabelecer o fluxo de decisões e a combinação entre instrumentos (RECK, Janriê Rodrigues. **O Direito das Políticas Públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 255).

pena de se invadirem a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos e das políticas públicas correlatas” – decisão esta que validou decisão de agência reguladora.

O alinhamento da doutrina com a jurisprudência do STF é representado na ADI 4874: “Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial”. Trata-se realmente de um alinhamento com os ensinamentos básicos da doutrina sobre regulação. No caso, tratava-se de regulamentação da ANVISA sobre tabaco, onde o STF entendeu não existir inconstitucionalidade na competência da ANVISA sobre limites de químicos nos derivados do tabaco.

Existiu imprecisão sobre o poder regulador na ADI 7031, que tratava do poder regulatório das agências, conforme segue da ementa:

As Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público, estão submetidas ao princípio da legalidade.

Ocorre que a regulação via agências não se baseia em *standards* legais prévios, mas sim no mero poder regulatório. Não existem padrões legais sobre a qualidade de combustíveis – na lei encontra-se apenas o objetivo de proteção do consumidor. No referido julgado, por outro lado, o STF entendeu que a Agência Nacional do Petróleo não inovou em termos de regulação. Em termos de políticas públicas, contudo, o resultado foi o mesmo, já que não ocorreu intervenção nas escolhas regulatórias da agência.

Na ADI 5906 entendeu-se que a Agência Nacional de Transportes Terrestres, desde que com base em uma autorização genérica da Lei, pode disciplinar tipos administrativos, sanções administrativas e seu processo mediante normatização interna. Este julgado é interessante porque rompe com o conceito clássico de ligação entre sanção administrativa, lei em sentido estrito e poder de polícia.

A competência é um argumento interessante na regulação. Por mais que a agência possua um poder autônomo de regular, no final das contas a competência é do ente federativo correspondente. Assim, por exemplo, na ADI 6204, o STF privilegiou a regulação da ANATEL sobre regulamentação legislativa do Estado-membro. No mesmo sentido, entendeu ser possível a criação de agência reguladora estadual com competências sobre saneamento básico (ADI 2095).

Em sentido contrário à autonomia das agências, tem-se um curioso caso no TRF4:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 195/2009 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). PLANO PRIVADO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE COLETIVO. EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR. 1. A Agência Nacional de Saúde é autarquia sob regime especial, criada pela Lei n.º 9.961/2000, e atua como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização de atividades de assistência suplementar à saúde, com a finalidade de promover a defesa de interesse público nessa área específica, garantindo a higidez, a confiabilidade e a eficácia do sistema, e regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, de modo a contribuir para o aprimoramento quantitativo e qualitativo dos serviços prestados e o desenvolvimento das ações de saúde no país (arts. 1º e 3º). 2. Nessa perspectiva, o exercício de competência normativa (expedição de regulamentos) tem amparo legal, decorre do poder de polícia, que lhe é atribuído por lei, e é consequência direta e imediata do regime especial a que estão submetidos os serviços de promoção à saúde. Esse poder normativo, contudo, não é ilimitado e deve circunscrever-se aos termos da lei e aos ditames da Constituição. A Resolução n.º 195 alterou o modo de operação de contratos coletivos por adesão, impondo à pessoa jurídica contratante a responsabilidade pelo pagamento das parcelas devidas à operadora e afastando a sistemática anteriormente adotada (pela qual as pessoas físicas beneficiárias obrigavam-se à quitação das prestações mensais junto à operadora, atuando a pessoa jurídica como mera intermediária). Além disso, impediu que a operadora contratada efetuasse a cobrança da contraprestação pecuniária diretamente aos beneficiários. 3. Conquanto o intuito da Agência reguladora tenha sido proteger os interesses dos consumidores de planos de saúde que, inadvertidamente, aderem a falsos grupos associativos, prejudicou a contratação idônea nessa modalidade, impondo ônus excessivo, sem respaldo legal. Precedentes. (TRF4, AC 5054800-17.2019.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 15/09/2020)

Neste julgado, o tribunal foi comovido pela onerosidade excessiva para o setor regulado, o que levaria à ilegalidade da resolução. Existiu, aqui, intervenção na formulação do modelo decisório da política pública securitária.

5. Conclusões

As políticas públicas consistem em modificações intencionais de uma dada comunidade sobre ela mesma. Ela, a política pública, pressupõe e mobiliza decisões coordenadas através da comunicação. O Direito é o meio para a criação de estruturas comunicativas artificiais que consistem em decisões coordenadas e que, assim, alcançam objetivos pré-determinados. Neste sentido, o Direito Administrativo adquire destaque, já que idealizado como justamente como forma de alcance de objetivos públicos.

Da conjunção de instrumentos de Direito Administrativo obtém-se resultados desejados pela Constituição e demais legislação. Em termos de objetivos gerais, pode-se falar da plena realização de direitos fundamentais. A realização do conteúdo dos direitos fundamentais ocorre com a conjugação de instrumentos tradicionais de Direito Administrativo, tais como o serviço público e o poder de polícia. Analisando-se em uma perspectiva sociológica, nota-se que tais institutos tem em comum a formação comunicativa de decisões entrelaçadas conforme uma determinada lógica. Aliás, estes dois instrumentos estão na gênese europeia do Direito Administrativo, o qual, como se sabe, é a fonte fundamental do Direito Administrativo brasileiro.

A regulação, por outro lado, possui inspiração norte americana, e consiste na produção e implementação de determinadas regras por técnicas várias, notadamente no campo dos serviços públicos e da atividade econômica, geralmente por entidades públicas dotadas de certo grau de autonomia, as chamadas agências. Assim como os serviços públicos e o poder de polícia, a regulação é instrumento de política pública porque conjuga a redução de alternativa possíveis aos agentes. Com isto, tem-se coordenações planejadas de ações que de outra forma não existiriam, se os agentes do mercado fossem deixados à sua liberdade. Esta coordenação planejada, finalmente, pode ser medida a partir do alcance de determinados objetivos específicos e, com isto, torna-se um importante instrumento de planejamento. É evidente que em um ambiente de liberdade de acesso ao Poder Judiciário elementos de regulação serão

judicializados. O que se nota, contudo, é a raridade de intervenções judiciais no campo da regulação, existindo, contudo, o controle, em princípio normal, dos atos concretos de implementação da regulação.

6. Referências

ARANHA, Marcio Ioria. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos do Direito Regulatório. [ebook Kindle] 4ª ed. London: Laccademia Publishing, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. [ebook Kindle] 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas**: diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Mizuno, 2022.

CLUNE, Willian H. Direito e políticas públicas: mapa da área. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 86, outubro/dezembro 2021.

CLUNE, Willian H. Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis do direito e dos juristas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, nº 1. Abr. 2021.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito. **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 03, Rio de Janeiro, 2017. p. 1718-1735.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão Pública**. [ebook Kindle] São Paulo: Atlas.

RECK, Janriê Rodrigues. **O Direito das Políticas Públicas**: regime jurídico, agendamento, formulação, implementação, avaliação, judicialização e critérios de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CAPÍTULO 10

O PAPEL DA REGULAÇÃO PARA A DESTINAÇÃO AMBIENTALMENTE ADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS: O CASO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE EM RELAÇÃO AOS RESÍDUOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Luiz Antônio Freitas de Almeida²⁶⁰

1. Introdução

A Lei Federal n. 12.305/10 enuncia princípios e objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos nos artigos 6º e 7º respectivamente, com inegável escopo de compartilhar as responsabilidades decorrentes da geração de resíduos sólidos inerente à vida social entre o setor público e o privado, para assegurar um desenvolvimento que seja compatível com as necessidades humanas presentes e das futuras gerações.

Afinal, proclamam-se, entre outros, os princípios da prevenção e da precaução (art. 6º, I), do desenvolvimento sustentável (art. 6º, IV), da cooperação entre diversas esferas do poder público, o segmento empresarial e outros setores sociais (art. 6º, VI), a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 6º, VII); reconhece-se o valor econômico e social ao resíduo sólido reutilizável e reciclável (art. 6, VIII); anunciam-se, por exemplo, os desideratos de proteção da saúde pública e da qualidade ambiental (art. 7º, I), de não geração, redução, reuso, reciclagem e tratamento de resíduos sólidos, com disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (art. 7º, II), de adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas, de sorte a minorar os impactos ambientais (art. 7º, IV), de incentivo à indústria de reciclagem (art. 7º, VI), de gestão integrada de resíduos sólidos (art. 7º, VII), de articulação entre o poder público, em suas diversas esferas, com o setor empresarial, com

260 Doutor em Ciências Jurídico-Políticas e Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola de Direito do Ministério Público – EDAMP. Promotor de Justiça em Mato Grosso do Sul. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Mato Grosso do Sul – IDAMS e da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente - ABRAMPA.

o intuito de cooperação técnica e financeira para a gestão integrada dos resíduos sólidos (art. 7º, VIII).

Obviamente, a concretização desses princípios demanda a edição de atos normativos que desenvolvam uma política pública para as várias atividades econômicas que gerem resíduos, inclusive os resíduos de construção civil, o que, ao fim e ao cabo, coaduna-se com a leitura constitucional de uma ordem econômica que celebra a livre iniciativa sem descurar da defesa do meio ambiente²⁶¹.

Políticas públicas são direcionamentos programados e apoiados em normas jurídicas, no intuito de arregimentar, de modo coordenado, a burocracia estatal em prol da persecução de fins selecionados pelo poder político, inspirados ou impostos em princípios constitucionais²⁶². Toda política pública, que representa a canalização de uma decisão política em ações sistemáticas e concretas pelo Estado e por atores colaboradores para o alcance de objetivos, não deixa de ser examinada e influenciada pelos interesses organizados de grupos sociais e de mercado²⁶³.

Na quadra atual da História, observam-se o refluxo do Estado-Providência, com diminuição do papel de produtor e prestador de bens, e a ascensão do Estado-Garantidor, o qual assume a tarefa de regular, supervisionar e fiscalizar os atores empresariais, corresponsáveis com o Estado para suprir as demandas²⁶⁴. Movido por uma nova racionalidade

261 Eros Roberto Grau comenta que a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica justifica a reivindicação de políticas públicas (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 250-251).

262 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação** – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014, p. 198 e seguintes. A comentar que o conceito de “política pública” abrange uma seara multidisciplinar, integrada por diversos atores, não se limitando a leis e regras, e que compreende definição de metas, implantação, execução e avaliação, remete-se a ALEXANDRINO, José de Melo. Controle jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? Separata da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano VII, p. 156 e seguintes, 2010.

263 NASCIMENTO NETO, João Osório do. Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson. **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Editora: Íthala, 2019, p. 183-184.

264 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **A tutela “ponderada” do direito à saúde**: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 360 e seguintes; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. **Revista Direito Público**, v. 17, n. 95, p. 130 e seguintes, set./out. 2020; ARNAUD, André-Jean. *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*. **Droit et Société**, n. 35, p. 12 e seguintes, 1997; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Direito das políticas públicas**. Coimbra: Almedina, 2009 p. 23-24; URBANO, Maria Benedita. **Globalização: os direitos fundamentais sob stress**. Stvdia Ivridica. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, n.

e por uma nova governança, com a preocupação de aferir eficiência e comparar resultados, o Estado reconhece novas fontes de Direito; deveras, a complexidade e o tecnicismo que permeiam as políticas públicas não permitem que a lei detalhe totalmente a forma da intervenção estatal, concentrando-se esse veículo normativo a traçar as diretrizes gerais, o que resulta em espaço significativo para a regulamentação²⁶⁵. A título de esclarecimento, consideram-se equivalentes os termos “regulamentação” e “regulação”, não caminhando na esteira daqueles que advogam a tese de que o poder regulamentar, derivado de uma função política, é da competência exclusiva do chefe do Executivo, ao passo que os atos normativos das agências autônomas seriam considerados atos regulatórios, decorrentes de funções exclusivamente administrativas²⁶⁶.

O Direito Administrativo, por suposto, é impactado pelos novos ventos, não só porque o contexto de economia globalizada motivou os Estados nacionais a desenvolverem agências autônomas e independentes, com a missão de regular e supervisionar a concorrência entre agentes econômicos privados²⁶⁷, como também porque permitiu o desenvolvimento de uma releitura da legalidade administrativa.

Comenta-se, portanto, de uma “legalidade ampliada”, em que a subserviência à lei em sentido formal dá lugar à vinculação à juridicidade, no sentido de que a Administração Pública deve obediência ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive às normas principiológicas de natureza constitucional²⁶⁸. Assim, em vez de interditar toda e qualquer competência normativa da Administração na ausência da lei em sentido

101, v. 4, p. 1023 e seguintes, 2010; OLIVEIRA, Rafael Arruda. Liberdade de iniciativa econômica e discricionariedade temporal para a regulação de novas tecnologias: um ensaio à luz da Lei Federal n. 13.874/2019. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7, nº 2, p. 52-71, outubro 2021.

265 ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **A tutela “ponderada” do direito à saúde**: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 360 e seguintes; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Termo de compromisso do artigo 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. **Revista Direito Público**, v. 17, n. 95, p. 130 e seguintes, set./out. 2020; ARNAUD, André-Jean. *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques*. **Droit et Société**, n. 35, p. 12 e seguintes, 1997; GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Direito das políticas públicas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-24.

266 A esse respeito, conferir BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 154 e seguintes, que leciona no mesmo sentido seguido no texto.

267 NAPOLITANO, Giulio. Conflicts and strategies in administrative law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 2, p. 359, 2014.

268 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. Leme: Mizuno, 2022, p. 121-124.

formal, há quem admita a possibilidade de regulamentos autônomos ou independentes, desde que não tratem de matéria sob reserva de lei formal e haja coadunação de suas normas com normas jurídicas de superior hierarquia, como normas constitucionais, por exemplo, mesmo que sejam estas normas principiológicas, mormente em casos de cumprimento de deveres impostos à Administração Pública; cristaliza-se, pois, uma tendência de reconhecer a preferência da lei, no sentido de que a edição de veículo normativo legal posterior prevalecerá em caso de antinomia com o regulamento²⁶⁹.

Seja como for, até porque a Lei Federal n. 12.305/2010 abraça o princípio do desenvolvimento sustentável ou, como prefere Juarez Freitas, da sustentabilidade, que permite a pretensão de um “direito ao futuro”²⁷⁰, e os princípios da prevenção e precaução, o desenho de uma política pública de gerenciamento de resíduos sólidos eficaz demanda planejamento baseado em dados confiáveis e alicerçado na ciência, com inequívoca cooperação e responsabilidade compartilhada com os atores privados da cadeia produtiva, cujo norte seja a redução da geração de resíduos mediante o reuso e a reciclagem e a mitigação de impactos ambientais negativos, com posterior reparação do bem degradado. Para tanto, será indispensável que essa política esteja insculpada em normas regulamentares editadas pela Administração Pública.

O objetivo do presente texto é examinar como a regulação dos serviços e atividades contidos no gerenciamento de resíduos de construção civil feita pelo Município de Campo Grande, com a inclusão de

269 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 151 e seguintes; BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. **Revista dos Tribunais**, v. 912/2011, p. 21-92, out./2011. Em sentido contrário, ao menos para apresentar uma definição mais clássica do princípio da legalidade administrativa, no sentido de obstar qualquer atuação administrativa na ausência de permissivo legal, SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 159-160. Também na esteira contrária, a sustentar a impossibilidade de quaisquer regulamentos autônomos no ordenamento brasileiro, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103 e seguintes, com interpretação bastante restrita do art. 84, VI, da Constituição Federal. Sobre a reserva de lei e a preferência ou precedência de lei, a apontar que seriam dois graus de subordinação da Administração ao Direito cuja diferença seria meramente quantitativa, o que dificulta a determinação de uma fronteira nítida entre ambos, envia-se a DUARTE, David. **A norma da legalidade procedimental administrativa** – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 345 e seguintes.

270 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 34-38.

novas tecnologias, permitiu a edificação de ferramentas por esse ente federativo para conhecer, de forma sistemática, toda a cadeia produtiva do setor construtivo nesta urbe, o que permite maior clareza no aperfeiçoamento de políticas públicas para cumprir os objetivos e os princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Ademais, a regulação deu ao Município um instrumento eficaz para a fiscalização e a adoção do poder de polícia administrativo em caso de infrações administrativas.

O método para a elaboração do presente texto é o técnico-jurídico, com recurso a textos normativos e diálogo com a doutrina, valendo-se de dados empíricos apresentados em projeto de recuperação de área degradada que instrui o procedimento administrativo n. 09.2018.00002933-5, em trâmite na 34ª Promotoria de Justiça da comarca de Campo Grande.

2. Resíduos de Construção Civil e a Responsabilidade pelo seu Gerenciamento no Município de Campo Grande

Resíduos de Construção Civil, doravante RCC, nos termos da Resolução CONAMA n. 307/2002, art. 2º, I, e da Lei Federal n. 12.305/10, art. 13, I, “h”, são os originados de reformas, construções, reparos e demolições de obras de construção civil, bem como os que resultem da preparação e da escavação de terrenos. O enunciado normativo da Resolução CONAMA n. 307 traz uma série de exemplos: blocos cerâmicos, tijolos, rochas, metais, resinas, tintas, madeiras e compensados, colas, concreto em geral, solos, argamassa, forros, telhas, gesso, pavimento asfáltico, vidros, plásticos, tubulações e fiação elétrica.

Os locais de recebimento de RCC devem ser licenciados ambientalmente, o que já decorria do próprio anexo da Resolução CONAMA n. 237/97 (embora não de modo expresse, uma vez que se positivou como atividade potencialmente poluidora o local de tratamento ou disposição de resíduos especiais, com o exemplo dos agrotóxicos e resíduos de saúde), mas que ficou indene de dúvida com o art. 6º, IV, da Resolução CONAMA n. 307/02, o art. 47, III, da Lei Federal n. 12.305/10 e o art. 2º, §1º, V, da Lei Municipal n. 4.864/10.

Consoante a Lei n. 12.305/10, nos termos do art. 20, III, as empresas de construção civil são obrigadas a apresentar o plano de gerenciamento de resíduos de construção civil. Com isso, internalizam-se dentro do custo produtivo as externalidades negativas provenientes da geração desses resíduos, com a responsabilidade dessas empresas de tentar não

os gerar quando possível e, se produzidos, pelo dever de reusar e reciclar aquilo que for executável tecnicamente e dentro de uma perspectiva de viabilidade econômica, observadas as melhores técnicas disponíveis²⁷¹, pois só se encaminham aos aterros os rejeitos.

Em suma, o gerenciamento abrange as etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento, destinação final adequada dos resíduos sólidos e disposição final adequada dos rejeitos, em conformidade com o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com o plano de gerenciamento de resíduos sólidos (art. 3º, X, Lei n. 12.305/10).

A internalização desses custos é, ao fim e ao cabo, manifestação expressa do princípio do poluidor-pagador, que atribui ao empreendedor o encargo de incorporar no custeio da sua atividade econômica as despesas exigidas para prevenção, controle e reparação dos impactos ambientais dela derivados, sem repassá-las à sociedade²⁷².

Veja-se que a Lei Federal n. 12.305/10 não discrepa da normatização do gerenciamento feito pela Resolução CONAMA n. 307/02. No art. 5º, a Resolução estipula que o Plano Integrado de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil, responsabilidade dos Municípios, deve incorporar o Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil e os projetos de gerenciamento de resíduos de construção civil.

A Resolução CONAMA n. 307/02 deixa a critério do Município diferenciar os pequenos dos grandes geradores de resíduos de construção civil. Isso porque os pequenos geradores deverão exercer suas responsabilidades conforme as diretrizes técnicas e procedimentos definidos no Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil, nos termos do art. 7º. Já para os grandes geradores, há a obrigatoriedade de apresentar projetos de gerenciamento de resíduos de construção civil, com o intuito de fazer o manejo e assegurar uma destinação ambientalmente adequada dos resíduos. Se a atividade desenvolvida pelo gerador for licenciável ambientalmente, o projeto de gerenciamento

271 Sobre as melhores técnicas disponíveis, remete-se a LOUBET, Luciano Furtado. **Licenciamento ambiental** – A obrigatoriedade da adoção das melhores técnicas disponíveis (MTD). Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 114 e seguintes.

272 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 170. Para uma crítica quanto à autonomização do princípio do usuário-pagador do princípio do poluidor-pagador, remete-se a RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 135-137.

de resíduos de construção civil será apreciado no próprio licenciamento ambiental. Do contrário, o projeto de gerenciamento deverá ser apresentado juntamente com o projeto construtivo do próprio empreendimento para análise do setor urbanístico competente.

Nesse diapasão, a Lei Municipal n. 4.864/2010 disciplinou que os pequenos volumes de RCC e de resíduos volumosos seriam aqueles cujo volume não extrapolasse um metro cúbico, art. 3º, IX e X. Logo, os pequenos geradores são os que produzem pequenos volumes de resíduos volumosos ou de construção civil, isto é, até um metro cúbico.

O Plano Integrado de Gerenciamento de RCC, para correta disposição e destinação dos resíduos de construção civil e resíduos volumosos, incorpora o Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos da Construção Civil e os Projetos de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil (art. 4º, §1º, I e II, da Lei Municipal n. 4.864/10). Assim, a Lei Municipal n. 4.864/10 adota a sistemática adiantada na Resolução Conama n. 307/02, a saber, o projeto de gerenciamento de RCC é cobrado dos grandes geradores, ao passo que os pequenos geradores estão compreendidos na disciplina dada no Programa Municipal de Gerenciamento de Resíduos de Construção Civil, o qual se ocupa, inclusive, de estabelecer uma rede de pontos de entrega para pequenos volumes de RCC e de resíduos volumosos (art. 4º, §2º, I, da Lei Municipal n. 4.864/10), também denominados ecopontos, e um serviço de disque coleta para pequenos volumes, a fim de propiciar acesso telefônico a pequenos coletores privados de resíduos de construção civil e resíduos volumosos (art. 4º, §2º, II, da Lei Municipal n. 4.864/10).

Mesmo que seja dever do Município elaborar seu Programa Municipal de Gerenciamento de RCC, com a previsão de ecopontos e disque coleta, deve ficar claro que não é o Município o responsável pela coleta e transporte dos pequenos volumes de RCC e de resíduos volumosos até o ponto de entrega. Isso é encargo do próprio gerador, o qual pode contratar transportador devidamente autorizado para esse tipo de serviço (art. 6º, §§4º, I, e 5º, da Lei Municipal n. 4.864/10).

3. A regulação do Gerenciamento de RCC em Campo Grande

Em Campo Grande, havia uma concentração de descarte de RCC em local sem licença ambiental, conhecido como “aterro do Noroeste”, em realidade, um “bota-fora”, situado no Jardim Noroeste. O grosso do

destino de RCC das obras da Cidade Morena, inclusive de obras públicas, foi para lá destinado no período entre 2006 e 2016²⁷³.

Em 2010, o Ministério Público Estadual e o Município de Campo Grande celebraram um compromisso de ajustamento de conduta, a fim de que se obtivesse, entre outras obrigações, o licenciamento ambiental do local para o recebimento de RCC. No entanto, várias obrigações, inclusive essa, foram descumpridas, o que motivou o *Parquet* a ajuizar a execução de título executivo extrajudicial, autos n. 0037758-20.2011.8.12.0001. Em virtude dos reiterados inadimplementos, o Judiciário decretou a interdição do local em 2016.

Ocorre que, a partir da interdição do “aterro Noroeste”, houve a proliferação de depósitos clandestinos em outros lugares. Afinal, embora houvesse desde 2012 apenas um local ambientalmente licenciado para receber o RCC em Campo Grande, o setor econômico parecia estar acostumado com a cultura da ilegalidade, de modo que, na prática, houve a continuação desse tipo de ilícito. Entrementes, considerando o levantamento de dados feito no projeto de recuperação de área degradada do “Aterro Noroeste”²⁷⁴, estimou-se uma geração de 1.400 toneladas ao dia de RCC no Município de Campo Grande; de janeiro de 2012 a setembro de 2016, houve a emissão de 13.644 alvarás de construção. Esses dados indiciavam que a maciça parte do RCC seria mesmo encaminhada a outro local não adequado ambientalmente para seu recebimento.

Com efeito, a Lei Municipal n. 4.864/10 impõe a necessidade de que todos os transportadores de resíduos volumosos ou de construção civil devam ser cadastrados na autarquia municipal de trânsito (AGETRA), nos termos do art. 15, *caput*. Logo, sempre que alguém prestar esse serviço a um gerador, deverá estar previamente cadastrado na referida autarquia, sob pena de clandestinidade e ilegalidade desse transporte. Os transportes de resíduos feitos por transportadores cadastrados devem ser documentados pelo Controle de Transporte de Resíduos (CTR), sendo

273 Consoante informação dada no projeto de recuperação de área degradada do “Aterro Noroeste”, fiscalizado no procedimento administrativo referido na nota de rodapé subsequente.

274 O Ministério Público Estadual ingressou com uma ação civil pública com o pleito de recuperação ambiental da área degradada do “Aterro Noroeste”, o que foi acolhido pelo Judiciário, autos n. 0904585-04.2016.8.12.0001. O projeto de recuperação de área degradada apresentado pelo Município ao órgão ambiental competente para licenciamento recebeu a licença ambiental e instrui, além do procedimento de licenciamento, o procedimento administrativo n. 09.2018.00002933-5, instaurado no Ministério Público para monitorar o cumprimento da decisão.

vedado ao transportador o deslocamento com RCC sem o CTR, consoante disposto na Lei Municipal n. 4.864/10, art. 15, §2º, III.

Quanto a esse aspecto, verifica-se que o próprio Município de Campo Grande, felizmente, teve a iniciativa de aperfeiçoar a fiscalização da gestão e a regulação do gerenciamento de RCC, atividades estatais imprescindíveis para o cumprimento do dever correlato ao direito fundamental ao meio ambiente²⁷⁵. Por meio do Decreto Municipal n. 13.192/17, instituiu-se o Sistema de Gestão Sustentável de RCC. Com ele, reforça-se o dever de prévio licenciamento ambiental (art. 16) dos locais de recepção desses resíduos, a necessidade de isolamento da área, a identificação das atividades que serão desenvolvidas e a definição do sistema de proteção ambiental, além de documentação de controle de resíduos recebidos e retirados, conforme Plano de Controle de Recebimento de Resíduos (art. 17, III).

Após a recomendação do Ministério Público dirigida às autoridades municipais de Campo Grande²⁷⁶, no sentido de que também os veículos basculantes carregados de RCC também dependeriam de CTR, para o transporte válido, e de que fosse cobrado o licenciamento e credenciamento de todas as empresas que operassem o transporte de RCC, inclusive aquelas que tivessem em sua frota, exclusivamente ou não, caminhões ou veículos basculantes, o Município de Campo Grande noticiou a busca de uma ferramenta que permitiria atendê-la completamente.

Em 15 de agosto de 2018, foi celebrado um acordo de cooperação técnica entre o Município e entidades privadas receptoras de RCC, denominado de termo de cooperação mútua n. 14/2018, para que fosse contratada empresa privada para implantação de sistema de emissão eletrônica de CTR por intermédio do *software* “Coletas Online”, dotado com georreferenciamento. Eis aqui um exemplo exitoso de articulação entre o mercado e o poder público em consonância com o princípio do art. 6º, VI, e com o objetivo do art. 7º, VIII, ambos da Lei n. 12.305/10, pois o custo do *software* ficou a cargo dos atores privados até o fim de 2020.

De fato, após a contratação da empresa e a disponibilização do aludido programa computacional, editou-se o Decreto Municipal n.

275 A respeito de obrigações positivas correlatas ao direito fundamental do meio ambiente, ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O termo de compromisso do art. 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 95, set./out. 2020, p. 140-141; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. **Manual de Direito Constitucional**. Leme: Mizuno, 2021, p. 514.

276 A referida recomendação foi proferida no bojo do inquérito civil n. 06.2018.00000339-0.

13.754/2019, a fim de trazer maior eficiência à fiscalização e permitir maior conhecimento da cadeia produtiva, inclusive para melhor planejamento de políticas públicas pertinentes ao setor. Referido veículo normativo tornou obrigatório o cadastramento dos geradores, transportadores e receptores no sistema eletrônico, que trouxe como principal inovação a ferramenta do Controle de Transportes de Resíduos eletrônico (CTR eletrônico ou E-CTR). No art. 1º, §1º, do Decreto n. 13.754/19, reforçou-se a previsão de que os resíduos só podem ser transportados para locais licenciados pelo órgão ambiental.

O aludido Decreto Municipal n. 13.754/19 impôs aos transportadores o dever de cadastrarem-se (art. 2º), ao passo que, no art. 7º, essa obrigação é imposta a todos os operadores que se dediquem à coleta, ao transporte, ao tratamento e/ou à disposição final de resíduos sólidos inertes, o que inclui, portanto, também as áreas de transbordo e triagem e as receptoras finais ou aterros. Como fica evidente, o veículo normativo em questão cobrou o cadastramento e licenciamento de todos os transportadores, inclusive das empresas que operem com basculantes ou “caçambões”, em total atendimento à recomendação do *Parquet*.

É possível, pelo acesso ao sistema eletrônico, verificar quem são o gerador, o transportador e o receptor do RCC, os maiores geradores e o gerenciamento de ponta a ponta desses resíduos, a fim de programar as políticas públicas necessárias para essa cadeia logística e estabelecer rotinas mais exitosas de fiscalização.

Obviamente, para o êxito pleno da Política Nacional de Resíduos Sólidos no que tange ao RCC, é necessário desenvolver rotinas de fiscalização e orientação de todos os atores da cadeia produtiva, inclusive para que haja a alimentação correta dos sistemas, desafio não desconsiderável diante da quantidade de demanda frente ao quadro de recursos humanos. Afinal, sem a punição das infrações perpetradas, matéria de polícia administrativa, sem prejuízo da responsabilização nas esferas cível e criminal, não se torna a regulamentação realmente eficaz ao seu objetivo. Esse talvez seja um dos maiores gargalos atuais para esse desiderato, ao lado da ausência de uma logística reversa mais eficiente, que perpassa por cimentar, sempre que possível, a prioridade de uso de agregados reciclados na atividade construtiva, inclusive do setor público, algo que demanda não só edição de atos normativos como o efetivo desenvolvimento de mecanismos de incentivo fiscal e de consumo ambientalmente responsável, problema que demanda uma reflexão própria que escape ao objetivo deste artigo.

4. Conclusões

A liberdade econômica não prescinde da regulamentação a cargo do Estado, inclusive para garantir que a livre iniciativa e a proteção ao meio ambiente caminhem na mesma senda.

Particularmente no caso de gerenciamento de RCC, foi apresentada a regulação pelo Município de Campo Grande como um exemplo de cooperação entre o setor público e o privado, de modo a fazer mais efetiva a Política Nacional de Resíduos Sólidos, especialmente pelo desenvolvimento de sistema eletrônico que permite verificar quem são o gerador, o transportador e o receptor do RCC, com a produção de números que dimensionam a demanda do setor, os impactos produzidos, os maiores geradores e o gerenciamento de ponta a ponta desses resíduos, a fim de programar as políticas públicas necessárias para essa cadeia logística e estabelecer rotinas mais exitosas de fiscalização.

Não se descarta que ainda há desafios a resolver para o pleno êxito dessa política no que toca ao RCC, no entanto é preciso reconhecer os significativos passos dados pelo ente municipal para cumprir seu dever legal e constitucional.

5. Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano VII, p. 147-169, 2010.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **A tutela “ponderada” do direito à saúde**: proporcionalidade e seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação** – Ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O termo de compromisso do art. 26 da LINDB, o licenciamento ambiental e a proteção do direito ao meio ambiente. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 95, set./out. 2020, p. 128-152.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de; ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. **Manual de Direito Constitucional**. Leme: Mizuno, 2021.

ARNAUD, André-Jean. De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques. **Droit et Société**, n. 35, p. 11-35, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A competência regulamentar e a reserva de lei: revisão do enquadramento constitucional do espaço de concretização dos direitos sociais pela Administração Pública. **Revista dos Tribunais**, v. 912/2011, p. 21-92, out./2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. Leme: Mizuno, 2022.

DUARTE, David. **A norma da legalidade procedimental administrativa** – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Direito das políticas públicas**. Coimbra: Almedina, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOUBET, Luciano Furtado. **Licenciamento ambiental** – A obrigatoriedade da adoção das melhores técnicas disponíveis (MTD). Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

NAPOLITANO, Giulio. Conflicts and strategies in administrative law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 2, p. 357-369, 2014.

NASCIMENTO NETO, João Osório do. Política pública como estratégia de controle socioambiental no Estado Democrático de Direito. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (org.). **Limites do controle da administração pública no Estado de Direito**. Curitiba: Editora: Íthala, 2019, p. 181-192.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Liberdade de iniciativa econômica e discricionariedade temporal para a regulação de novas tecnologias: um ensaio à luz da Lei Federal n. 13.874/2019. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7, nº 2, p. 52-71, outubro 2021.

RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

URBANO, Maria Benedita. **Globalização**: os direitos fundamentais sob stress. *Stvdia Ivridica. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, n. 101, v. 4, p. 1.023-1.048, 2010.

CAPÍTULO 11

REGULAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS

Ricardo Marcondes Martins²⁷⁷

1. Introdução

A palavra “regulação” tornou-se um jargão jurídica da moda. Sua larga utilização, no direito administrativo, porém, foi fruto de um projeto ambicioso²⁷⁸. O tema da relação entre a regulação e os serviços públicos foi objeto de minha tese de doutoramento, defendida na PUC-SP, em 2011²⁷⁹. Na tese, não utilizei uma expressão que venho utilizando recentemente para explicar o tema: “golpe jurídico”. Golpes jurídicos são muito mais fáceis de serem realizados, pois, em geral, não envolvem o uso da violência, ainda mais em um Estado em que o nível geral da educação é baixo²⁸⁰. Como a maioria do povo não conhece o direito vigente, é fácil a implementação de um golpe. Foi o que ocorrera com os serviços públicos no Brasil: um golpe jurídico, e o tema da regulação faz parte desse golpe. É o que pretendo explicar, de modo objetivo, neste estudo.

2. Conceito Jurídico de Regulação

A palavra “regulação” é ambígua. Na linguagem comum, regular é disciplinar, estabelecer regras, e, também, dirigir, governar²⁸¹. Há, porém,

277 Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP Professor de Direito Administrativo da PUC-SP ricmarconde@uol.com.br ORCID: //orcid.org/0000-0002-4161-9390

278 Na lição de Eduardo García de Enterría quem ganha a batalha das palavras pode ganhar normalmente a posição política dominante. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 31.

279 MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

280 A palavra “golpe” foi recentemente utilizada para qualificar o processo de impedimento da Presidenta Dilma Rousseff. Sobre o tema: LÖWY, Michael. Da tragédia à farsa: o golpe de 2016 no Brasil. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (org.). **Por que gritamos golpe?** São Paulo: Boitempo, 2016, p. 61-67; FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago. Introdução: sobre crises e golpes ou uma explicação para Alice. In: FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago (org.). **2016, o ano do Golpe**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2016, p. 09-17.

281 MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da regulação administrativa. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 12, n. 24, p. 11-60, jul.-dez. 2023, p. 12-13.

um significado técnico ou científico, advindo da cibernética: regular passou a significar o bloqueio de fatores que se atuassem em um sistema o levariam ao desequilíbrio²⁸². Esse conceito cibernético de regulação é bem compreendido pelo exemplo do termostato, aparelho que consta de toda geladeira²⁸³. Dessarte, o termostato regula a geladeira: desliga e, posteriormente, religa o motor da geladeira, quando atingidas certas temperaturas, mantendo o ambiente da geladeira em equilíbrio. O conceito cibernético foi incorporado na Economia, mas como uma importante alteração. Na famosa metáfora de Adam Smith, o mercado se mantém em equilíbrio sozinho, graça a uma “mão invisível”²⁸⁴. Porém, ele mesmo reconheceu que essa mão falha, sendo necessária a intervenção estatal para corrigir as falhas do mercado, mantendo-o em equilíbrio. A regulação, na Economia, segundo os economistas liberais, consiste em uma intervenção para solucionar as falhas do mercado²⁸⁵. Contudo, alguns reconhecem que não se deve buscar a intervenção apenas para manter o mercado em equilíbrio, mas também para combater a pobreza, vale dizer, para transformar o sistema econômico em um sistema melhor²⁸⁶. Daí a alteração do significado técnico que a palavra sofrera na Economia: intervenção sobre o sistema para mantê-lo em equilíbrio e para transformá-lo em um sistema melhor.

A referida ambiguidade da palavra “regulação” apresenta-se no texto da CF/88. Em muitos dispositivos, a palavra é utilizada no sentido comum ou natural de disciplinar, estabelecer regras. “A lei regulará”, no texto constitucional, significa a lei disciplinará. Nesse sentido, sempre que é editada uma norma jurídica, seja geral, abstrata, individual ou concreta, há disciplina de conduta e, pois, regulação. Logo, nesse sentido, todo exercício de função legislativa, administrativa e jurisdicional consiste em uma regulação. Não é esse, porém, o sentido que interessa ao presente estudo. O artigo 174, *caput*, da Constituição Federal, preceitua que o Estado brasileiro é “agente normativo e regulador da atividade econômica”. A palavra regulação aí só pode ter o significado técnico ou científico, pois, do contrário, haveria um inequívoco pleonismo. Dessarte, caso

282 Idem, p. 13-14.

283 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 191-192.

284 ADAM SMITH. **A Riqueza das Nações** – v. 1. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro IV, p. 567.

285 Muitos economistas restringem o conceito ao enfrentamento de determinada falha. Para os diversos conceitos de regulação na Economia: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da regulação administrativa**, op. cit., p. 15-25.

286 Nesse sentido: MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 12 e 228.

estivesse empregada no sentido comum ou natural, o preceito estabeleceria que o Estado é agente normativo e normativo, o que, por óbvio, não faz sentido. O Direito brasileiro, portanto, assimilou o sentido econômico de regulação. A regulação consiste em uma atividade estatal que visa a manter o equilíbrio do sistema econômico (eficiência econômica) e a realizar a justiça social (equidade econômica) ou, noutras palavras, combater as falhas do mercado e eliminar a pobreza. Considera-se que, por força do art. 3º, III, e 170, *caput*, da CF/88, a segunda finalidade é prioritária²⁸⁷. Com efeito: cabe ao Estado agir sobre o sistema econômico para, prioritariamente, buscar a equidade econômica e, em segundo lugar, a eficiência econômica.

Nos termos aqui fixados, a regulação é uma intervenção estatal sobre a atividade econômica. Mas e os serviços públicos, objeto deste estudo? Antes de examiná-los, é mister atentar para uma característica da regulação: ela, por definição, é uma atividade externa²⁸⁸. Para regular, o agente deve se apresentar como algo diferente do sistema — externo a ele. Para que algo intervenha no sistema mantendo-o em equilíbrio, deve, necessariamente, se apresentar como algo diferente do próprio sistema. Pode-se contrapor a essa característica o conceito de autorregulação. Esta, porém, não infirma a característica mencionada, mas a confirma. Suponha-se o mercado de publicidade, regulado pelas próprias agências de publicidade. Não há como haver regulação, se os agentes econômicos se apresentarem como internos ao próprio sistema que pretendem regular. Eles instituíram uma entidade que se apresenta como diferente deles, externa ao sistema²⁸⁹. Só assim é possível a autorregulação: é instituído um ente que se diferencia dos agentes que serão objeto da regulação, apresentando-se como externos a eles; o que a caracteriza é a penas o fato de que esse ente é instituído pelos próprios agentes regulados. Justamente por isso ninguém nunca disse que o Estado regula a atividade de seus servidores públicos. O conceito de regulação pressupõe uma atuação sobre algo que se diferencia de quem regula. A regulação dos servidores públicos é conceitualmente descabida.

287 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da regulação administrativa**, op. cit., p. 40-42.

288 Idem, p. 37-40.

289 Trata-se do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Sobre sua instituição, por todos: ALEGRE, André Porto. **A trajetória de um publicitário comum**. São Paulo: Matrix, 2014, p 73-76.

3. Serviços Públicos e Suas “Crises”

Os serviços públicos foram concebidos na França²⁹⁰. De início, propuseram-se três conceitos: 1) subjetivo — atividades de titularidade estatal —; 2) objetivo ou material — atividades de grande relevância social; 3) formal — atividades submetidas ao regime de direito público²⁹¹. Por força da Escola de Serviço Público, liderada por Leon Duguit, o instituto foi utilizado para definir, de modo absoluto, a divisão de competências entre o Judiciário e o Conselho de Estado, já que a França adotou o sistema do contencioso administrativo. Com o tempo, o conceito passou a falhar em sua missão de definir, de modo absoluto, essa divisão de competências, o que ficou conhecido como “primeira crise do serviço público”²⁹². Essa primeira crise foi irrelevante para o Brasil, não propriamente pela não adoção do sistema inglês ou de jurisdição una e não adoção do sistema de jurisdição francês. Ainda que não haja Conselho de Estado, o magistrado brasileiro deve decidir se aplica à causa que lhe é submetida o regime de direito público ou o regime de direito privado. Ocorre que o serviço público nunca foi utilizado, entre nós, como único critério para definir quando incide o Direito administrativo. A expressão sempre foi utilizada para sintetizar um regime jurídico, nos termos adiante esclarecidos.

290 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 145 et seq.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 14 et seq. Sobre o tema, é de especial relevância: CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 25 et seq.

291 Sobre os três conceitos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 33-42. O autor, em sua tese de livre docência, afirmou categoricamente que o único conceito relevante seria o formal: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 167. Posteriormente, parece ter mudado de opinião ao defender a imperiosa necessidade de que serviços de telecomunicação sejam públicos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e telecomunicações**. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 54, p. 52-60, s.d. Em obra mais recente, porém, retoma a posição e considera que o conceito formal é o único de préstimo jurídico: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 53 e 56-58. Sem desprestigiar o eterno mestre, considera-se o regime jurídico não elemento do conceito, mas consequência do conceito: por ser de titularidade estatal, o regime só pode ser o público. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 284-285.

292 Sobre ela: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 164-168; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 47-49. De especial relevância sobre o tema: CORAIL, Jean- Louis. **La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

Ao celebrar o Tratado da União Europeia, de início, os Estados signatários adotaram como princípio fundamental da união a livre-iniciativa²⁹³. Com isso, implementaram a morte do serviço público tal qual compreendido até então²⁹⁴. As atividades que eram consideradas de titularidade estatal passaram a ser consideradas atividades privadas, sujeitas à livre-iniciativa. Os signatários do Tratado da União Europeia adotaram o conceito inglês de *public utilities*, com o novo rótulo de “serviços de interesse econômico geral – SIEGS”. Daí o “novo” conceito de serviço público: obrigações especiais impostas a certas atividades econômicas por sua importância social²⁹⁵. Essa orientação marcou a “segunda crise do serviço público”. No Tratado de Lisboa, assinado em 26.02.2007, que alterou o Tratado da União Europeia, os subscritores voltaram a admitir atividades materiais de titularidade estatal, ressuscitando o conceito tradicional de serviço público²⁹⁶. O ressuscitamento, depois de dezenas de livros e centenas de artigos, está ainda sendo implementada, de modo lento e gradual, com forte resistência de toda doutrina que havia se esforçado avidamente para consolidar o “novo” conceito.

Poder-se-ia imaginar que a segunda crise é absolutamente impertinente ao Estado brasileiro, pois este, por óbvio, não integra a União europeia. Além desse fator, o instituto do serviço público é tratado na Constituição brasileira com ênfase que não se encontra, nem de perto, nas Constituições europeias. Em uma rápida leitura do texto constata-se, de modo similar ao que ocorre com a regulação, uma ambiguidade. Em muitos dispositivos, a expressão é usada no sentido comum ou natural, para se referir às atividades desempenhadas pelos agentes públicos, servidores públicos e agentes políticos. Em outros, porém, é usada em seu sentido técnico²⁹⁷. Tanto no inciso V do art. 30 como no *caput* do art. 175, a expressão “serviço público” se refere a atividades materiais de

293 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 175 et seq.

294 A morte foi apregoada dentre outros por: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico**. 2. ed. Granada: Comares, 2001, p. 558.

295 Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que os serviços de interesse econômico geral (SIEGS) são verdadeiros serviços públicos e, pois, que a apregoada morte não teria ocorrido (**Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 59-62). Com todo respeito, nesse ponto, equivoca-se. Eduardo García de Enterría, que nunca assumiu a mesma ideologia de Ariño Ortiz, também reconheceu a substituição do “velho” conceito pelo “novo”: obrigações impostas a atividades não mais consideradas de titularidade estatal (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo** – v. II. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 69).

296 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 179-180.

297 Idem, p. 200.

fornecimento de comodidades ou utilidades, de titularidade estatal, de fruição singular, cuja submissão ao regime de direito público é imprescindível, necessária ou, ao menos, de extraordinária conveniência à sociedade²⁹⁸. Com efeito: a leitura do *caput* do art. 173 e do *caput* do art. 175 indica de modo evidente que o Constituinte dividiu as atividades materiais em dois grandes grupos: atividades econômicas e serviços públicos.

O primeiro, das atividades econômicas, é de titularidade privada, sendo, regra geral, vedado ao Estado explorá-las, salvo nos casos de monopólios federais (discriminados no art. 177)²⁹⁹ ou quando, nos termos da lei, a exploração seja considerada necessária para atender o relevante interesse coletivo ou os imperativos de segurança nacional³⁰⁰. Afora esses casos de exploração estatal, cabe ao Estado apenas regulá-las: de modo normal, em relação às atividades em geral, e de modo excepcional, em relação às chamadas atividades privadas sob regime especial³⁰¹.

O segundo, de serviços públicos, pertence ao Estado. A atividade é inserida nesse grupo quando houver *publicatio*, vale dizer, norma jurídica constitucional (da CF/88 para a União e, por simetria, da Constituição Estadual, para os Estados, e da Lei Orgânica, para os Municípios, ressalvadas em relação a eles a previsão do art. 25 — gás canalizado — e 30,V — transporte coletivo de passageiros, já qualificados pelo Constituinte federal como, respectivamente, serviços estadual e municipal³⁰²)

298 Esses quatro caracteres — 1) titularidade estatal; 2) atividade material; 3) atividade de fruição singular; 4) imprescindibilidade, necessidade ou extraordinária conveniência social de submissão ao regime de direito público — extraem-se da própria Constituição Federal de 1988. Cf. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 201-210.

299 O conceito de regulação é, pelos motivos aqui defendidos em relação aos serviços públicos, igualmente inapropriado aos monopólios federais. A União, detendo o monopólio da atividade, controla o explorador totalmente. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., Cap. VII, p. 321 et seq.

300 Sobre a exploração da atividade econômica fundamentada no art. 173 da CF/88, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020.

301 Sobre a natureza jurídica das atividades privadas sob regime especial, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da regulação administrativa, op. cit., p. 39-40. Sobre a classificação dessas atividades, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 258-260.

302 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 212-217. Em sentido contrário, boa parte da doutrina considera que a lei ordinária pode qualificar uma atividade como serviço público. Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, Cap. XI-27-30, p. 719-720. Discorda-se: ao enumerar os serviços da União, a *contrario sensu*, o Constituinte deixou implícito que todas as demais atividades são atividades econômicas (silêncio constitucional). Nos arts. 25 e 30, porém, explicitou que Estados e Municípios podem qualificar atividades, em seu âmbito territorial, como serviços públicos. Aplica-se a simetria: se CF/88 discrimina os federais,

que qualifique a atividade material como de titularidade estatal. Nesse caso, elas são retiradas do campo da atividade econômica e inseridas no campo dos serviços públicos — atividades de titularidade estatal regidas pelo direito público. O óbvio fato de que o Estado brasileiro não integra a Comunidade europeia e o tratamento dado ao assunto pela Constituição brasileira são fatores que, juridicamente, evidenciam a absoluta impertinência da segunda crise.

No final do século passado, contudo, intensificou-se no mundo inteiro, principalmente após a derrocada da União soviética e a queda do Muro de Berlim, a defesa de uma política neoliberal. Os Bancos internacionais passaram a pressionar Estados endividados a adotar essa política, em especial uma cartilha que ficou conhecida como Consenso de Washington³⁰³. Não houve apoio político no Brasil para matar, na Constituição brasileira, os serviços públicos. Os artigos em que a expressão aparece em sentido técnico subsistiram intocados. Reformas constitucionais foram empreendidas para privatizar a prestação de certos serviços, não os próprios serviços. De fato, o Texto originário exigia que serviços de telecomunicação e de gás canalizado fossem prestados pelo próprio Estado — União (CF, art. 21, XI) e Estado-membro (CF, art. 25, §2º), respectivamente. Emendas constitucionais permitiram que fosse outorgada a prestação desses serviços a empresas privadas (Emendas n. 05/95 e 08/95). Porém, continuaram previstos como de titularidade da União e dos Estados-membros. “Incumbe ao Estado prestar os serviços público”, continuou a estabelecer o art. 175; compete aos Municípios prestar os serviços de interesse local, continuou a apregoar o art. 30, V; compete à União prestar uma série de serviços, discriminados no art. 21. Muitos políticos e juristas, apesar de não conseguirem “reformular” a Constituição, pretenderam, no tapetão, implementar no Brasil a segunda crise. Eis o “golpe” que é objeto deste estudo.

cabe à Estadual discriminar os estaduais e à Lei Orgânica os municipais. Sobre o silêncio constitucional, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. **Revista de direito administrativo e infraestrutura - RDAI**. São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out.-dez. 2023, p. 119-124. Sobre o princípio da simetria, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de direito administrativo neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 82-106.

303 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 158-164.

4. Serviços Públicos Brasileiros e o Golpe Jurídico

Conceitos jurídico-positivos em Direito só são úteis quando sintetizam um regime jurídico³⁰⁴. O conceito de serviço público sintetiza um regime bem diferente do regime da atividade econômica. Serviços públicos regem-se pelas conhecidas leis de Rolland ou leis dos serviços públicos: devem ser prestados a todos, daí o princípio da universalidade; devem ser prestados sem interrupção, daí o princípio da continuidade, e devem sujeitar-se sempre à efetiva direção dos governantes, daí o princípio da mutabilidade³⁰⁵. Basta um exemplo para entender a diferença: a produção de pães em padarias é regida pela liberdade; o agente econômico explora essa atividade se quiser; querendo, escolhe com liberdade onde pretende explorá-la, quanto cobrará por ela³⁰⁶. Ninguém tem direito subjetivo à venda de pães quentinhos, de manhã, perto de sua casa. Tudo é diferente com transporte coletivo, correios, energia elétrica. O administrado tem o direito subjetivo de que os serviços lhe sejam disponibilizados. O Estado tem o dever de prestá-los, a todos e continuamente. Como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitos jurídico-positivos não entram em crise: ou continuam a sintetizar um regime jurídico incidente ou não se prestam mais a tanto³⁰⁷. Os dispositivos constitucionais continuam vigentes, o conceito de serviço público continua a sintetizar o regime jurídico em vigor no direito brasileiro.

Ocorre que, de modo astuto e inteligente, o rótulo continuou a ser utilizado, mas, por força de regras infraconstitucionais, atribuiu-se às respectivas atividades o regime jurídico das atividades econômicas. Telecomunicações, serviços de transporte ferroviário e aeroespacial, televisão e radiodifusão de sons e imagens são exemplos típicos. Ainda que sejam chamados de “serviços públicos”, na prática o regime passou a ser de atividade econômica. Não só na prática: a teoria sobre eles, apresentada por boa parte da comunidade jurídica, tornou-se uma teoria das atividades econômicas. Só restou o rótulo. Houve, em uma linguagem

304 É a lição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 13 e 67.

305 Cf. ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1928, p. 16. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 285 et seq.

306 Sobre a situação jurídica própria da liberdade, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. 2. ed. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 51 et seq. Sobre a liberdade econômica: Idem, p. 211 et seq.

307 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**, op. cit., p. 56-58.

que todos entendem, um golpe jurídico. Examinar-se-ão a seguir quatro aspectos que evidenciam essa assertiva; três deles serão examinados a voo de águia; o último, objeto central deste estudo, com mais atenção.

4.1 Concorrência e serviço público

A Lei Geral de Concessões estabeleceu que, como regra geral, os serviços devem ser outorgados a mais de um prestador (Lei 8.987/95, art. 16). Até aí nada de inconstitucional. Contudo, passou a comunidade jurídica a sustentar, sem qualquer constrangimento, que, uma vez outorgada a prestação a mais de um prestador, os concessionários deveriam “concorrer entre si”. É surpreendente que os juristas em geral não tenham atentado para o fato de que a concorrência só é juridicamente possível quando houver liberdade de prestação. Com efeito: só é possível concorrer quando for possível escolher entre prestar de um jeito melhor ou pior, mais módico ou menos módico, mais eficiente ou menos eficiente. Serviços públicos são de titularidade estatal. Logo, se for possível prestar de modo melhor, mais eficiente e de modo mais módico, por óbvio não é válido ao Estado optar por prestar o serviço de modo pior, menos eficiente e mais caro³⁰⁸. Deve o Poder concedente realizar licitação — exigência enfatizada pelo Constituinte mediante o advérbio “sempre” (CF, art. 175, *caput*) — e escolher a “melhor” proposta. Ainda assim, por força do princípio da mutabilidade, sendo titular do serviço, pode, constantemente, exigir do prestador as alterações que considerar necessárias para a ótima prestação. A ele se impõe apenas respeitar o direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, tema retomado adiante. Não havendo liberdade para prestar de modo diverso do melhor possível, de modo diverso do mais eficiente e módico possível, concorrência só haverá na ilícita omissão do titular do serviço³⁰⁹. A apregoada defesa de concorrência no serviço público fez parte de um golpe jurídico, dado por juristas que, conscientemente ou não, se renderam aos interesses do poder econômico.

308 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 296-299.

309 Em sentido contrário, por todos: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

4.2 Controle pelo CADE

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, disciplinado na Lei 12.529/11, é integrado por um órgão do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, e por uma autarquia, controlada pelo Ministério da Justiça, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Este é encarregado de realizar a regulação por direção, em especial, de sancionar os agentes econômicos pela prática de infrações à ordem econômica. É de uma obviedade ululante que o CADE examina os temas que lhe são submetidos pela ótica da regulação econômica. Cabe ao respectivo titular do serviço controlar o serviço público, e não ao CADE³¹⁰. Contudo, o passo seguinte à defesa da concorrência no serviço público foi a defesa do controle dos concorrentes pelo CADE. Ao defender a submissão dos serviços públicos concedidos ao controle do CADE³¹¹ – e não ao controle dos respectivos titulares do serviço –, contribui-se, consciente ou não, para implementar o referido golpe: de serviços públicos só restou o rótulo.

4.3 Consumidor e usuário

O destinatário da atividade econômica é o consumidor; destinatário do serviço público é o usuário. A diferença entre a situação jurídica do consumidor e a do usuário é óbvia: basta relembrar que o consumidor não tem direito subjetivo à instauração da relação de consumo, a exploração da atividade econômica está no âmbito da liberdade do explorador, mas o usuário tem o direito constitucional à prestação do serviço público³¹². Porém, boa parte da comunidade jurídica passou a considerar o usuário um consumidor, sujeito ao mesmo regime jurídico. Ao chamar o usuário de consumidor, por equívoco conceitual ou por má-fé, consciente ou inconscientemente, contribuiu-se para implementar o golpe aqui referido³¹³. O último aspecto, objeto central deste estudo, merece exame autônomo.

310 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 299-300.

311 Sobre o tema vide a excelente monografia de: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência**, op. cit.

312 Sobre a distinção entre usuário e consumidor vide a magistral monografia de: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55 et seq.

313 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 301-304.

5. Regulação de Serviços Públicos

A prestação indireta não tem o condão de privatizar o serviço, apenas privatiza a prestação. Conforme reconhecido pela boa doutrina: serviço concedido continua sendo público, de titularidade estatal. Por força disso, o poder concedente, titular do serviço, tem o dever jurídico de controlar a prestação do serviço³¹⁴. Enfatiza-se: como o serviço continua sendo do titular, este, ao conceder a prestação, mantém a prerrogativa (dever-poder) de controlar o prestador e a prestação.

Henry Berthélemy, ao explicar o controle da concessão ferroviária, diferencia três aspectos do controle: 1) técnico — todos os aspectos referentes à própria prestação do serviço, como valor da tarifa, horário, condições da prestação; 2) comercial — todos os aspectos referentes à relação do concessionário com o público em geral; 3) financeiro — a situação econômica e financeira do prestador³¹⁵. A classificação é adotada por Guido Zanobini, íclito administrativista italiano, que, em relação ao controle técnico, realizou assertiva um pouco exagerada, mas que é bem oportuna para o entendimento do tema: não há, em relação ao controle técnico, qualquer limite jurídico³¹⁶. De fato, os limites são econômicos, não jurídicos. Para que não reste dúvida, tendo em vista o golpe implementado, é recomendável esmiuçar essa questão.

Como o serviço continua sendo de titularidade estatal, o Estado tem a prerrogativa de definir tudo, absolutamente tudo, sobre o serviço. Suponha-se, por exemplo, o serviço de metrô. Como deve ser a forma do vagão, a cor do vagão, a forma, a cor e o material dos assentos, o

314 Por isso, observa com absoluto acerto Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que a concessão é um ato complexo integrado por um ato unilateral, pois o regime é unilateralmente fixado pelo Poder Público, um ato condição, pois se exige a aquiescência do concessionário em se submeter a esse regime, e um ato bilateral, pois o concessionário manifesta quanto quer receber para exercer a atividade. (Natureza jurídica da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 403-442, jan.-mar. 2020, p. 441). Da concessão resultam três relações jurídicas: a relação de concessão, entre concedente e concessionário, a relação de garantia, entre concedente e usuário, e a relação de prestação, entre concessionário e usuário. Sobre elas, vide a primorosa monografia de: ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

315 BERTHÉLEMY, Henry. **Traité élémentaire de droit administratif**. 9. ed. Paris : Arthur Rousseau, 1920, 732-736.

316 “Quanto al controllo tecnico, esso non ha assolutamente alcun limite, potendo arrivare ad annullare qualunque libertà del concessionario”. ZANOBINI, Guido. *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*. In: V. E. Orlando (dir.). **Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano** – v. 2, parte terza. Milano: Società Editrice Libreria, 1935, p. 233-682, em especial p. 524.

tempo do intervalo entre um trem e outro, o valor da passagem, tudo isso é considerado cláusula regulamentar da concessão, unilateralmente fixada ou alterada pelo Poder Público. Só dois aspectos podem ser exigidos pelo concessionário: 1) a manutenção do objeto da concessão; 2) o pagamento do valor que exigiu receber para prestar o serviço, bem como a amortização dos seus investimentos, de modo antecipado ou no tempo inicialmente previsto³¹⁷. O primeiro aspecto decorre da imposição constitucional do dever de licitar: exigir do concessionário algo estranho ao objeto da concessão importaria em burla a esse dever. O segundo decorre do direito constitucionalmente assegurado à manutenção das condições efetivas da proposta. No mais, o concessionário não tem qualquer domínio sobre a forma que o serviço será prestado.

Logo, o Poder Concedente, seguindo o exemplo invocado, não apenas pode fixar todas as minúcias sobre como deve ser prestado o serviço de metrô (controle técnico), mas também como deve ser o atendimento ao público, a obrigatoriedade de canal de denúncias, o horário da venda de bilhetes, todos os aspectos de como essa venda será realizada (controle comercial). Pode, também, fiscalizar a empresa para verificar a manutenção de suas condições econômico-financeiras: examinar seus livros comerciais, seus balanços, suas contas (controle econômico-financeiro).

Por que se diz que não há limites jurídicos, mas econômicos, ao controle técnico? O Poder Concedente pode exigir todo tipo de alteração na prestação, mas desde que mantenha o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Desse dever resulta um limite econômico: quanto mais gastos impõe ao concessionário, mais terá que ou apor recursos do orçamento, de modo alternativo às receitas advindas da concessão, ou permitir a elevação das tarifas. A necessidade de garantir o acesso dos administrados ao serviço e, pois, o princípio da modicidade das tarifas, bem como as limitações orçamentárias inerentes a toda Administração Pública resultam em limites econômicos ao controle do poder concedente. Em relação ao controle técnico, no dizer exagerado de Zanobini, ele pode juridicamente tudo desde que mantenha o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, com a única ressalva, além desta, de que não desnature o objeto da concessão. Não pode transformar, por exemplo, uma concessão de metrô em concessão de transporte aeroespacial.

317 Por todos: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, op. cit., Cap. XII-51, p. 761.

Compreendido juridicamente o significado do “controle” do concessionário, indaga-se: é tecnicamente adequado chamar esse controle de regulação? Com todo respeito aos que o fazem, a resposta só pode ser enfaticamente negativa. É erro conceitual grave admitir a substituição dos rótulos. Nos termos aqui explicados, regulação, por definição, pressupõe uma atuação externa: regula-se a atividade de outrem, não de si próprio. O Estado não regula a atividade de seus servidores; do mesmo modo, não regula a atividade dos prestadores de serviços de titularidade estatal. O controle, seja de servidores, seja de concessionários, nada tem a ver, conceitualmente, com regulação. Se o Estado se ingerir em todos os aspectos da exploração da atividade econômica – inclusive nas atividades privadas sob regime especial, sujeitas a uma regulação excepcional – violará a liberdade econômica do explorador³¹⁸.

Certas atividades econômicas, quando exploradas pelos particulares, caracterizam-se como atividades privadas sob regime especial – v. g., educação e saúde, atividade financeira, produção de fogos de artifício – são especiais porque se sujeitam a uma regulação excepcional. Ainda assim, não pode o Estado definir todos os aspectos da atividade: sendo atividades econômicas, são livres, ainda que a liberdade seja mais restringida pelo Estado. Existe um direito fundamental à liberdade econômica, subespécie do direito fundamental à liberdade, que deve ser respeitado pelo Estado³¹⁹.

Falar no Brasil em “regulação do serviço público” é, por boa ou má-fé, contribuir para o implemento do golpe jurídico aqui referido. Ao afirmar que a atividade estatal que o Estado realiza sobre os prestadores de serviço público tem a natureza de regulação, equipara-se essa atividade estatal de controle ao controle da atividade econômica³²⁰. Foi, sem dúvida alguma, o passo decisivo para substituir o regime dos serviços públicos pelo regime da atividade econômica. Sobrou só o rótulo.

Uma última observação: nos países signatários da União Europeia, sobretudo antes do Tratado de Lisboa, tornou-se perfeitamente adequado falar em regulação de serviços públicos. Basta lembrar que as atividades

318 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 309-312.

319 Idem, ibidem. Vide tb.: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 226-228.

320 Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**, op. cit., p. 304-312.

estatais passaram a ser consideradas atividades privadas sob regime especial, *public utilities*, apelidadas de serviços de interesse econômico geral – SIEGS. Ora, a intervenção do Estado sobre elas tornou-se típica regulação. Ainda quando o Estado as tenha explorado, naquele contexto, tratou-se de regulação por participação direta na atividade econômica³²¹. A privatizar os próprios serviços, e não a prestação, tornou-se adequado falar, na Europa continental, em “regulação de serviços públicos”. Transpor toda doutrina europeia sobre o tema para o Brasil, sem se atentar para o fato de que aqui serviços públicos continuam sendo de titularidade estatal não é apenas um equívoco: com todo respeito, é ignorância ou má-fé. Todos que fizeram isso, intencionalmente ou não, foram partidários de um golpe jurídico.

6. Conclusões

1. Este estudo pretendeu demonstrar que a associação dos serviços públicos à regulação estatal foi fruto de um golpe jurídico.
2. Regulação é a atuação Estatal sobre o sistema econômico para transformá-lo em um sistema mais justo – equidade econômica – e para mantê-lo em equilíbrio – eficiência econômica. No Direito brasileiro, a primeira missão prevalece sobre a segunda. A regulação é, por definição, uma atividade externa, em que aquele que regula se apresenta como um agente diferente daquele que é regulado. Por isso, o Estado não regula seus próprios agentes e suas próprias atividades.
3. A primeira crise dos serviços públicos decorreu da falência do instituto como critério absoluto para definição da divisão de competências jurisdicionais na França. A segunda crise decorreu da substituição, pelos signatários do Tratado da União Europeia, do conceito de serviço público pelo conceito inglês de *public utilities*, por meio do rótulo “serviços de interesse econômico geral”. As duas crises foram consideradas impertinentes ao Brasil. A primeira porque o instituto nunca foi utilizado no direito brasileiro

321 Só por questão ideológica a doutrina nega que o Estado possa regular a atividade econômica mediante sua exploração direta. Por evidente, pode decidir pela exploração direta visando à equidade e à eficiência econômicas. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo. **Teoria jurídica da regulação administrativa**, op. cit., p. 52-53.

para definir, de modo absoluto, a incidência do direito administrativo. A segunda porque, além de o Brasil não fazer parte da Comunidade europeia, a disciplina do instituto na CF/88 não foi alterada.

4. Sem reforma da Constituição, por força de normas infraconstitucionais ou teorias doutrinárias, os serviços públicos passaram a ser tratados como atividades econômicas, verdadeiro golpe jurídico. A esmagadora maioria da comunidade jurídica passou a defender o cabimento de concorrência entre os concessionários e permissionários de serviço público; havendo concorrência, defenderam o controle da atividade destes pelo CADE e a caracterização do destinatário dos serviços como consumidor. O último passo desse golpe foi considerar a atividade estatal de controle do concessionário uma autêntica regulação.
5. Como o Estado, ao conceder o serviço, continua com a titularidade, ele detém a prerrogativa de controlar a prestação e o prestador. Em relação à forma como o serviço é prestado, praticamente não há limites jurídicos, só econômicos. O Estado pode exigir tudo, desde que não desnature o objeto da concessão e mantenha seu equilíbrio econômico-financeiro. Esse controle não se confunde com a regulação, típica atividade externa que deve respeitar a liberdade do agente econômico. A qualificação do controle do concessionário como regulação decorreu de um golpe jurídico: só restou aos serviços públicos o rótulo; no mais, passaram a ser tratados, inconstitucionalmente, como atividades econômicas.

7. Referências

ADAM SMITH. **A Riqueza das Nações** – v. 1. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro IV.

ANDRADE, Letícia Queiro de. **Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico**. 2. ed. Granada: Comares, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e telecomunicações. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 54, p. 52-60, s.d.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão de serviço público. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 4, n. 12, p. 403-442, jan.-mar. 2020.

BERTHÉLEMY, Henry. **Traité élémentaire de droit administratif**. 9. ed. Paris : Arthur Rousseau, 1920.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CORAIL, Jean- Louis. **La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français**. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago. Introdução: sobre crises e golpes ou uma explicação para Alice. In: FREIXO, Adriano de; RODRIGUES, Thiago (org.). **2016, o ano do Golpe**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2016, p. 09-17.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo – v. II**. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002.

LÖWY, Michael. Da tragédia à farsa: o golpe de 2016 no Brasil. In: JINKINGS, Ivana; DORIA, Kim; CLETO, Murilo (org.). **Por que gritamos golpe?** São Paulo: Boitempo, 2016, p. 61-67

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria jurídica da regulação administrativa. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 12, n. 24, p. 11-60, jul.-dez. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. **Revista de direito administrativo e infraestrutura - RDAI**. São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out.-dez. 2023.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. 2. ed. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2023.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Usuários de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1928.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência**: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ZANOBINI, Guido. L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici. In: V. E. Orlando (dir.). **Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano** – v. 2, parte terza. Milano: Società Editrice Libreria, 1935, p. 233-682.

CAPÍTULO 12

CONTROLE EXTERNO, REGULAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS: O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Dafne Reichel Cabral³²²

1. Introdução

As pesquisas que talvez se mostrem mais necessárias e importantes nas últimas décadas repousam sobre novas tecnologias e sua regulação. O desenvolvimento tecnológico permite que constantes mudanças de cunho social e econômico sejam implementadas na sociedade, desestabilizando as bases de antigas facetas tecnológicas e tornando os “tradicionais” produtos e serviços obsoletos (HELBING, 2015). As novas tecnologias (inovações) disruptivas trazem uma ruptura no sistema econômico, jurídico e social, quebrando com o estado de equilíbrio e promovendo a alteração dos padrões antes existentes.

Ainda quando não haja uma verdadeira disrupção, vive-se um constante aprimoramento tecnológico, que também demanda alterações normativas e na forma de agir da sociedade. Atualmente se trabalha, seja nas atividades econômicas, seja dentro da própria Administração Pública, com figuras tecnológicas antes inexistentes. Fala-se em *block-chain*, criptomoedas, inteligência artificial, teletrabalho, serviços de *streaming*, *analytics*, *smart contracts*, realidade virtual etc. A tecnologia altera tanto a forma de produção capitalista como o desempenho da atividade administrativa.

Ao lado dessa constatação fática, temos um binômio a exigir de um lado que o Estado crie as bases para a promoção de investigação e desenvolvimento tecnológico em níveis empresariais (SILVA, 2013) e, por outro, a exigência de construção de normas jurídicas regulatórias hábeis a dar segurança, previsibilidade e certeza para a atividade econômica diante

322 Mestre em Direitos Fundamentais pela UFMS; Especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP; Especialista em Direito Tributário pelo IBET; Auditora de Controle Externo do TCE-MS.

da intervenção estatal. Além disso, o Estado interventor não pode dissociar a atividade regulatória da Ordem Social prescrita na Constituição de 1988 (GABARDO, 2003). Assim, a atividade regulatória deve promover e garantir uma prestação de qualidade e universal de serviços públicos, sejam os tradicionais ou os atrelados a novas tecnologias (inovações) disruptivas ou simplesmente tecnologias aprimoradas.

À luz dessas constatações preliminares, vislumbra-se a gama de variáveis e atores envolvidos nos processos de regulação das atividades econômicas, bem como na criação e desenvolvimento de novas tecnologias. Nesse sentido, a figura dos Tribunais de Contas é praticamente esquecida, embora, paradoxalmente, exerça influências diretas e indiretas sobre essas atividades.

De fato, apura-se o aumento da intervenção do TCU na atividade regulatória em contraposição à diminuição da atividade das agências reguladoras. Como expõem Patrícia Pessoa Valente e Darcio Genicolo Martins (2020), nos últimos anos os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos assumiram papel de destaque no ambiente regulatório. Um recrudescimento da fiscalização da atividade do agente regulador e a ampliação da atividade fiscalizatória, especialmente pelo TCU, foi sentida em todos os setores da regulação e principalmente em transporte e mobilidade.

Além disso, há um colorido diferente nessa situação quando se apura, em estudo desenvolvido no âmbito do Centro de Regulação e Democracia do Insper, que esse incremento da intervenção dos órgãos de controle na atividade regulatória só é visto como positivo pelos próprios órgãos de controle e parte do Poder Executivo (todos os demais atores envolvidos encaram como negativo) (MARTINS; VALENTE, 2020).

Vale ressaltar que a parca pesquisa envolvendo controle externo e regulação acaba limitada a compreender simplesmente a interrelação entre Tribunais de Contas e Agências Reguladoras, no que acaba sendo denominado de controle regulatório de segunda ordem. Embora esse tema mereça um aprofundado estudo, o papel dos Tribunais de Contas em relação à atividade regulatória vai além desse binômio de conflito de competências entre órgão de controle externo-agências reguladoras, notadamente quando se está diante da regulação e desenvolvimento de tecnologias.

2. Qual a interferência do Tribunal de Contas da União na Regulação da Atividade Econômica e no Desenvolvimento de novas tecnologias?

Primeiramente, pode-se afirmar que o controle do exercício de atividades econômicas e como elas são reguladas acaba por passar pelo crivo dos Tribunais de Contas. Mencione-se, de forma ilustrativa, o Acórdão nº 2711/2020 – Plenário, no qual o TCU realizou auditoria no setor portuário, tendo ao final recomendado ao Ministério da Infraestrutura e à Antaq que avaliem regulamentar outras formas de ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias. Veja que no próprio sítio eletrônico do TCU³²³, na aba “Áreas de atuação de controle externo”, há o indicativo das seguintes categorias nas quais há atuação da Corte de Contas da União: ciência, tecnologia e inovação; rodovias; ferrovias; comunicações; petróleo e mineração; saúde; esporte; infraestrutura hídrica, portos e hidrovias; energia elétrica; turismo dentre outras que claramente indicam a interferência do TCU nas atividades econômicas regulamentadas.

Esse papel do controle externo ganha uma importância ainda maior quando se apura que a imbricação do TCU com a regulação da atividade econômica e novas tecnologias não se encontra reclusa ao exercício fiscalizatório/sancionador, próprio do TCU. A Corte traz influências ainda quando se comporta no campo indutor-pedagógico, por meio da elaboração de cartilhas e manuais de orientação à sociedade, podendo-se mencionar a edição das cartilhas “Relatório de Pesquisa: Contratação de Soluções Inovadoras pela Administração Pública” (2020), “Encomenda Tecnológica (ETEC)” (2020) ou ainda a cartilha “Orientações para Conselheiros de Saúde”(2015).

Da mesma forma, em relação ao desenvolvimento e aplicação de novas tecnologias, o Tribunal tem uma atuação múltipla. Seja pela aplicação dessas novas tecnologias, em particular a inteligência artificial, nas suas fiscalizações, com destaque à utilização dos robôs Alice, Sofia e Mônica (que auxiliam na detecção de licitações/contratações superfaturadas, por exemplo), seja por intermédio do CoLAB-i, que se trata de um laboratório de inovação vinculado à Escola do TCU, criado no biênio de 2015-2016, ou ainda por meio do controle exercido nas atividades públicas que se valem de novas tecnologias (e até mesmo rotinas tecnológicas já padronizadas), podendo-se mencionar o Acórdão nº 2.636/2019 - Plenário, no qual a Corte questionou o modelo de teletrabalho adotado

323 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/control-e-fiscalizacao/#area-de-atuacao>

pela Defensoria Pública da União, ou ainda o Acórdão nº 1613/2020, que se refere ao levantamento feito pelo Tribunal para identificar áreas de aplicação das tecnologias da informação chamadas *blockchain* e livros-razão distribuídos (*Distributed Ledger Technology - DLT*) no setor público (CABRAL; IWAKURA; SARAI, 2022).

Pode-se acrescentar ainda a atuação da Corte de Contas no processo legislativo e na edição de decretos regulamentares de matérias que influenciam, ainda que indiretamente, a regulação de atividades econômicas ou a aplicação de novas tecnologias pela própria Administração. Traga-se como exemplo o Decreto nº 9.203/2017, que regulamenta a governança pública na Administração Pública Federal (que tem total relação com a execução de serviços públicos e a realização de políticas públicas que se relacionam com a regulação da atividade econômica), o qual foi elaborado com base essencialmente no estudo feito pelo TCU, resumido no manual “10 passos para a Boa Governança”. Tal Decreto é fruto de uma produção quase exclusiva do Tribunal de Contas da União (CABRAL, 2020).

Vislumbra-se com os exemplos trazidos que os órgãos de controle externo, em particular o TCU, influenciam direta e indiretamente na regulação da atividade econômica e no desenvolvimento de novas tecnologias, por vezes dentro dos limites constitucionais, por vezes se excedendo (os excessos deste órgão de controle, inclusive, geram o que se denomina de “Direito Administrativo do medo”, no sentido da existência de uma desfuncionalidade do controle da Administração Pública, que acaba por acarretar um “exercício medroso da função administrativa”, uma atuação desesperada, leniente, acomodada, inativa e temerosa dos agentes públicos, trazendo, por conseguinte, prejuízos a toda a Administração Pública)(SANTOS, 2020).

3. Qual Papel Deve Exercer o TCU na Regulação da Atividade Econômica e no Desenvolvimento de Novas Tecnologias?

Ao se debater o tema da regulação no Brasil, há a necessidade de não somente analisar-se o controle exercido pelas próprias agências reguladoras em sua atividade-fim mas invariavelmente questiona-se se haveria algum controle exercido sobre a própria atividade de regulação desempenhada por essas agências.

Não há dúvidas que os Tribunais de Contas possuem plena competência para a fiscalização das compras, contratações e realização de licitações e concursos das agências reguladoras, já que são autarquias detentoras de recursos públicos.

Já em relação ao controle da atividade-fim, que se traduziria no controle do próprio ato regulatório, as lacunas existentes nas regras de atuação acabam prejudicando a segurança jurídica à medida que a possibilidade de infinitas revisões das decisões gera incertezas de qual prevaleceria.

Neste ponto, conforme explica Flávio Garcia Cabral (2019), o Tribunal de Contas da União tem se posicionado no sentido de possuir atribuição de controlar inclusive os atos de regulação (atividade-fim das agências reguladoras).

Em recentes acórdãos da Corte, observa-se que as decisões são até no sentido de apontar que a atuação da agência reguladora estava sendo insuficiente e determinar que realizasse determinada regulamentação no sentido proposto pelo próprio Tribunal de Contas da União, configurando uma substituição fática às agências reguladoras.

Em crítica a esse modelo, Carlos Ari Sundfeld; Jacintho Arruda Câmara (2012) e Gustavo Leonardo Maia Pereira (2019) se posicionam no sentido de que a matéria regulatória decidida pela agência não deveria ser objeto de controle, não sendo cabível avaliar e revisar toda e qualquer decisão administrativa caso contrário estaríamos firmando um paradigma hierárquico de controle.

Entende-se, dessa forma, que a melhor medida seria a escolhida por Flávio Garcia Cabral (2019, p. 469) quando defende que:

(...) o TCU não tem competências amplas para rever e controlar todo e qualquer ato regulatório exercido pelas agências reguladoras. A Constituição não lhe deu tais atribuições. Além disso, por exercer função administrativa, como visto em tópico antecedente, não lhe cabe servir como instância controladora de todo e qualquer ato. Não serve o TCU como órgão do Poder Judiciário, no qual qualquer ilegalidade pode ser ali questionada. O rol de atribuições constitucionais, embora seja bastante amplo, não autoriza que o Tribunal de Contas da União possa controlar, inclusive sustando, qualquer ato administrativo praticado pela Administração. Caso se permitisse essa interpretação equivocada,

teríamos na ordem jurídica brasileira um “super-órgão”, responsável por atuar como instância revisora de tudo o que a Administração faz. Se tais premissas nos parecem óbvias, da mesma forma não se pode diminuir o papel e a importância da Corte de Contas, com uma ideia errônea, mas ainda assim presente no imaginário popular, de que o Tribunal somente controla questões puramente orçamentárias (em sentido estrito). Como visto no capítulo de abertura, a existência de um órgão de controle externo constitui pressuposto para uma *accountability* horizontal efetiva, servindo como fortalecimento de toda República. O TCU não pode ser apequenado como um mero órgão subalterno ou de somenos importância. No que tange ao controle de legalidade dos atos regulatórios expedidos pelas agências reguladoras, desde que tenham pertinência com a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (artigo 70 da CF), não haveria qualquer óbice no controle externo. O só fato de se tratar de uma atividade de regulação não torna o ato imune por si só.

Nesse viés, as medidas do Tribunal de Contas consideradas adequadas são aquelas ocorridas quando verificadas considerações de legalidade, erros, omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei; bem como recomendações ainda que não vinculantes também relacionadas à legitimidade e à economicidade de atos que gerem gastos públicos diretos.

Como visto, não compete ao órgão de controle substituir a decisão da agência reguladora, já que a Corte de Contas não é uma instância administrativa incumbida de atuar como revisora. Logo, não pode imputar qualquer sanção por simplesmente discordar da escolha discricionária da agência reguladora.

Em outra perspectiva, a presença da Tecnologia da Informação (TI) em ambiente público cada vez se torna mais essencial, o que não é diferente no Controle Externo, onde a TI tem a capacidade de impulsionar e alavancar a eficiência dos trabalhos e resultados.

Com as muitas formas de utilização da TI, o TCU tem procurado gradativamente otimizar as suas atividades por meio de novas tecnologias, de modo permanente e inevitável, possibilitando um controle externo mais eficiente, eficaz e efetivo (BRANCO, 2014).

Extrai-se do relatório anual de atividades do TCU (2016), que é nítido o quanto a Tecnologia da Informação tem sido importante aliada para o aprimoramento da fiscalização de recursos públicos.

A Corte de Contas, nos últimos anos, buscou investir em inovações e ferramentas para o desenvolvimento de ações de controle e para a melhoria da própria Administração Pública.

Essa necessidade de informação e dados estruturados inspirou a busca por ferramentas que pudessem manipular esses dados e a criação de sistemas como o Laboratório de Informações de Controle (LabContas), bem como robôs de inteligência artificial que auxiliam a detectar pontos de controle nas licitações e contratações públicas (PICKSIUS, 2018).

Corroborando com a explicação:

Os benefícios das ações de controle externo são, em grande parte, de difícil mensuração em termos financeiros. Advêm, por exemplo, da própria expectativa do controle, da prevenção do desperdício, de melhorias na alocação de recursos, da sugestão de aprimoramento de leis, da redução de danos ambientais e da melhoria de políticas públicas. Alguns resultados, contudo, são passíveis de mensuração em termos financeiros e geram benefícios que podem ser potenciais ou efetivos. O primeiro decorre de deliberação do Tribunal cujo cumprimento ainda não foi verificado, ou seja, é o resultado que o Tribunal entende que pode ser alcançado se o jurisdicionado atender determinação ou recomendação constante de um acórdão. O benefício efetivo é aquele resultante da verificação do cumprimento das determinações ou recomendações feitas pelo Tribunal, ou aquele que se concretiza durante uma ação de controle em andamento no TCU, por iniciativa dos gestores a partir de apontamentos da equipe técnica. Neste último caso, não há necessidade acórdão para cômputo do benefício. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2021). O Alice é o mais utilizado pelo Tribunal para apuração de irregularidades. É objeto de melhorias e aprimoramento constantes, tendo em vista que é o único sistema com informações mais detalhadas sobre os benefícios proporcionados ao TCU desde 2018. É possível observar que o desempenho do Alice segue crescendo gradativamente ao longo dos anos, chegando a uma diferença de R\$ 403.561.856,52, ou seja, um aumento de 1782% de 2018 a 2021. Segundo o Tribunal, a transformação digital impactou intensamente os processos de trabalho finalísticos, alavancando os seus resultados (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2022). Dessa forma, verifica-se que a avaliação automatizada e tempestiva dos sistemas utilizados pelo Tribunal proporcionou maior agilidade na tomada de

decisão dos auditores, consequentemente, alcançando números altos de benefícios financeiros e contribuindo para o atingimento dos objetivos institucionais e legais do TCU (SILVA, 2022, p 20).

Portanto, a ferramenta possibilita acesso interativo e, muitas vezes, em tempo real, a dados; permite a manipulação destes dados e oferece aos tomadores de decisões maior embasamento ao conduzir análises apropriadas, já que ao analisarem dados, situações e desempenhos históricos isso se torna mais facilmente alcançável.

Esses sistemas permitem, desta forma, a transformação de dados em informações e, na sequência, em decisões e ações (SILVA, 2022).

Como visto, a TI está presente no dia a dia do próprio órgão fiscalizador bem como visando auxiliar a Administração Pública por intermédio daquele. E esta inovação tecnológica cada vez mais presente também vem se transformando em ritmo cada vez mais acelerado, o que para uma Administração Pública ainda tão burocrática acaba sendo um desafio lidar com as ditas inovações disruptivas.

O termo “inovação disruptiva”, cada vez mais frequente nos ambientes de negócio, meios acadêmicos e noticiários, possui alguns critérios:

(i) ser mais que um aprimoramento incremental, provocando uma alteração drástica no mercado que, via de consequência, muitas vezes levará à significativa redução, ou até mesmo destruição, dos agentes de mercado até então estabelecidos (pense no impacto dos iPods para os produtores de walkmans, por exemplo); e (ii) oferecer não apenas novos produtos, mas novos modelos de negócio (como atualmente notável na arquitetura de negócios empregada pelo Airbnb e a Uber, nos nichos de hospedagem e transporte individual de passageiros, respectivamente). A disrupção pode ser procedida não apenas por novos entrantes, mas também por agentes econômicos atuantes no mercado em que encontram, na refundação de seu próprio nicho de atividade, terreno fértil para liderarem o segmento remodelado. Exatamente como no caso da Nespresso, em que a Nestlé, empresa já atuante no ramo, redefiniu a forma de se fazer um cafezinho, impactando na vida cotidiana de milhões de pessoas. Pois bem. Já se vão 20 anos desde a criação do conceito. Mas se vai muito mais desde quando se possam notar eventos de inovações tecnológicas que promovam a chamada destruição criativa e, com isso, enfrentem a resistência do *status quo*” (RIBEIRO, 2017, p. 191).

O foco então seria como efetivar a fiscalização administrativa de agências reguladoras, tribunais de contas e ministérios públicos no ritmo em que essas inovações surgem com cenários que necessitam de novos desdobramentos.

É quando a instrumentalidade da fiscalização é chamada à cena e tem diante de si o desafio de não sufocar o novo, viabilizando o desenvolvimento que oportuniza, mas sem se descuidar de outros valores que precisem ser igualmente tutelados, como a concorrência, a segurança nacional e individual, a propriedade, o direito adquirido, a privacidade etc. Os desafios que esses fenômenos importam ao direito administrativo não são poucos, nem simples (RIBEIRO, 2017).

Podemos dizer que as inovações disruptivas desafiam o direito por se colocarem em pontos cegos dos regimes jurídicos existentes e, por normalmente custarem menos, potencialmente dispõem de enorme vantagem competitiva em relação a outros agentes econômicos existentes no mercado. Além do mais costumam trazer mais agilidade fazendo com que se tornem essenciais no dia a dia da população.

Como exemplo de tecnologia disruptiva que se tornou grande demais para ser banida tem-se o *WhatsApp*, aplicativo de comunicação que permite troca de mensagens instantâneas por smartphones:

Criado originalmente com foco na troca de mensagens escritas, além de contemplar a transferência de mensagens multimídia, o app passou a possibilitar a realização de chamadas de voz, tudo isso amparado em rede de dados provida por operadoras de telefonia móvel e valendo-se do número de telefone celular do usuário. O serviço cresceu de forma colossal desde sua implantação. Para que se tenha a dimensão, no início de 2016, alcançou a marca de mais de 1 bilhão de usuários ativos apenas no Brasil. Autodenominando-se uma empresa de internet sediada fora do país, a disciplina jurídica das autorizatárias de serviços de telefonia móvel pessoal imposta por lei e pela ANATEL não seria claramente incidente sobre o WhatsApp, a quem não pesariam os ônus regulatórios setoriais da categoria, como tributos, taxas regulatórias e demais parâmetros de operação. Não bastasse isso, a situação gera um fundo impasse com as operadoras de telefonia, que acusam o WhatsApp de desviar suas principais receitas por meio do serviço de comunicação por chamadas de voz, por conta de um dado a mais: até então, o aplicativo não cobra seus usuários, nem tampouco apresenta qualquer outra fonte de receita. Ou seja: a um só tempo, o WhatsApp se instalou em um ponto cego para os regimes jurídicos

atuais, impactando agentes econômicos estabelecidos no segmento, e se tornou um gigantesco provedor de serviços gratuitos a seus usuários (RIBEIRO, 2017, p. 198).

Ainda se tratando do aplicativo ilustrado acima, a fidelização da população foi tamanha que, por mais de um evento, magistrados suspenderam as atividades em toda cobertura nacional a fim de punirem a empresa por não atender determinações judiciais específicas e tal medida gerou verdadeira comoção social, chegando a questão inclusive ao Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 403/2016).

Pode-se dizer que outras repercussões já aconteceram envolvendo Uber, Airbnb, Netflix e Spotify, representantes mais notáveis de um sem número de exemplares da inovação disruptiva que permitem alugar carros ou bicicletas de vizinhos, compartilhar internet *wi-fi* com terceiros, contratar pessoas para tarefas pontuais etc. Partindo de bases virtuais, são soluções que operam em terreno concreto, promovendo serviços e trocas no mundo dos fatos que geram disputa, provocando o direito a exercer seu papel de equalizador das relações sociais (RIBEIRO, 2017).

Com efeito, é então que a importância da função administrativa vem à tona, de modo a ser empregada para efetivar interesses públicos específicos, por meio da proteção e promoção de direitos fundamentais. E isso se faz, via de regra, encontrando as ferramentas, ou combinação delas, que se revelem mais bem habilitadas a gerarem os incentivos mais adequados para se alcançar as finalidades socialmente pretendidas.

De toda forma, é possível generalizar que, em todos esses casos, o objetivo final estará na busca de um ponto ótimo entre os interesses envolvidos, por vias capazes de amortecer o nascimento das inovações disruptivas e seus impactos naturais de mercado sobre as atividades e agentes econômicos já existentes, sem, no entanto, se descuidar de que a defesa da manutenção de atividades de interesse da coletividade não venha a se confundir, na íntegra, com o emprego do direito em obstáculo intransponível ante o novo. Desenhado esse cenário, a principal ferramenta que aparenta estar capacitada para equacionar a questão, do ponto de vista jurídico, é a regulação.

Isso porque, como conceitua Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 199), “a função regulatória deve ser exercida de forma equidistante dos interesses, com vistas a um ponto ótimo, que concilie os interesses de consumidores, fornecedores e do Poder Público”.

4. Conclusões

Ao se analisar a rapidez com que avançam as inovações tecnológicas disruptivas, as lacunas existentes na questão da deferência do Controle Externo à atuação das agências reguladoras e, por último, a necessidade da regulação da atividade econômica como proteção até mesmo aos direitos fundamentais do cidadão, podemos tecer algumas importantes conclusões.

Cumprirá à regulação viabilizar o avanço tecnológico, o desenvolvimento e a prestação de serviços de maior qualidade aos seus usuários, ao mesmo tempo em que deverá tutelar a concorrência, tanto permitindo novos entrantes quanto impedindo práticas anticompetitivas pelos agentes econômicos envolvidos, velhos ou novos.

Arcar, enfim, com o equacionamento dos desafios de assimetria, coordenação e outras falhas de mercado que possam se fazer presentes. Tudo isso sem perder de vista a proteção dos direitos fundamentais em questão, balizando atividades para que sejam exercidas em harmonia à segurança e sem invasão de privacidade. (RIBEIRO, 2017).

A discussão pormenorizada de cada uma das estratégias desborda do escopo aqui pretendido. De toda forma, cabe aqui afirmar que não haverá uma fórmula pronta, do tipo para regular toda e qualquer inovação disruptiva. Os contornos de cada modelo de negócio demandará solução personalizada.

O mais importante, desse modo, é ter o método de ação em consideração ao regular, de maneira que a regulação de inovações disruptivas não se mova com o intuito de nivelar os custos dos agentes já estabelecidos, mediante a criação ou elevação de cargas regulatórias desnecessárias aos novos entrantes. Tanto ao contrário: que as inovações sirvam de impulso para um movimento de revisão regulatória retrospectiva, liberando pesos desnecessários pendentes sobre os agentes econômicos já estabelecidos que não conformem melhoria efetiva na qualidade dos serviços prestados. Trilhando esse caminho, caberá à regulação setorial, por meio da adoção justificada de cada uma dessas estratégias possíveis, customizar soluções viabilizadoras do desenvolvimento tecnológico e serviços de maior qualidade aos seus consumidores e usuários.

As inovações tecnológicas disruptivas colocam em grande evidência o papel instrumental do Direito Administrativo – e suas ferramentas – que, enquanto tecnologia social, se vê desafiado a equacionar

as múltiplas variáveis reveladas pelos interesses de agentes econômicos antigos, agentes econômicos novos e da coletividade (RIBEIRO, 2017).

A atuação do Controle Externo das Cortes de Contas segue a mestra trilha anteriormente estabelecida. Por evidente que não possuem atuação ilimitada, possuindo competência atraída somente aos atos administrativos que tenham pertinência imediata e direta com questões patrimoniais/orçamentárias. Além disso, controlam a atividade meio das agências reguladoras assim como de quaisquer outros entes da Administração Pública.

Em se tratando da atividade finalística das agências reguladoras, tem-se que o TCU precisa levar em consideração os limites encontrados na legalidade, economicidade e legitimidade conforme determinado pelo artigo 70 da CF, já que nesses casos é válida sua atuação sem que funcione como uma instância revisora dos atos administrativos ou substituta das agências reguladoras (CABRAL, 2019).

Desta forma os estudos e desenvolvimento de novos panoramas para regulação de inovações disruptivas é o único caminho a ser seguido, necessitando de diálogos institucionais e trabalhos cooperados dos entes responsáveis pela fiscalização administrativa.

5. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CABRAL, Flávio Garcia. O papel do Tribunal de Contas da União (TCU) para o compliance na Administração Pública. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). **Compliance no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p.337-356.

CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União (TCU) e o controle da atividade regulatória. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 455-475.

CABRAL, Flávio Garcia; IWAKURA, Cristiane; SARAI, Leandro. TECNOLOGIA, GOVERNO DIGITAL E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES. **Revista do Tribunal de Contas do estado do Rio de Janeiro**, v. 3, p. 34-45, 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda; GASPARI, Filipe Natal de. Raízes da Regulação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). **O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p.555-574.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003.

HELBING, Dirk. **The automation of society is next**: how to survive the digital revolution. Preprint version v0. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281348054_The_Automation_of_Society_is_Next_How_to_Survive_the_Digital_Revolution_Preprint_version_v0_for_comment_only_not_for_distribution/link/55e36cab08aede0b5733c1b7/download>. Acesso em 11 jan. 2021.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador? 2019. 194 f. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2019.

PICKCIUS, Raul Denis. AS NOVAS TECNOLOGIAS COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS CORTES DE CONTAS. **Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica)** – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2018.

PINTO, Pedro Duarte. Melhores resultados regulatórios no diálogo entre as agências reguladoras e o Tribunal de Contas da União. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, v.8, n.2, p.189-242, jul./dez. 2014.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SADDY, André. Perspectivas do Direito da Infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo Fonseca; SILVA, Priscilla Menezes da (Coord.). **Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.25-50.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, transferência de tecnologia e concorrência**: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Marco Antonio Vieira Da. Contribuição do Business Intelligence na Tomada de Decisão do Controle Externo no Tribunal de Contas da União. **Monografia (Bacharel em Administração)** – Universidade Federal do Maranhão, 2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o Direito Público**: reflexões em homenagem à Professor Lúcia Valle Figueiredo. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.59-68.

VALENTE, Patrícia Pessoa; MARTINS, Darcio Genicolo. TCU e regulação: Narciso acha feio o que não é espelho. **JOTA**. 28 out. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/tcu-regulacao-narciso-acha-feio-nao-espelho-28102020>. Acesso em: 20/01/2021.

CAPÍTULO 13

A ATIVIDADE MORTUÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL E SUA INDISPENSÁVEL REGULAÇÃO PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

Felipe Dalenogare Alves³²⁴

Andressa Ferreira de Campos Moleiro³²⁵

Tassiane de Fatima Moraes³²⁶

1. Introdução

Este capítulo apresenta o resultado de uma pesquisa, utilizando-se do método dedutivo para fins de abordagem e monográfico para o procedimento, acerca da regulação da atividade mortuária, tema pouco explorado no Brasil e que possui uma diversidade regulatória, tendo em vista constituir, como regra, incumbência do Ente local.

A morte, fenômeno inerente à condição humana, é acompanhada por um conjunto de práticas e rituais que refletem não apenas questões culturais e emocionais, mas também importantes implicações jurídicas. A atividade mortuária, essencialmente ligada ao respeito pela dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, encontra-se no centro de um debate significativo devido à sua natureza dual (serviço público ou atividade privada) e ao vácuo regulatório existente. Este trabalho visa explorar as facetas jurídicas dessa atividade tão delicada quanto necessária, buscando elucidar os contornos normativos e práticos que a envolvem.

O campo da atividade mortuária, por sua importância ética e social, exige uma análise crítica e aprofundada que contemple suas características intrínsecas, a natureza de sua execução - pública ou privada - e a forma como é regulada. Nesse contexto, a pesquisa se justifica pela

324 Pós-Doutor em Direito pela Università di Bologna. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador dos cursos de pós-graduação em Gestão Pública e Direito Administrativo e em Direito Municipal, ambos da Escola Mineira de Direito – EMD.

325 Advogada. Mestranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

326 Procuradora Legislativa e Advogada. Especialista em Direito Público e Privado, Direito Tributário e Gestão Pública Municipal. Mestre em Direito pela PUC/SP.

necessidade de esclarecimento de importantes pontos que cercam a problemática que a motiva, a qual encontra seu cerne na seguinte questão: qual a natureza jurídica da atividade mortuária e como é possível implementar sua regulação?

Objetivando-se encontrar resultados ao problema apresentado, este capítulo encontra-se estruturado em duas partes. Inicialmente, exploramos as características fundamentais da atividade mortuária e discutimos a controvérsia doutrinária acerca de sua natureza jurídica, para, em um segundo momento, examinamos os aspectos regulatórios que orientam e moldam a prestação desses serviços.

Este estudo não pretende esgotar o tema, mas sim contribuir para o aprofundamento das reflexões que emergem no contexto da atividade mortuária, proporcionando uma base para futuras investigações e aprimoramento normativo. Por meio deste exame, buscamos não apenas compreender melhor a atividade em si, mas também oferecer um panorama que auxilie na aplicação eficaz do sistema regulatório que a rege.

2. Características da Atividade Mortuária: serviço público ou atividade privada?

Assim como a vida, a morte requer um debate amplo e substancial no âmbito do direito. Nesse contexto, “atividade mortuária” abrange um conjunto de serviços, instalações e procedimentos relacionados ao tratamento e à preparação de corpos após a ocorrência da morte, bem como os rituais e procedimentos associados ao sepultamento ou cremação. Essas atividades são geralmente realizadas em estabelecimentos como as funerárias, crematórios ou cemitérios.

Inclui-se nas atividades principais realizadas em uma funerária, a preparação e conservação do corpo para o velório e funeral, o que pode incluir embalsamamento, higienização e arrumação; o fornecimento de serviços para o velório, que envolve a disponibilização de espaço para visitação, decoração e realização de cerimônias religiosas ou laicas; a organização e condução do transporte do corpo até o local de sepultamento ou cremação; e o fornecimento de assessoria e assistência aos familiares enlutados na organização do funeral. Além disso, essas entidades desempenham um papel crucial no apoio às famílias durante o processo de luto³²⁷.

327 PORTAL JURISTAS. **Significado de mortuária**. Disponível em: <https://juristas.com.br/foruns/topic/significado-de-mortuaria/>. Acesso em: 17 abr 2024.

Considerando que optamos por utilizar a expressão “atividade mortuária” como sinônimo de “atividade funerária”, destacamos que Meirelles explica que o serviço funerário é de competência municipal, configurando-se como uma atividade de interesse local essencial. As responsabilidades municipais, para o autor, por um viés restritivo, incluem a confecção de caixões, a organização de velórios, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. No entanto, aspectos como autópsia e exumação de cadáveres, relacionados ao processo penal, não estão abarcados na competência do Ente local. Aos Municípios compete a parte administrativa dos cemitérios e os serviços funerários propriamente ditos, para a prestação dos quais a Prefeitura pode cobrar a respectiva remuneração³²⁸.

O autor ainda ensina que os terrenos dos cemitérios municipais são bens do domínio público de uso especial, razão pela qual não podem ser alienados, mas podem ser concedidos aos particulares para as sepulturas, na forma do respectivo regulamento local, sendo essa concessão passível de revogação desde que ocorram motivos de interesse público ou seu titular descumpra as normas de utilização³²⁹.

De acordo com o STJ, a exploração de serviço funerário é um serviço público. Assim é vedado ao município, como regra, conceder ou permitir a prestação do mesmo sem prévia previsão legislativa e licitação (no caso das concessões e permissões), na forma do disposto no art. 175 da CF/1988³³⁰.

O Supremo Tribunal Federal, ao longo de três Constituições, estabilizou sua jurisprudência no sentido de completa inaplicabilidade do princípio constitucional de liberdade de iniciativa ao serviço funerário em relação a monopólios instituídos pelo Estado, o que repousa sobre o conceito de serviço público de interesse local. A Constituição Federal não define expressamente os serviços funerários como públicos ou não. O Supremo optou por determinação casuística. Da mesma forma, jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal

328 MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo. Malheiros, 2017.

329 MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo. Malheiros, 2017.

330 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 622.101-RJ**, Rel. Min. José Delgado, julgado em 20/4/2004.

de Justiça também concede ao serviço funerário o caráter de serviço público local³³¹.

A fim de que se elucide se a atividade mortuária pode ser vista como um serviço público ou uma atividade privada, é necessário que se compreenda a própria concepção de “serviço público”. Bandeira de Mello proporciona um marco teórico para entendê-lo, sob três dimensões: objetiva, relacionada à atividade ou função; subjetiva, referente ao organismo público ou aparelho do estatal; e formal, que se vincula ao regime de direito público.³³² Por outro lado, Grau define atividade econômica por exclusão, pois aquilo que não puder ser classificado como serviço público será, por consequência lógica, privado³³³.

Assim, é possível compreender o serviço público como “aquele prestado pela Administração (diretamente) ou por seus delegados (indiretamente) sob normas e controles estatais para a satisfação dos interesses da coletividade, sob o regime integral ou predominantemente de direito público”³³⁴.

Seguindo essa linha, a doutrina contemporânea apresenta quatro principais correntes em relação ao serviço público: *constitucionalista*, *legalista*, *essencialista* e *mista*, sendo cada uma sintetizada por Saddy³³⁵.

A corrente *constitucionalista* sustenta que o serviço público somente pode ser qualificado por opção político-constitucional, ou seja, se não há previsão na Constituição, a atividade pode ser prestada por particulares por força do princípio da livre iniciativa, fundamento da República e elemento basilar da Ordem Econômica Constitucional. Nesse contexto, a atividade mortuária, não sendo expressamente mencionada no texto constitucional, não seria classificada como serviço público³³⁶.

331 MIRANDA, Gabriel Mattioli de. **Serviços Funerários e livre iniciativa econômica** - Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP). Monografia. Orient.: Fabrício Antonio Cardim de Almeida. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2011.

332 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

333 GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

334 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraivajur. 2024.

335 SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. (coord.) **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

336 SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. (coord.) **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

Por sua vez, os defensores da corrente *legalista* argumentam que a definição de uma atividade como serviço público depende essencialmente de uma previsão legal explícita. De acordo com essa perspectiva, o Parlamento, representando a vontade soberana do povo, é a única entidade com autoridade para estabelecer tal designação por meio de legislação específica. No contexto da atividade mortuária, portanto, a classificação como serviço público exigiria uma lei clara que determinasse essa natureza, refletindo o reconhecimento formal e a decisão coletiva sobre a gestão dessa atividade essencial³³⁷.

Em contraste, a corrente *essencialista* vincula o serviço público à realização de uma função de relevante valor social, independentemente de estar prevista em lei ou na Constituição como serviço público. Assim, a atividade mortuária seria considerada serviço público se julgada de valor social relevante, baseando-se em uma avaliação substantiva de sua importância para a sociedade³³⁸.

Por outro lado, para a corrente *mista*, além do valor social, há a necessidade de determinação legal. No caso da atividade mortuária, seria um serviço público somente se considerada de relevante valor social e desde que haja lei³³⁹.

Galil se refere ao serviço funerário como uma colcha de retalhos, permeado por muitas atividades sobre as quais se estabelecem as discussões a respeito de sua natureza legítima ou não de serviço público³⁴⁰.

Como vimos acima, Meirelles, sob uma perspectiva restritiva, afirma que somente o serviço de confecção de caixões, organização de velórios e transporte de cadáveres são delegáveis pela Municipalidade, seja de forma exclusiva ou não, a particulares por meio de concessão ou

337 SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. (coord.) **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

338 SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. (coord.) **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

339 SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. (coord.) **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

340 GALIL, João Victor Tavares. Regulação funerária e prestação de atividades de velório e de tanatopraxia. In: SADDY, André (coord.). **Serviços Públicos Cemiteriais e Funerários**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

permissão. Isso não afasta a possibilidade do Município poder realizá-las por suas repartições, autarquias, fundações ou empresas estatais. Para o autor, a administração de cemitérios, embora competência municipal, seria indelegável.³⁴¹

Observa-se, entretanto, que atualmente há várias sub-atividades envolvidas dentro da atividade mortuária, as quais, em um contexto de racionalização estatal (marcado pela substituição da execução direta pela delegada) não podem ficar cingidas à execução exclusiva pelo Ente local. Em outras palavras, significa dizer que, nos dias de hoje, não se pode manter a indelegabilidade de atividades como a administração cemiterial. De igual modo, é inconcebível manter, centralizada no Estado, atividades como a cremação ou preparação de cadáveres para as atividades fúnebres.

Embora a Constituição Federal de 1988 não especifique a atividade mortuária como serviço público, podemos mencionar que a lei de greve – Lei nº 7.783/89, ao elencar os serviços ou atividades essenciais, no art. 10, inciso IV, identifica os serviços funerários como essenciais. Por conseguinte, “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, conforme determinado pelo art. 11 dessa Lei, sob pena de se colocar em risco a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

No entanto, a falta de uma definição explícita no texto constitucional deixa margem para interpretações diversas. Assim, a classificação dessa atividade como serviço público ou privado varia conforme a perspectiva interpretativa adotada, levando a consequências jurídicas significativas. Não obstante, compreendemos tratar-se de serviço público essencial e passível de delegação, por meio de autorização, permissão ou concessão³⁴².

Encerrando esta seção, ressaltamos que a titularidade do serviço público permanecerá concentrada na municipalidade, a qual deverá exercer a regulação da atividade executória delegada aos particulares.

341 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo. Malheiros, 2017. Vale ressaltar que João Victor Tavares Galil critica essa afirmação de Hely. Regulação funerária e prestação de atividades de velório e de tanatopraxia. In: SADDY, André (coord.). **Serviços Públicos Cemiteriais e Funerários**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

342 Corroboramos nosso entendimento, de que se trata de um serviço público e de natureza essencial, o Acórdão nº 1133811, do TJDF, Relator Des. HECTOR VALVERDE, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 30/10/2018, publicado no DJe: 9/11/2018.

Essa regulação, decorrente do poder de polícia administrativa, será objeto de análise na seção a seguir.

3. A Regulação da Atividade Mortuária e o Exercício do Poder de Polícia Mortuária Municipal

A atividade regulatória é, juntamente com a ação normativa, um dos componentes da função interventiva estatal na economia e possui fundamento constitucional no art. 174 da Constituição. Para tanto, o Estado possui o dever constitucional de fiscalização, incentivo e planejamento.

Veja-se que o propósito essencial da regulação é, como apontam Cabral e Sarai, “buscar melhorar o que está sendo regulado, de modo que ela só se justifica quando sua implementação tiver o condão de propiciar um melhor atingimento dos fins constitucionais do que ocorreria se simplesmente deixasse a sociedade sem intervenção regulatória”³⁴³.

Sob essa perspectiva, compreendemos que a atividade mortuária não pode ser livremente exercida, ficando o Estado alheio a sua livre exploração pela iniciativa privada, por constituir não só um serviço público essencial, mas uma atividade sensível. Para ilustrar de modo claro, o leitor deve compreender que crematórios, funerárias e cemitérios, sem regulação estatal, podem se tornar verdadeiros “sumidouros de cadáveres”.

Compreendemos que a regulação deveria ocorrer por intermédio de uma autarquia especial, com autonomia técnica e financeira, sem subordinação à Administração Direta do município criador. Alguns entes locais já possuem uma agência reguladora de seus serviços públicos delegados, a qual geralmente abrange todos os setores (diferentemente da União, que possui agências específicas, para diferentes áreas reguladas).

A realidade, entretanto, não é essa. O que se põe atualmente é a inexistência de agências com papel regulador nos entes municipais, com o exercício dessa atividade de modo espalhado, em diferentes órgãos da Administração Municipal, conforme suas competências materiais (como as secretarias municipais de saúde, meio ambiente e urbanização). Assim, não obstante a inexistência de uma agência autárquica reguladora, não se

343 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 669.

pode perder de vista o dever desses diferentes órgãos municipais exercerem todas as funções inerentes ao papel regulador, ainda que segregado.

É pertinente destacar que não se descarta a possibilidade do exercício da regulação da atividade mortuária por uma empresa pública ou sociedade de economia mista (autárquicas). Isso porque, até o julgamento pelo STF, do paradigmático caso BH Trans, em 23 de outubro de 2020, o RE nº 633782, em que o Supremo fixou tese de repercussão geral no sentido de que “é constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial”, entendia-se que apenas os atos materiais (sem poder decisório) poderiam ser desempenhados por pessoa jurídica de direito privado.

No entanto, a partir dessa decisão, é possível que o ato decisório (a exemplo do ato sancionador) também seja realizado por uma empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta), se atendidas as condições descritas na tese acima. No caso das sociedades de economia mista, compreendemos que deve possuir capital social fechado e a parte minoritária privada deve ser de outras empresas públicas ou sociedades de economia mista que atuem em regime não concorrencial e de capital também fechado³⁴⁴.

Não se descarta a possibilidade de uma agência reguladora sob a forma empresarial, uma vez que, mesmo que a Lei nº 13.848/2019 preveja, em seu art. 2º, parágrafo único, que as agências reguladoras serão autarquias com natureza especial, compreendemos que a norma é específica para a União, diante da inexistência de competência legislativa privativa deste Ente para a matéria. Elas constituirão, na prática, empresas autárquicas, como tem denominado o próprio STF³⁴⁵.

344 Como exemplo, pode-se mencionar a própria formação acionária da BH Trans, analisada pelo STF, a qual é sociedade de economia mista dependente e de capital fechado. Foi criada em 1991, mediante autorização concedida pela Lei Municipal n. 5.953, de Belo Horizonte, cujo capital social é composto de 98% de ações do Município de Belo Horizonte, Superintendência de Desenvolvimento da Capital (SUDECAP), autarquia municipal e 1% da Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte S/A (PRODABEL), que é sociedade de economia mista dependente e de capital fechado (ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 13).

345 A respeito das empresas autárquicas, ver seção específica em: ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 27.

Enfim, a atividade regulatória, nesta seara, independentemente de ser exercida diretamente pelo Município por seus órgãos, por uma autarquia ou por empresas públicas ou sociedades de economia mista autárquicas, a nosso ver, deve compreender quatro ciclos do *poder de polícia mortuária municipal*: a ordem de polícia, o consentimento, a fiscalização e a sanção³⁴⁶.

O primeiro, da *ordem de polícia*, está relacionado ao próprio princípio da legalidade, ou seja, só haverá regulação estatal decorrente de lei, por força do próprio art. 5º, inciso II, da CF/1988. Assim, a ordem de polícia (lei municipal) deverá estabelecer a submissão do objeto (atividade mortuária) ao poder de polícia, os requisitos para consentimento, as condições para seu desenvolvimento e a manutenção do consentimento, como se dará e quem realizará a fiscalização da atividade consentida, bem como quais são as sanções e quem as aplicará³⁴⁷.

A Administração (diretamente ou por suas agências reguladoras) participará desse ciclo de modo secundário, com a edição de atos normativos, derivados da norma primária, a exemplo das resoluções das agências reguladoras e dos conselhos municipais. Essa participação secundária, a nosso ver, não pode inovar na área jurídica, bastando-se a regulamentar a norma policial primária³⁴⁸.

O ciclo do *consentimento*, por sua vez, se dará com a autorização, permissão ou concessão do exercício das diferentes atividades mortuárias, a exemplo da instalação e funcionamento de funerárias, crematórios e cemitérios. A ordem de polícia (lei) definirá qual modalidade de delegação ocorrerá no âmbito do respectivo ente local. É possível que determinada atividade, como o estabelecimento de uma funerária, se dê por mera autorização, enquanto a instalação de um cemitério ocorra por concessão³⁴⁹.

Compreendemos que o consentimento para a atividade mortuária é discricionário e dependerá de conveniência e oportunidade à luz do interesse público. Significa dizer que incumbe ao município analisar, se, em sua realidade, as atividades serão autorizadas, permitidas ou delegadas em caráter de exclusividade ou não, podendo, inclusive, limitar o quantitativo de particulares que a exercerão, considerando inúmeros fatores, como o número de habitantes a serem atendidos.

346 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 137.

347 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 137.

348 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 137.

349 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 137.

Obtido o consentimento, o particular estará sujeito à terceira etapa do poder de polícia, a *fiscalização estatal*³⁵⁰. Como dito acima, trata-se de uma atividade sensível e que deve ser constantemente fiscalizada pelo poder público. Seu mau exercício, como a utilização do sistema mortuário pelo crime organizado, pode se constituir em verdadeira ferramenta a seu serviço, principalmente para o desaparecimento de pessoas ou de restos mortais, trocas de cadáveres, sepultamentos ou cremações sem origem lícita.

Como último ciclo, teremos o *ciclo sancionador*³⁵¹. Neste, descumpridas as condições para o exercício da atividade mortuária, o particular que a executa estará sujeito às sanções previstas na ordem de polícia (na lei municipal), que pode variar desde uma advertência até à extinção do consentimento, sem prejuízo das medidas decorrentes do dever (poder) geral de cautela administrativo, como a interdição do estabelecimento e a suspensão do exercício da atividade³⁵².

Assim, como exemplo, a fim de ilustrar o exercício da atividade regulatória mortuária municipal, imaginemos a instalação e funcionamento de um crematório em um pequeno município, com o desenvolvimento dos ciclos acima. Inicialmente, o Ente deve estabelecer a ordem regulatória, firmando, em lei local, as condições e os requisitos para o exercício da atividade (se ocorrerá em regime de exclusividade ou não), a forma de consentimento (autorização, permissão ou concessão), quem realizará a fiscalização, quais são as sanções e quem as aplicará.

Concedido o exercício, realizará a constante fiscalização desse crematório, em conformidade com a lei municipal e demais atos infralegais produzidos no âmbito da regulação da atividade (como resoluções das agências reguladoras locais). Havendo infração à ordem regulatória, deve ser instaurado o devido processo legal sancionador, com a concessão de ampla defesa e contraditório, com a correspondente aplicação da sanção administrativa legalmente prevista.

Constitui-se, pois, a regulação da atividade mortuária, indispensável para a prestação adequada desse serviço público essencial, que deve ser desempenhada pelo Ente municipal, no exercício do seu poder de polícia,

350 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 138.

351 ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 138.

352 A respeito do Poder de cautela administrativo, ver: CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

constituindo-se um permanente desafio, ante a sua precariedade (e até inexistência) na maioria dos municípios brasileiros.

4. Conclusões

Como é cediço, ao longo da história, muito se debruçou sobre o tema da regulação e suas nuances nas atividades estatais, devido à sua complexidade e ao seu impacto significativo na gestão pública. Neste trabalho, adota-se um recorte metodológico específico, direcionado na regulação da atividade mortuária. Destarte, em face das análises realizadas no presente ensaio, algumas considerações são passíveis de serem identificadas o que será feito a seguir.

Premissas importantes foram estabelecidas. A atividade mortuária pode ser entendida como toda a assistência prestada com relação ao falecimento, que vai desde a preparação e conservação do corpo do falecido; o fornecimento de serviços de velório; organização e condução do transporte do corpo; e a assessoria e assistência aos familiares enlutados na organização do funeral, até o sepultamento ou cremação.

Explorou-se consequências conceituais relevantes sobre a atividade mortuária, serviços públicos e privados para que fosse possível identificar algumas implicações práticas dessa categorização para a organização dos municípios na regulação de tais serviços.

Firmamos, em sede conclusiva, nosso entendimento de que a atividade mortuária é um serviço público essencial, de incumbência dos municípios, o qual pode ser por estes executado diretamente ou por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão (sob regulação do Ente local).

À luz dessas reflexões, é evidente que a regulação da atividade mortuária requer uma abordagem cuidadosa e equilibrada, que leve em consideração não apenas os aspectos legais e administrativos, mas também os valores éticos e sociais envolvidos, respeitando os direitos dos cidadãos e a dignidade dos falecidos.

Por fim, concluímos que, dentre os resultados encontrados ao problema que motivou a pesquisa, pode-se visualizar que a natureza jurídica da atividade mortuária é de serviço público essencial e a implementação da regulação desta atividade deve se dar no âmbito municipal, através de agências reguladoras ou outros órgãos ou entidades que centralizem as etapas do poder de polícia mortuária.

5. Referências

ALVES. Felipe Dalenogare. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.783**, de 28 de junho de 1989, dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.848**, de 25 de junho de 2019, dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 633.782 (Tema 532)**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 23 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 622.101-RJ**, Rel. Min. José Delgado, julgado em 20/4/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão nº 1133811**. Relator Des. HECTOR VALVERDE, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 30/10/2018, publicado no DJe: 9/11/2018

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2023.

GALIL. João Victor Tavares. Regulação funerária e prestação de atividades de velório e de tanatopraxia. In: SADDY, André (coord.). **Serviços Públicos Cemiteriais e Funerários**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 18. ed. atualizada por Giovani da Silva Corralo. São Paulo. Malheiros, 2017.

MIRANDA. Gabriel Mattioli de. **Serviços Funerários e livre iniciativa econômica - Perspectiva jurisprudencial (STF/STJ/TJSP)**. Monografia. Orient.: Fabrício Antônio Cardim de Almeida. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. 2011.

PORTAL JURISTAS. **Significado de mortuária**. Disponível em: <https://juristas.com.br/foruns/topic/significado-de-mortuaria/>. Acesso em: 17 abr 2023.

SADDY, André. Serviço público de transporte aquaviário de passageiros: uma análise focada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. In: Coord. SADDY, A; CHAUVET, R. **Aspectos Jurídicos do Transporte Aquaviário de Passageiros**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2016.

CAPÍTULO 14

OS CONTRATOS DE LONGO PRAZO E A REFORMA TRIBUTÁRIA

Ana Carolina Ali Garcia³⁵³

1. Introdução

A Reforma Tributária sinaliza um pacto institucional em prol do desenvolvimento dos negócios no País, a partir das premissas de melhoria do ambiente regulatório para trazer segurança jurídica e investimentos, com simplificação e uniformidade da legislação, justiça tributária, transparência do sistema jurídico e cooperação e integração entre os entes federados.

A aprovação da Emenda Constitucional 132, no fim de dezembro de 2023, trouxe importantes e relevantes mudanças na tributação, especialmente no imposto sobre consumo e na sua forma de cálculo. As alterações acabam por impactarem diretamente na formação de preço – a ser pago ou recebido – e, portanto, nos contratos já celebrados e futuros.

A partir de 2024 os entes deverão exercer uma nova matriz competencial estabelecida da seguinte forma: competência exclusiva da União para a instituição da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e competência compartilhada por Estados e Municípios para a instituição do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), tributos estes que deverão ser definitivamente implementados até 2027 e 2033, respectivamente, quando passarão a ser cobrados de forma única.

A transição para a unificação dos impostos – IBS e CBS – levará sete anos, de 2026 a 2032, com a extinção integral dos impostos atuais em 2033: IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS. Durante este período, a CBS federal

353 Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). *Master of Business Administration* em Parcerias Público-Privadas e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP). Secretária-Geral do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados/DF e Relatora da Reforma Tributária no Colegiado. Membro do Grupo de Assessoramento Jurídico PAT-RTC e GT Procuradorias na Reforma.

terá inicialmente uma alíquota de 0,9% em 2026 e o IBS estadual e municipal de 0,1%.

Em 2027, PIS e Cofins serão extintos e o IPI reduzido a zero. Em 2029, começará a redução gradual de ICMS e ISS, enquanto as alíquotas do IBS aumentarão para compensar a perda de arrecadação, encerrando em 2032. Em 2033, como acima anunciado, a extinção total desses atuais tributos.

O impacto da Reforma Tributária no federalismo fiscal passa por dois tipos de mudanças: (i) competência tributária dos entes subnacionais e (ii) regras de participação nas receitas tributárias. E essas são as principais características do Estado Federal.

A Constituição Federal (CF) incorporou mecanismos próprios de um modelo voltado à cooperação que não podem ser ignorados em um País de inequívoca dimensão continental e permeado por desigualdades regionais.

Caberá ao Congresso Nacional definir como será o efetivo exercício da competência de cada ente na constituição dos novos tributos CBS, IBS e, futuramente, do Imposto Seletivo, criados, estes, a partir da unificação de cinco outros: ICMS, ISS, IPI, PIS e Cofins, até então corolários do exercício competencial tributário exclusivo dos níveis estadual, municipal e federal, respectivamente.

Em que medida a ampliação e a centralização de competência legislativa tributária nas mãos do legislador nacional tolherá a autonomia dos Estados para execução de suas políticas públicas?

As medidas de mitigação econômica (Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional e o Fundo de Compensação de Benefícios Fiscais) compensarão a perda de autonomia?

O que verdadeiramente significará o compartilhamento de competência relativo ao IBS?

Ainda estamos longe de construirmos respostas precisas para uma série de indagações que são muito caras para diagnosticarmos o impacto da EC132/2023³⁵⁴ no federalismo brasileiro.

354 BRASIL. Constituição (1988). **Emenda à Constituição nº 132**, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Senado Federal e Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

Interessa-nos o exame do impacto desse rearranjo de competências tributárias no reequilíbrio dos contratos de longo prazo. Não restam dúvidas que a matéria impactará o Poder Público e as empresas de infraestrutura, com reflexos sobre a regulação e o contencioso administrativo e tributário.

2. O Rearranjo de Competências Tributárias e os Contratos de Longo Prazo Vigentes

Nosso foco não serão os contratos futuros ou em fase de negociação primária, muito embora entendamos que a Reforma Tributária impacte a avaliação e a negociação desses ajustes como acima afirmado. Em relação a esses as partes já dispõem de elementos para se protegerem dos impactos do poder constituinte reformador ao celebrarem essas avenças, ainda que pendente de regulamentação a EC 132/2023.

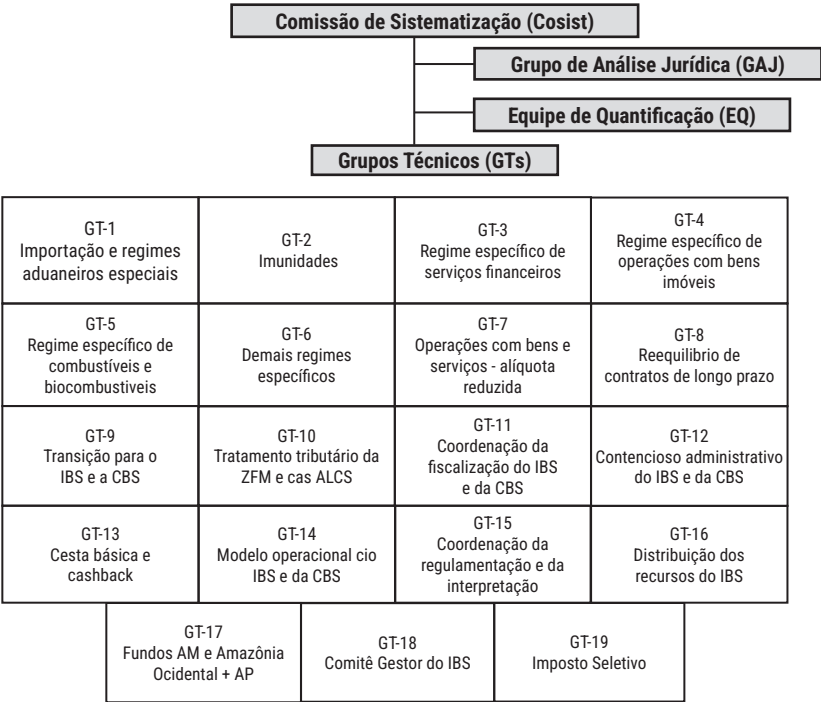
Quanto ao objeto da nossa análise, os contratos de longo prazo vigentes, temos o seguinte: os cálculos dos tributos incidentes, que vêm sendo realizados com base na legislação até então em vigor, passarão a sofrer os reflexos das regras de transição preambularmente anunciadas e, ao final, serão regrados pelas novas disposições constitucionais e legais tributárias.

As chances de um desequilíbrio entre os valores orçados e o que será recolhido são potenciais, já que a capacidade de repassar os custos é limitada, causando distorções nas relações inicialmente acordadas. Nesse cenário, surge no País o movimento de revisão contratual visando a mitigar os impactos da reforma da tributação sobre o consumo.

O Ministério da Fazenda, por intermédio da Portaria MF nº 34, de 11 de janeiro de 2024, instituiu o Programa de Assessoramento Técnico à Implementação da Reforma da Tributação sobre o Consumo (PAT-RTC), com a finalidade de subsidiar a elaboração dos anteprojetos de lei decorrentes da Reforma Tributária, objeto da Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023.

O mencionado Programa foi composto pelas seguintes instâncias: Comissão de Sistematização, Grupo de Análise Jurídica e Grupos Técnicos, que contaram com o apoio da Secretaria Extraordinária da Reforma Tributária da Fazenda.

A imagem a seguir reproduz a estrutura do PAT-RTC³⁵⁵:



Para ilustrar a importância da revisão dos contratos, dentre os 19 Grupos Técnicos constituídos para discutir as leis complementares, destacamos o GT-08 que discutiu o “reequilíbrio de contratos de longo prazo”, contribuindo para a construção do anteprojeto de regulamentação da matéria.

3. O Reequilíbrio Contratual na EC 132/2023 e sua Regulamentação

Ao propormos a reflexão sobre o reequilíbrio contratual na EC 132/2023 e sua regulamentação, faz-se oportuno mobilizarmos noções basilares de regulamentação, conceito e finalidade do equilíbrio econômico-financeiro, a fim de contextualizarmos o atual movimento de revisão contratual e avançarmos entendimentos da pauta em análise.

355 Instâncias do PAT-RTC.Ministério da Fazenda. Programa de Assessoramento Técnico à Implementação da Reforma da Tributação sobre o Consumo (PAT-RTC). Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/reforma-tributaria/regulamentacao>. Acesso em: 27 maio 2024.

O equilíbrio econômico-financeiro é um direito previsto no inc. XXI do artigo 37 da Constituição Federal Brasileira de 1988. Ele garante que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta”³⁵⁶. Além disso, esse direito também é assegurado pela Nova Lei de Licitações³⁵⁷.

O reconhecimento desse direito impôs fecundo objeto de estudo para doutrinadores constituírem conceito, definição e finalidade atinentes à temática:

- a) é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração, para a justa remuneração do seu objetivo³⁵⁸;
- b) o equilíbrio econômico-financeiro significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção está fixada no momento da celebração do contrato. Diz respeito às chamadas cláusulas contratuais, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes, sobretudo, à remuneração do contratado³⁵⁹;
- c) equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá³⁶⁰;
- d) a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um elemento essencial do regime jurídico dos contratos administrativos. Por qualquer ângulo que se considere o assunto, resulta sempre que a estabilidade da equação econômico-financeira é requisito insuprimível do contrato administrativo e que sua falta chocar-se-ia contra princípios e normas de direito cujo desatendimento seria gravoso para o próprio interesse público que preside tais vínculos³⁶¹;
- e) equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o

356 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 2016, p. 38. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 3 jun. 2024.

357 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

358 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

359 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 219.

360 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 660.

361 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 214.

administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste³⁶²; e

f) o equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal (art. 37, XXI), consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento do bem, execução de obra ou prestação de serviço³⁶³.

O tema está alinhado ao artigo 21 da EC 132/2023, que assim dispõe: “Lei complementar poderá estabelecer instrumentos de ajustes nos contratos firmados anteriormente à entrada em vigor das leis instituidoras dos tributos de que tratam o art. 156-A e o art. 195, V, da Constituição Federal, inclusive concessões públicas”.

O primeiro projeto de lei complementar objetivando regulamentar a EC 132/2023 já foi apresentado ao Congresso Nacional. Trata-se do PLP 68, de 25 de abril de 2024, disciplinando a incidência da CBSe do IBS.

O Capítulo IV do Título VIII do PLP 68/24 visa a reger os instrumentos de ajuste aos contratos administrativos já existentes diante do novo Sistema Tributário, buscando assegurar que as mudanças não impactem negativamente qualquer das partes.

Nesse contexto, o projeto de lei orienta a renegociação e os ajustes aos contratos vigentes ante as alterações na carga tributária, a fim de manter a viabilidade econômica dos negócios jurídicos.

O tema está disciplinado nos artigos 362 a 366 do projeto de lei apresentado, cujo foco são os contratos firmados com o Poder Público, de qualquer nível federativo, alcançando as concessões de serviço ou de obras públicas.

Já os contratos privados estarão sujeitos às disposições da legislação específica (§2º do artigo 362). Inviável para esses a imposição

362 QALINE, Marcel. *Droit administratif*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1963, p. 575 apud SANTOS, José dos; CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

363 SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual didático de direito administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 840.

genérica de tratamento legal ante as diferentes consequências que podem advir da Reforma Tributária, sendo imperioso assegurar a autonomia da vontade e os instrumentos já existentes no Direito Privado, com diretrizes baseadas na boa-fé contratual e no princípio da continuidade dos contratos.

Feita a diferenciação do alcance das normas a partir da natureza do contrato, público ou privado, passaremos a destrinchar o teor dos dispositivos constantes do projeto de lei em análise pelo Congresso Nacional.

De acordo com o artigo 363, os contratos vigentes na data da entrada em vigor da lei complementar, celebrados pela Administração Pública direta ou indireta da União e dos entes subnacionais – incluídas as concessões públicas – serão ajustados se comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da “alteração da carga tributária efetiva” suportada pela contratada em face da instituição do IBS e da CBS.

As regras de reequilíbrio aqui tratadas incidirão mesmo nos contratos que possuam matriz de risco a respeito de impactos tributários supervenientes (§2º do artigo 363).

A determinação da carga tributária efetiva referente aos referidos tributos a ser suportada pela contratada deverá considerar, inclusive, quatro aspectos (§1º do artigo 363):

- a. os efeitos da não cumulatividade nas aquisições e nos custos incorridos pela contratada (regras de apuração de créditos e de determinação da base de cálculo – cálculo “por fora”);
- b. a possibilidade de repasse a terceiros, pela contratada, do encargo financeiro-tributário;
- c. os impactos decorrentes da alteração dos tributos no período de transição trazido pela EC 132/2023 (artigos 125 a 133 do ADCT); e
- d. os benefícios ou os incentivos fiscais ou financeiros da contratada.

Como se observa, os requisitos constantes nas alíneas “c” e “d” acima não são permanentes, já que tratam de regras incidentes no período de transição e do regime de benefícios fiscais que têm prazo certo de permanência no sistema.

A Administração Pública deverá proceder à revisão de ofício caso haja redução da carga tributária efetiva suportada pela contratada, situação essa que nos parece difícil de ocorrer (artigo 364).

Já a contratada poderá, durante o período de transição de que tratam os artigos 125 a 133 do ADCT, observada a vigência do contrato e desde que previamente à eventual prorrogação, pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro –a cada nova alteração tributária que ocasione o desequilíbrio e mediante apresentação de cálculos –por intermédio dos seguintes caminhos (artigo 365):

- e. revisão dos valores contratados;
- f. compensações financeiras, ajustes tarifários, aporte de recursos ou contraprestação pecuniária;
- g. renegociação de prazos e condições de entrega de bens ou prestação de serviços;
- h. variação (elevação ou redução) dos valores devidos à administração pública, inclusive direitos de outorga;
- i. transferência de custos ou encargos de uma das partes à outra; e
- j. outros métodos considerados aceitáveis pelas partes.

O pedido da contratada terá tramitação prioritária e deverá ser decidido em até 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, se necessária instrução probatória suplementar, hipótese na qual referido prazo ficará suspenso (§1º do artigo 365).

De fato, os processos de reequilíbrio financeiro dos contratos afetados pela Reforma Tributária precisam ter tratamento prioritário e a proposta de regulamentação acerta nessa premissa, bem como em outro aspecto de suma importância: o estabelecimento de prazo para o início e o fim dos processos de reequilíbrio, trazendo rapidez ao fluxo processual e estimulando, com isso, a adesão desses processos pelas agências reguladoras.

Nos termos do PLP 68/24 em tramitação, o órgão ou a entidade da Administração Pública com competência para decidir acerca dos pedidos de reequilíbrio também terá poderes para regulamentar a forma de apresentação dos mesmos e a metodologia dos cálculos para demonstração do desequilíbrio (§2º do artigo 365).

Do rito acima discriminado, resta claro que competirá às empresas realizarem a análise dos impactos tributários em suas operações contratuais e mensurarem os custos financeiros para, então, postularem reequilíbrio econômico do contrato, instruído com documentação comprobatória, cujas planilhas, no âmbito do contraditório, poderão ser contestadas pela Administração Pública.

4. O Contencioso a ser Instaurado Acerca do Reequilíbrio Contratual

O direito ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato na hipótese de edição de ato geral estatal posterior ao contrato e, portanto, imprevisível, que torne mais onerosa a obrigação da contratada, em suposta violação ao inc. XXI do artigo 37 da CF, que determina a manutenção “das condições efetivas da proposta”³⁶⁴ já foi analisado em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A pretexto, colha-se julgado sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FATO DO PRÍNCIPE. DESEQUILÍBRIO DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Os fundamentos apontados no recurso não são aptos a alterar a conclusão da decisão agravada. 2. Conforme já reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade ao ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato (RE 571.969/DF, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia). 3. Caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, é desnecessário perquirir acerca de sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes. 4. Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 10% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo regimental a que se nega provimento³⁶⁵.

A jurisprudência do STF caminha no sentido de que o equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do artigo 37, XXI, da CF, é matéria constitucional e o enriquecimento sem causa da Administração viola o princípio da moralidade administrativa (CF, artigo 37, caput). Assim, caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, decorrente de nova e imprevisível incidência tributária, torna-se desnecessário

364 *Ibidem*.

365 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **RE 902910 AgR** / RJ - RIO DE JANEIRO, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 06/11/2018. Publicação: 19/11/2018, p. 1 de 9. Órgão julgador, DJe-244 DIVULG 16-11-2018 PUBLIC 19-11-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpab/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675911>. Acesso em: 4 jun. 2024.

investigar sua onerosidade excessiva para justificar a reparação dos danos daí decorrentes.

Importante ao debate rememorar, ainda, o entendimento do STF no bojo do RE nº 571.969³⁶⁶, que reconheceu que “a norma constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo derivada do princípio da segurança jurídica, busca conferir estabilidade àquele ajuste, garantindo à contratada viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes que motivaram a celebração do contrato”³⁶⁷.

Na hipótese de um contencioso instaurado com a Administração Pública acerca do reequilíbrio contratual, possíveis reflexos como a paralisação de obras e serviços e, com isso, a incidência das multas contratuais que desaguarão no judiciário ou no juízo arbitral, impactando a execução dos contratos administrativos.

No texto da EC 132/2023 identificamos uma tentativa de sistematização e de racionalização do contencioso tributário referente à tributação sobre o consumo. Vejamos.

O artigo 156-B da CF cria o Comitê Gestor, com competência para arrecadar o IBS, distribuir o produto da sua arrecadação e decidir o contencioso administrativo. O § 7º do referido dispositivo constitucional prevê a faculdade na adoção de soluções integradas para arrecadação do IBS e da CBS e seu §8º trata da possibilidade de implementação, por lei complementar, da integração do contencioso administrativo referente a ambos os tributos.

Deliberou-se pelo estímulo a um ambiente de colaboração via sistematização e racionalização do contencioso administrativo tributário.

A estruturação do contencioso administrativo do IBS depende da regulamentação pelo legislador complementar (e se provoca: será tão ampla assim essa liberdade?).

A empresa contratada, amparada no princípio da neutralidade desses novos tributos (artigo 156-A da CF), poderá vir a litigar em juízo não apenas com a Administração Pública dos entes subnacionais, mas com a União em razão da CBS e, quiçá, com o próprio Comitê Gestor a depender da

366 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1º turma). **RE 571969** / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 12/03/2014, Publicação: 18/09/2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>. Acesso em: 4 jun. 2024.

367 *Ibidem*.

disciplina que se vier a dar à parte processual da Reforma Tributária, ainda pendente de definição.

Resta a lição de que a simplificação do sistema tributário nacional depende de um debate público que envolva as competências jurisdicionais.

5. Conclusões

Dentre os objetivos voltados ao aperfeiçoamento do sistema tributário brasileiro e os valores a serem perseguidos, destacamos, pela pertinência à matéria em análise, o da simplicidade (segurança jurídica e uniformidade do contencioso administrativo e judicial) e da cooperação (não há que se falar nesse princípio sem termos de parceria entre os entes ou, em segunda análise, de transação).

É preciso um debate qualificado, envolvendo o Poder Público, a iniciativa privada e os juristas, acerca dos impactos que a Reforma Tributária trará ao setor de infraestrutura de modo a evitar a descontinuidade da prestação dos serviços públicos e endereçar as discussões jurídicas de reequilíbrio contratual em negócios de infraestrutura privada.

A saída aos desafios da infraestrutura passa por conferir na regulamentação da Reforma Tributária um regramento mínimo que mitigue riscos, confira previsibilidade para os atuais contratos e desenhe o processamento dos reequilíbrios que já são assegurados pelo ordenamento.

Final, não há dúvida sobre o desequilíbrio que será gerado, mas sobram questões atinentes ao seu processamento, rito e momento de pagamento.

A proposição de regulamentação da EC 132/2023 em tramitação no Congresso Nacional – PLP 68/24 – externa a preocupação em se estabelecer procedimento célere e transparente para endereçar os impactos da Reforma Tributária aos contratos com a Administração Pública.

O referido projeto de lei confere aos pedidos de reequilíbrio tramitação prioritária e regras objetivas, com pré-definição dos meios pelo qual o desequilíbrio pode ser sanado, prazo certo para decisão e entrega do poder regulamentar à Administração Pública.

O que se observa é que a medida apresenta mecanismos para a adequação dos contratos existentes às novas regras tributárias, contribuindo para a mitigação de controvérsias e para a continuidade das atividades econômicas, pontos essenciais para o desenvolvimento do País.

Será necessário observar questões relativas à insegurança jurídica que afetam a atratividade e elevam o custo Brasil, além de considerar que o sistema tradicional de solução de conflitos – acesso ao Poder Judiciário – tem se mostrado saturado e insuficiente para a pacificação das controvérsias. A busca de meios adequados que não envolvam a judicialização é um caminho a se perseguir.

Para antecipar etapas, as empresas que possuem contratos dessa natureza com o Poder Público, direta ou indiretamente, devem iniciar a análise de custos e produção de documentos que serão essenciais à negociação do reequilíbrio econômico, mesmo durante o prazo de carência e o de implantação do novo regime tributário.

Para a tentativa de manutenção do equilíbrio do contrato e das finanças da empresa que paga ou recebe o preço e, conseqüentemente, recolhe tributos, imperioso será, inicialmente, entender e materializar os reflexos da Reforma Tributária no contrato celebrado. Somado a isso, acompanhar e debater as atualizações normativas sobre o tema, sobretudo a regulamentação do artigo 21 da Emenda Constitucional nº 132, de 2023.

6. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda à Constituição nº 132**, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Senado Federal e Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 68, de 2024**. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços - IBS, a Contribuição Social sobre Bens e Serviços - CBS e o Imposto Seletivo - IS e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: [HTTPS://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/PROJETOS/ATO_2023_2026/2024/PLP/plp068.htm#:~:text=plp068&text=Institui%20o%20Imposto%20sobre%20Bens,IS%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Il%20%2D%20a%20Contribui%C3%A7%C3%A3o%20Social%20sobre,inciso%20V%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/PROJETOS/ATO_2023_2026/2024/PLP/plp068.htm#:~:text=plp068&text=Institui%20o%20Imposto%20sobre%20Bens,IS%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Il%20%2D%20a%20Contribui%C3%A7%C3%A3o%20Social%20sobre,inciso%20V%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal). Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1º turma). **RE 571969** / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 12/03/2014, Publicação: 18/09/2014. Órgão julgador: Tribunal Pleno Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1º turma). **RE 902910 AgR/RJ** - RIO DE JANEIRO, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 06/11/2018. Publicação: 19/11/2018, p. 1 de 9. Órgão julgador, DJe-244 DIVULG 16-11-2018 PUBLIC 19-11-2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748675911>. Acesso em: 4 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. **A Reforma do Sistema Tributário Nacional sob a perspectiva do construtivismo lógico-semântico**. O texto da Emenda Constitucional 132/2023. Coedição IBET. Editora e Livraria Noeses: 688 p.

FIGUEIREDO, Elisa Junqueira. **Equilíbrio contratual na Reforma Tributária**. Migalhas. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/400827/equilibrio-contratual-na-reforma-tributaria>. Acesso em: 5 maio 2024.

MATTOS FILHO. **Reforma Tributária e o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos**. Entrevistados: Henrique Silveira e Luiz Felipe Ferraz. 14 maio 2024. Podcast. Disponível em: <https://www.mattosfilho.com.br/unico/reforma-contratos-administrativos/>. Acesso em: 20 maio 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

QALINE, Marcel. **Droit administratif**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1963.

SAIZAKI, Andressa. **Impactos da Reforma do Imposto de Renda nos contratos de concessão**: Como o Projeto de Lei da Reforma Tributária pode impactar o mercado de concessão de serviços públicos. Vernalha Pereira. 14 out. 2021. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/impactos-da-reforma-do-imposto-de-renda-nos-contratos-de-concessao/>. Acesso em: 16 abr. 2024.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual didático de direito administrativo**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ZENITE. **STF: nova e imprevisível incidência tributária impõe o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**. Blog Zenite. 25 mar. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/stf-nova-e-imprevisivel-incidencia-tributaria-impoe-o-reequilibrio-economico-financeiro-do-contrato/>. Acesso em: 3 abr. 2024.

CAPÍTULO 15

A REGULAÇÃO ESTATAL: ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E SEUS LIMITES

Bradson Camelo³⁶⁸
Flávio Garcia Cabral³⁶⁹

1. Introdução

Este texto busca explorar as raízes e as ramificações da dinâmica complexa entre as falhas de mercado e as falhas de governo, visando oferecer um entendimento mais profundo sobre a arte de regular. Em geral, a melhor forma de alocar os bens em uma sociedade é o mercado livre, entretanto, como, na realidade, os mercados possuem falhas que geram ineficiências distributivas, o Estado costuma regular o mercado para minimizar estes efeitos. Apesar da justificativa da regulação ser corrigir uma falha do mercado, a atuação estatal pode (e costuma) gerar efeitos negativos que têm consequências ainda piores para uma eficiente alocação, ou seja, existem as falhas de Governo.

A regulação estatal ocupa um papel fundamental na correção de desequilíbrios de mercado e na prevenção de falhas governamentais, essencial para fomentar o desenvolvimento econômico e sustentar os valores democráticos. A interdependência entre democracia e desenvolvimento econômico sugere que a adoção de um não exclui o outro, mas sim que ambos podem ser perseguidos simultaneamente para alcançar uma sociedade mais justa e próspera.

A evolução histórica da regulação estatal, influenciada por crises econômicas globais, demonstra a crescente necessidade de uma intervenção estatal mais estratégica, refinada, e menos direta (MEDAUAR,

368 Procurador do Ministério Público de Contas da Paraíba; Cientista de Dados e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade de Chicago; Mestre em Direito Econômico e em Modelagem Matemática Computacional pela UFPB; Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia.

369 Pós-doutor pela PUCPR; Especialista e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP; Professor do Mestrado da UNIRIO; Procurador da Fazenda Nacional; Coordenador-Geral de Contratação Pública da PGFN.

2002; MOREIRA, 1997). A regulação visa disciplinar o mercado e assegurar o bem-estar público através de normas e fiscalizações, uma resposta às demandas por uma governança econômica mais eficaz e responsável.

No Brasil, as reformas constitucionais das décadas recentes, incluindo a criação de agências reguladoras, marcaram uma significativa redefinição do papel do Estado na economia. Essa transição para uma regulação mais indireta reflete uma mudança no entendimento sobre o papel do Estado, de um agente financiador e executor direto para um papel mais moderador e fiscalizador, evidenciando uma evolução na abordagem de como o Estado pode fomentar o desenvolvimento econômico mantendo os princípios democráticos (MOREIRA NETO, 2003).

Ao mergulhar nesse tema, passaremos pelo fundamento tradicional da regulação (falhas de mercado) de modo mais rápido, pois já é algo mais estabelecido pela literatura; em seguida, nos propomos a discutir as causas das falhas governamentais.

As consequências das falhas governamentais são amplas e variadas. Economicamente, pode resultar em desperdício de recursos, alocando-os de maneira ineficiente e prejudicando o crescimento econômico. Socialmente essas falhas podem exacerbar desigualdades, limitar o acesso a serviços essenciais e reduzir a qualidade de vida de partes significativas da população (DIMOULIS; VIEIRA, 2011; MAJONE, 2013).

Diante desse cenário, torna-se imperativo que as discussões políticas e econômicas levem em conta não apenas as potenciais falhas de mercado, mas também as limitações e desafios associados à intervenção governamental. Para isso, o melhor critério usado atualmente é a aplicação da ciência para investigar previamente as possíveis consequências da regulação (ARAGÃO, 2002). A ciência pode ser vista como estudos prévios conhecidos como análise de impacto regulatório (AIR).

Assim, a AIR representa uma prática fundamental na intersecção entre a ciência e as políticas regulatórias, servindo como uma ponte que conecta a tomada de decisão baseada em evidências com a formulação e implementação de regulamentações eficazes. Essa metodologia consiste na aplicação sistemática de procedimentos e métodos científicos para prever as consequências econômicas, sociais e ambientais de propostas regulatórias, antes de sua implementação. Por meio da AIR, os formuladores de políticas podem se basear em uma sólida base empírica para avaliar os benefícios, custos e possíveis efeitos secundários de diferentes opções regulatórias.

Os formuladores da regulação devem navegar entre as necessidades de corrigir falhas de mercado e a importância de preservar a autonomia e a inovação do setor privado. Essa navegação requer julgamento, compreensão das nuances locais e uma capacidade de responder a feedbacks e resultados inesperados. Portanto, a regulação eficaz é menos sobre aplicar regras rígidas e mais sobre entender e equilibrar uma miríade de forças interativas em uma sociedade complexa e dinâmica.

2. Por que o Estado tem que Regular?

Nos modelos atuais de Estado, o que Stiglitz (2000) chama de “Estado misto”, existe, concomitantemente, mercado e intervenção do Estado. Mas a questão é qual a intensidade ótima da participação (intervenção) do Estado nos mercados?

Para demonstrar essa lógica de intervenção excepcional, lançamos mão de um exemplo que demonstra o modelo de concorrência perfeita. Vale lembrar que os modelos econômicos desempenham um papel vital na compreensão de fenômenos complexos ao condensá-los em componentes essenciais e relações compreensíveis. Eles são ferramentas teóricas que permitem aos economistas e formuladores de políticas isolar e analisar as variáveis que mais impactam os resultados econômicos.

Os modelos econômicos são cruciais para simplificar a realidade e fornecer um laboratório mental onde hipóteses podem ser testadas e implicações podem ser deduzidas. Eles estabelecem um *framework* para prever como mudanças nas políticas, tecnologias ou preferências podem afetar a economia. Através dos modelos, os economistas podem extrapolar e prever os efeitos de ações específicas. Assim, enquanto simplificações da realidade, os modelos são indispensáveis para a análise econômica, ajudando a formar a base sobre a qual as decisões políticas e econômicas são tomadas.

Vejamos, então, como as trocas livres (em modelo de concorrência perfeita) possuem grande relevância para as sociedades modernas. Através do câmbio voluntário, os agentes envolvidos são capazes de aumentar suas satisfações ao mesmo tempo: são jogos de soma diferente de zero, ou seja, ambos podem ganhar. Para tornar a ideia mais clara, apresenta-se um exemplo bastante simples, usado em Camelo e Pires (2011):

Flávio possui um bem X (um bem da vida qualquer) em bom estado de conservação, para ele, esta propriedade gera uma satisfação similar a

ter R\$ 1.000,00 em dinheiro, ou seja, Flávio é indiferente entre ter o bem ou ter R\$ 1000 a mais em seu patrimônio. Bradson, por seu lado, deseja o bem A, sendo que, para ter este bem, ele está disposto a ceder até R\$ 3.000,00 de seu atual patrimônio, ou seja, a satisfação que Bradson passaria a ter sendo dono do bem X seria equivalente a manter em seu patrimônio o valor de R\$ 3.000,00. Deste modo, é possível uma negociação em que ambos os agentes aumentem suas satisfações: Bradson se predispõe a pagar até R\$ 3.000,00 e Flávio, venderia o bem a partir de R\$ 1.000,00, nesta situação, qualquer valor neste intervalo seria vantajoso para as duas partes (Buckley, 2005).

Assim, é fácil perceber que, em trocas deste tipo, há um 'excedente total' que é o nível de satisfação de quanto as partes juntas ganharam com a negociação (VELJANOVSKI, 2007). Este valor pode ser obtido com a soma da diferença entre o valor que Flávio recebeu e o valor mínimo pelo qual ele estava disposto a vender acrescido da diferença entre o que Bradson estava disposto a pagar e o valor que efetivamente ele pagou. Supondo que o valor negociado foi de R\$ 1.500,00, o 'excedente total' criado por essa negociação - aumentou a satisfação total - será igual a R\$ 2.000,00, sendo R\$ 500,00 ($R\$ 1.500,00 - R\$ 1.000,00$, referente a Flávio) acrescido de R\$ 1.500,00 ($R\$ 3.000,00 - R\$ 1.500,00$, referente a Bradson).

A diferença entre o que Bradson pagou e o valor que ele estaria disposto a pagar é chamado, na literatura econômica, de "excedente do consumidor". Por sua vez, a diferença entre o valor que Flávio vendeu e o valor pelo qual ele estaria disposto a vender é chamado de "excedente do produtor". A soma de todos os excedentes é o valor que a sociedade alcança nas realizações de trocas livres. Assim, o que se chama de 'excedente total' é a soma do excedente do consumidor com o excedente do produtor, isto é um bom indicador de incremento de bem-estar na sociedade, sendo derivado do livre comércio, pois a melhor forma de aferir o bem-estar da sociedade³⁷⁰ é a soma das funções de bem-estar dos indivíduos (KAPLOW; SHAVELL, 2002).

Vale destacar que os efeitos do exemplo acima só se faz possível quando o custo de negociação é zero ou muito baixo, ou seja, nos mercados de concorrência perfeita, sem falhas.

370 Lembra-se que a teoria econômica tende a medir o bem-estar através do conceito de utilidade que é necessário, para mensurá-lo, da inclusão das preferências individuais. O termo "utilidade" gera controvérsia, mas geralmente é medido pela disposição a pagar (*willing to pay*), porque o dinheiro que uma pessoa oferece por um bem é a medida direta da intensidade do seu desejo pela coisa, portanto, o prazer / utilidade está associado.

Há uma falha de mercado, quando este não consegue alocar recursos da forma eficiente. Isso significa que os agentes econômicos não levam em conta os custos e benefícios externos (eficiência interna), ou não são capazes de produzir os bens e serviços a um custo mínimo para os consumidores (eficiência na alocação), ou de usar o mínimo possível de recursos na produção de bens e serviços (eficiência técnica), ou, por fim, não conseguiram produzir os bens e serviços a fatores de desconto de custos de produção (eficiência produtiva).

A expressão falha de mercado tem, nas ciências econômicas, um conteúdo muito preciso, não significando uma mera insatisfação com os resultados do mercado, como vimos acima, havendo um potencial papel para o governo para melhorar os resultados para a sociedade (YEUNG; CAMELO, 2023).

Deste modo, as falhas de mercado já têm um sentido estabelecido na literatura econômica, como se nota em Eaton & Eaton (1999), Kreps (1990 & 2004), Mas-Colell (1995), Pyndick (2005) e Varian (1992 & 2003). Tais falhas são identificadas em diversas situações: informação assimétrica; concentração de poder de mercado em estruturas de monopólio ou oligopólio; externalidades onde custos e benefícios não são integralmente internalizados pelo mercado; e a provisão de bens públicos por entes privados que podem falhar em fornecer esses bens de forma adequada. Este entendimento é amplamente reconhecido e serve como alicerce para discussões sobre regulação no direito da concorrência, enfatizando a necessidade de intervenção regulatória para corrigir tais distorções e promover a eficiência econômica e o bem-estar da sociedade.

Ao contemplar a enigmática escultura “O Pensador”, de Auguste Rodin, é possível traçar um paralelo intrigante com as dinâmicas muitas vezes invisíveis das falhas de mercado. “O Pensador” representa a figura de um homem em profunda meditação, mergulhado em reflexões que transcendem o imediato, explorando camadas mais profundas de pensamento e compreensão. De forma similar, as falhas de mercado, embora não sejam tangíveis como uma escultura de bronze, revelam complexidades e desequilíbrios no sistema econômico que exigem uma observação atenta e análise crítica para serem plenamente entendidos.

Assim como “O Pensador” se destaca no espaço, isolado em seu pedestal, as falhas de mercado destacam-se no sistema econômico,

isoladas pelas peculiaridades que as definem: seja pela presença de externalidades, bens públicos, informação assimétrica ou poder de mercado. A escultura, com seu peso físico e simbólico, convida o observador a refletir sobre a natureza humana e a complexidade de seus pensamentos e emoções. Analogamente, o estudo das falhas de mercado convida à reflexão sobre a natureza e o funcionamento dos sistemas econômicos, estimulando a busca por soluções que possam corrigir estes desequilíbrios e promover um funcionamento mais eficiente e equitativo da economia.

3. Os Riscos da Regulação ou as Falhas de Governo

O conceito de falha de governo surge como um contraponto crítico à noção de falha de mercado. Enquanto a falha de mercado se refere à incapacidade do mercado de alocar recursos eficientemente, a falha governamental ocorre quando as intervenções do governo, destinadas a corrigir essas ineficiências de mercado, acabam por si mesmas criando ineficiências ou injustiças (LE GRAND, 1991).

Com relação às falhas de governo, uma das principais origens é o auto interesse dos agentes governamentais, que podem agir de maneira a beneficiar seus próprios interesses ou de grupos específicos em vez de priorizarem o bem-estar coletivo. Além disso, a complexidade e a lentidão burocrática frequentemente resultam em respostas ineficazes e desatualizadas às necessidades sociais e econômicas, agravando o problema ao invés de solucioná-lo. Outro aspecto crucial é a influência de grupos de interesse e lobistas, que podem desviar as políticas públicas de seus objetivos originais, favorecendo interesses particulares em detrimento do interesse coletivo. Essas distorções não apenas reduzem a eficiência econômica, mas também podem resultar em injustiças significativas, onde certos grupos são beneficiados em detrimento de outros, muitas vezes os mais vulneráveis.

O principal motivo para a existência das falhas de governo é a assimetria de informação, ou seja, o governo com um conjunto de informações diferente do que as do mercado e, em sua ação, acaba reduzindo sua eficiência. Esses problemas informacionais podem se manifestar através de erros nas políticas de regulação ou de problemas de agência, que é a situação em que os reguladores são dominados pelos interesses dos regulados, fazendo com que o objetivo da regulação seja enviesado ou possa atingir impacto não desejado (STIGLITZ, 2000).

O problema de agência, também conhecido como conflito agente-principal, é uma questão central na teoria das falhas de governo (STIGLER, 1971). Ele surge quando há um desalinhamento de interesses entre um principal (quem delega a autoridade) e um agente (quem age em nome do principal). Em muitos contextos, isso se traduz em preocupações sobre se o agente está agindo de maneira a favorecer os melhores interesses do principal, especialmente quando o agente tem acesso a mais informações ou recursos (YEUNG; CAMELO, 2023). A captura pode assumir várias formas, incluindo a captura direta, em que há corrupção explícita, e a captura mais sutil, por meio de lobby, financiamento e a rotação de empregos entre o setor público e privado (conhecida como porta giratória).

Esse fenômeno compromete a eficácia da regulação, pois leva à criação de políticas que podem não apenas deixar de abordar adequadamente os problemas de mercado existentes, mas também criar barreiras à entrada de novos participantes, reduzir a concorrência e fomentar ineficiências. Além disso, a captura regulatória pode erodir a confiança do público nas instituições, uma vez que as ações do governo passam a ser vistas como favorecendo interesses particulares em detrimento do interesse público.

Floriano Marques Neto (2005) destaca a sutileza com que esses desvios acontecem, muitas vezes de maneira tão discreta que a perda de imparcialidade ou independência se torna nebulosa, ilustrando da seguinte forma:

Uma questão explorada especialmente pelos economistas, mas digna de destaque, é a da teoria da captura, é dizer, da possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo. Mas já existem casos de setores que serão entregues à nova regulação estatal que já nascem, por assim dizer, capturados. Este é um tema que carece de atenção especial, já que há uma tendência quase que natural à captura. (...) Para impedir qualquer possibilidade de captura, faz-se necessária sofisticação do aparelhamento técnico e humano da Administração Pública. Outrossim, deve ser

combatida a regulação dos serviços públicos que gire em torno de uma visão política imediatista. (MARQUES NETO, 2005).

Anthony Ogus (2004), comentando sobre o assunto, menciona que as agências podem se tornar vulneráveis ao domínio dos interesses que regulam, seja através da dependência de informações que só podem ser fornecidas pelos regulados, seja pela escolha de funcionários diretamente dos setores que deveriam regular, como a grande mídia sempre destaca quando da escolha dos diretores do Banco Central. O professor inglês argumentou:

Uma teoria de falha regulatória que atraiu muita atenção na década de 1970 invocou a noção de “captura”. Resultou da percepção de que a ineficácia das agências reguladoras em cumprir as metas de interesse público atribuídas a elas poderia ser explicada de forma mais plausível, assumindo que elas foram subvertidas por pressão, influência e ‘suborno’ para proteger os interesses daqueles que eram sujeitos do regulamento. De acordo com uma versão bem conhecida, as agências normalmente passam por um ‘ciclo de vida’ em resposta ao ambiente político. Quando estabelecida, uma agência torna-se vulnerável ao domínio dos interesses regulamentados. Existem vários métodos hipotéticos de influenciar a política da agência: as informações exigidas pela agência podem ser obtidas apenas nos setores regulamentados; a falta de experiência no assunto pode significar que a agência tenha que recrutar seus funcionários nesses setores; e as indústrias podem ameaçar a agência com apelos dispendiosos, ou mesmo triviais, que consomem tempo, caso ela deixe de ser “cooperativa” (OGUS, 2004, p. 58, tradução nossa).

Assim, vemos que na arquitetura da regulação, confrontamos uma dinâmica complexa de relações agente-principal que desempenha um papel crucial na eficácia e integridade das políticas públicas (CAMELO; NOBREGA; TORRES, 2022). No primeiro nível, a relação entre a sociedade e o regulador é pautada pela confiança de que o regulador agirá no melhor interesse público, estabelecendo e aplicando regras que garantem a concorrência leal e a proteção dos consumidores. No entanto, esta relação pode ser prejudicada se o regulador não estiver plenamente alinhado com os objetivos sociais ou se for susceptível à influência indevida, sublinhando a importância de uma regulação transparente e responsável.

No segundo nível, a interação entre o regulador e os operadores de mercado (terceiros) é igualmente crítica. Aqui, o regulador tem o dever de monitorar e assegurar que as entidades reguladas cumpram com as normativas estabelecidas, mantendo a integridade do mercado. A terceirização desta função regulatória é evitada para reduzir conflitos de interesse e garantir que o controle regulatório permaneça imune à influência dos operadores, que poderiam, de outro modo, distorcer as políticas para favorecer interesses privados em detrimento do bem-estar coletivo.

Consequentemente, a regulação eficaz exige uma vigilância constante e um equilíbrio delicado para evitar a captura regulatória e assegurar que as ações do regulador reflitam e promovam o interesse público. Mecanismos de prestação de contas, como a obrigatoriedade de servidores efetivos na condução de processos regulatórios e o pagamento pós-serviço nos contratos administrativos, são instrumentos vitais para reforçar esse equilíbrio e fomentar uma regulação que proteja e beneficie a sociedade como um todo.

A falta de capacidade técnica e a resistência a inovações dentro do aparato governamental também são falhas de governo decorrentes de problemas de informação. Pois os governos muitas vezes falham em se adaptar às novas demandas e tecnologias, resultando em políticas obsoletas e ineficientes. Nesse sentido, a cultura organizacional dentro de instituições governamentais pode desempenhar um papel significativo, onde a resistência à mudança e a aderência a procedimentos estabelecidos podem impedir a implementação de soluções mais eficazes e inovadoras.

As falhas de governo na regulação também podem exacerbar a desigualdade alocativa, como descrito por Alesina e Rodrik (1994), em que políticas mal direcionadas podem levar a um ciclo vicioso de desigualdade e crescimento econômico reduzido. Ademais, a perda de confiança nas instituições não só diminui a eficácia das políticas governamentais, mas também afeta a participação democrática e o engajamento cívico (RUNCIMAN, 2013; PUTNAM, 2000; OSBORNE; GAEBLER, 1992), pois quando os cidadãos perdem a fé nas instituições governamentais, eles se tornam menos propensos a participar de processos democráticos ou a contribuir positivamente para a sociedade civil.

As falhas de governo frequentemente estão interligadas com questões de corrupção³⁷¹, e essa relação complexa pode ter sérias consequências para

371 A corrupção pode ser entendida como o abuso de poder público para ganho pessoal, seja financeiro ou político. Ela pode assumir várias formas, incluindo subornos, desvio de fundos

a eficácia das políticas públicas e para a confiança da população nas instituições governamentais (ROSE-ACKERMAN, 1999).

A corrupção também pode ser vista como uma manifestação das falhas de governo na formulação e implementação de políticas públicas. Quando as políticas são influenciadas por interesses particulares em vez de beneficiar o bem comum, ocorre uma falha no processo político. Estudos, como o de Acemoglu e Robinson (2012), destacam como a captura do Estado por elites econômicas pode minar a eficácia das políticas públicas.

O livro “1984” de George Orwell oferece um terreno fértil para traçar paralelos entre as falhas de governo e as distopias narradas em suas páginas. O livro descreve um futuro totalitário onde o Estado, personificado na figura do Grande Irmão, exerce controle absoluto sobre todos os aspectos da vida individual e coletiva. Este controle é alcançado através da manipulação da informação, vigilância constante e repressão de qualquer forma de dissidência ou pensamento crítico.

Assim como em “1984”, as falhas de governo no mundo real surgem quando o poder estatal é exercido de maneira desproporcional, sem a devida consideração pelos direitos e liberdades individuais, ou quando há falhas na prestação de serviços públicos essenciais, levando a ineficiências e injustiças. Tanto no livro quanto na realidade, o excesso de intervenção e controle governamental pode resultar em uma sociedade desequilibrada, onde o medo e a desconfiança minam a coesão social e a confiança nas instituições. “1984” serve como um lembrete sombrio das consequências extremas das falhas de governo, destacando a importância de sistemas de governança equilibrados, transparentes e responsáveis, que respeitem os direitos e liberdades fundamentais, enquanto buscam promover o bem-estar coletivo.

4. Análise de Impacto Regulatório – A Ciência da Cegulação

No equilíbrio entre as falhas de mercado e as de governo, a ciência da regulação surge com a utilização de análises de impacto regulatório (AIR) para desempenhar um papel crucial no processo de formulação de políticas públicas e na busca por uma regulação eficaz e baseada em

públicos, nepotismo e tráfico de influência. Quando a corrupção está presente em um governo, ela mina a capacidade do Estado de atender às necessidades de seus cidadãos de maneira justa e eficaz.

evidências (HAHN et al, 2000). Essa abordagem científica tem como objetivo avaliar cuidadosamente os impactos potenciais de uma regulamentação proposta, permitindo que os governos tomem decisões informadas sobre a necessidade e o escopo de intervenção regulatória.

As análises de impacto regulatório são uma ferramenta valiosa para avaliar os efeitos econômicos, sociais e ambientais de regulamentações propostas. Elas ajudam a identificar possíveis custos e benefícios, bem como os grupos da sociedade que serão mais afetados pelas mudanças regulatórias (SAAB; SILVA, 2022). Além disso, essa metodologia permite que sejam consideradas alternativas regulatórias e que sejam selecionadas as opções mais eficazes e eficientes.

Um dos aspectos mais importantes dessas avaliações de impacto são suas capacidades de equilibrar os objetivos regulatórios com as implicações econômicas. Elas fornecem uma estrutura que permite a consideração cuidadosa das externalidades, custos de conformidade, impactos na concorrência e efeitos no mercado de trabalho. Isso ajuda a garantir que as regulamentações sejam eficazes na consecução de seus objetivos, sem causar distorções excessivas no funcionamento do mercado.

Um dos benefícios mais significativos dessa análise é sua capacidade de promover a transparência e a prestação de contas no processo regulatório. Elas fornecem um registro claro e documentado das análises realizadas, permitindo que o público e os legisladores entendam as razões por trás das decisões regulatórias. Isso ajuda a evitar decisões arbitrárias e a assegurar que as regulamentações sejam baseadas em dados sólidos, como destacado por Hahn e Dudley (2004).

De fato, a AIR busca permitir que decisões envolvendo a atividade regulatória do Estado sejam tomadas com base em informações e levando-se em consideração, *ex ante*, o sopesamento das possíveis consequências advindas de uma eventual (não)regulação. Procura-se, dessa forma, direcionar a decisão para o modelo que atinga o interesse público da melhor forma, analisando-se grande parte dos custos envolvidos nessa tomada de decisão (CABRAL, 2023).

Muitos países ao redor do mundo estão adotando e fortalecendo suas práticas de realizar uma análise do impacto como parte integrante de seu processo regulatório. Além dos Estados Unidos, a União Europeia também tem diretrizes específicas para a realização de AIRs. Um exemplo notável do uso eficaz dessas metodologias para promover a

eficiência econômica é o caso da Nova Zelândia. O país implementou um processo abrangente que envolve a análise de impactos regulatórios em todas as novas propostas regulatórias. Esse processo tem sido creditado por melhorar a qualidade das regulamentações e reduzir os custos regulatórios para as empresas.

No Brasil, o embrião da AIR pode ser atribuído à iniciativa União por meio da criação do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), instituído pelo Decreto nº 6.602, de 16 de março de 2007, com a finalidade de arquitetar um mecanismo institucional para aprimorar a qualidade da regulação federal (GABARDO; GRANER, 2020).

Atualmente, após a difusão do PRO-REG, acompanhado de recomendações do Tribunal de Contas da União (TCU) para a adoção de boas práticas da OCDE pelas Agências Reguladoras (Acórdão nº 240/2015 - Plenário), encontra-se a determinação de AIR pelas referidas Agências no artigo 6º da Lei nº 13.848, de 5 de junho de 2019: “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

Ademais da previsão da AIR para a atuação setorial das Agências, há também a previsão geral da utilização desse instrumento na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. Em seu artigo 5º a referida Lei dispõe que as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A regulamentação de ambos os artigos citados acima veio, no âmbito federal, por intermédio do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. No artigo 2º, inciso I, do referido Decreto, consta a definição da AIR como sendo o procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos, que conterá

informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão.

Um exemplo muito comum e importante de uso do AIR na regulação é na área ambiental, ao considerar a implementação de novas normas. A análise de impacto permite que os reguladores avaliem de maneira abrangente as consequências econômicas, sociais e ambientais da regulamentação proposta. Isso pode ser evidenciado no caso de regulamentação de emissões de veículos, onde a aplicação da AIR possibilitou a identificação de um equilíbrio entre a redução da poluição atmosférica e o impacto sobre a indústria automobilística e os consumidores. Através da análise custo-benefício, análise de risco, e consultas públicas, a AIR se esforça para assegurar a adoção de padrões de emissão que não apenas protegem o meio ambiente de forma eficaz, mas também consideram a capacidade econômica dos fabricantes de veículos e a acessibilidade para os consumidores.

No entanto, é importante destacar que esta metodologia não é uma panaceia e têm seus próprios desafios e limitações. A coleta de dados precisos e confiáveis, a previsão de impactos de longo prazo e a consideração de efeitos não monetários são desafios que as AIRs enfrentam regularmente.

Uma das principais dificuldades enfrentadas nesse modelo é a previsão de impactos de longo prazo das regulamentações, uma vez que muitos efeitos podem levar anos ou décadas para se manifestarem completamente. Além disso, a qualidade e a disponibilidade de dados podem ser limitadas, dificultando a análise abrangente dos impactos. A complexidade dos modelos econômicos usados também pode introduzir incertezas significativas (SAAB; SILVA, 2021). A valoração de impactos não monetários, como os sociais, ambientais e de saúde, pode ser desafiadora, pois nem todos eles podem ser facilmente quantificados em termos monetários. A possibilidade de viés político nas análises é uma preocupação, especialmente quando as agências governamentais conduzem os estudos, sujeitas a pressões para apresentar resultados que justifiquem determinadas políticas, como vimos na seção anterior.

Pode-se ainda enxergar outros obstáculos e espaços para melhorias no uso da AIR. Sem a pretensão de esgotamento, pode-se citar a importância da ampliação da participação popular (tornando a consulta obrigatória para todas as AIR, como regra), como também a possibilidade de manifestações prévias e concomitantes à elaboração da AIR, ou ainda uma simplificação da linguagem dos relatórios oriundos da análise

e sua maior divulgação são medidas hábeis a ampliar a qualidade da regulação e reduzir seu déficit democrático. Fundamental, outrossim, a efetivação de constantes capacitações, atualizações e treinamentos dos agentes públicos responsáveis pela AIR, notadamente no que tange aos aspectos metodológicos. Deve-se também ampliar o campo de incidência da AIR, abarcando instrumentos normativos (como Decretos, por exemplo) e matérias (como a seara tributária) atualmente excluídas do âmbito da análise de impacto em certos ordenamentos (como o brasileiro). Cite-se ainda a necessidade de ampliação das Agendas Regulatórias, instituindo em normativos gerais (como o próprio Decreto federal brasileiro nº 10.411/2020) a sua obrigatoriedade e parâmetros mínimos (CABRAL, 2023).

Apesar desses desafios, as AIRs continuam sendo uma ferramenta valiosa para melhorar a qualidade das políticas regulatórias (PECI, 2011; BELFIELD et al., 2019). Mas devemos reconhecer as limitações dos estudos, como em todo o conhecimento científico, pois tanto a validação interna quanto externa da AIR impõe limites regulatórios que devem ser cuidadosamente considerados.

A validação interna diz respeito à precisão com que o estudo reflete a situação atual e prevê os impactos imediatos da regulação dentro do contexto específico em que será aplicada. A qualidade dos dados, a robustez dos métodos analíticos e a compreensão profunda do ambiente regulatório são fundamentais para garantir que as previsões e recomendações sejam confiáveis. Limitações na validação interna podem levar a uma má interpretação dos impactos regulatórios, resultando em políticas que não alcançam seus objetivos pretendidos ou que provocam consequências não intencionadas.

Por outro lado, a validação externa envolve a generalização dos resultados da AIR para outros contextos, o que é crucial para a replicabilidade e escalabilidade das políticas regulatórias. Desafios surgem devido à diversidade de ambientes econômicos, culturais e institucionais nos quais as regulações poderiam ser aplicadas. A heterogeneidade entre populações, as variações nas condições de implementação, e as mudanças temporais são apenas alguns dos fatores que podem limitar a generalização dos achados de uma AIR (SAAB; SILVA, 2021). Se essas limitações não forem adequadamente consideradas, há um risco de sobrestimar a aplicabilidade das regulações, potencialmente levando a políticas ineficazes em diferentes contextos.

Portanto, ao delinear os limites regulatórios, é imperativo que os formuladores de políticas se engajem em um processo de AIR que não apenas seja meticuloso na validação interna, mas que também considere cuidadosamente a transferibilidade de suas conclusões para outros contextos, assegurando assim que as regulações propostas sejam baseadas em evidências sólidas e adaptáveis a uma variedade de ambientes regulatórios (Adelle et al., 2016).

A abordagem da análise de impacto regulatório como critério científico para regulação pode ser comparada à narrativa intrincada de “O Jogo da Imitação”, um livro/filme que relata a história de Alan Turing e sua equipe na quebra do código Enigma durante a Segunda Guerra Mundial. Assim como a AIR busca antecipar e avaliar as consequências das políticas antes de sua implementação, utilizando métodos científicos para prever seus efeitos sobre a sociedade e a economia, o filme mostra o processo meticuloso e as técnicas inovadoras usadas por Turing para decifrar os códigos, uma tarefa que parecia impossível à primeira vista.

O paralelo se estende na forma como ambos enfrentam complexidades e incertezas: enquanto Turing e sua equipe lidavam com o desafio de desvendar uma das máquinas criptográficas mais complicadas de sua época, a análise de impacto regulatório enfrenta a complexidade de prever as interações econômicas e sociais que uma nova regulação pode provocar. Em “O Jogo da Imitação”, a determinação de Turing em aplicar uma abordagem lógica e metódica para solucionar um problema aparentemente intransponível espelha a essência da análise de impacto regulatório, que se baseia na aplicação de princípios científicos e análises detalhadas para formular políticas públicas mais eficazes, mas e se Turing tivesse protegido o irmão contra o torpedeamento nazista? Estava incorrendo no mesmo conflito de interesse de muitos reguladores.

Tanto o jogo da imitação como a AIR demonstram o poder e a importância de abordagens cuidadosas e baseadas em evidências na resolução de problemas complexos, mas suas limitações e dificuldades.

5. Conclusões

Ao analisar as questões de falha de mercado e falha de governo, fica claro que a regulação é uma arte intrincada e complexa, que exige um equilíbrio delicado entre duas forças muitas vezes contraditórias. As falhas de mercado revelam as limitações inerentes ao sistema de livre mercado, onde a alocação de recursos pode ser ineficiente. Por outro

lado, a falha governamental evidencia os desafios associados à intervenção do Estado, que pode resultar em políticas ineficazes, ineficientes e injustas (WOLF, 1988).

O cerne da questão é que não existe uma fórmula mágica ou um conjunto de parâmetros objetivos e científicos que possam definir o grau ideal de regulação em todas as situações. Por mais que as análises científicas prévias possam servir de excelente orientação, às vezes, elas não se adaptam à realidade. A regulação é uma arte porque envolve julgamento, adaptação e compreensão profunda das nuances de cada contexto específico. O equilíbrio entre mercado e governo é fluido, e o sucesso de políticas regulatórias depende da capacidade de resposta a feedbacks, da correção de erros e do reconhecimento de que políticas que funcionam em um cenário podem não ser aplicáveis em outro.

Os exemplos históricos e contemporâneos de falha de mercado e falha governamental ilustram vividamente como decisões políticas podem moldar o destino de modo equivocado. No entanto, também destacam os desafios e complexidades inerentes à formulação e implementação de políticas eficazes. É imperativo que reguladores e sociedade civil reconheçam essa complexidade e adotem uma abordagem pragmática, baseada em evidências, na busca de soluções que promovam o bem-estar coletivo.

A regulação, portanto, não deve ser vista como uma resolução para tudo nem como um obstáculo intransponível. É uma ferramenta poderosa que, quando aplicada com sabedoria e equilíbrio, pode corrigir as ineficiências do mercado. No entanto, essa ferramenta requer constantes revisões, adaptações e ajustes para garantir que esteja alinhada com os objetivos de uma sociedade em constante evolução.

Em certa análise, a regulação é como uma arte porque exige criatividade, flexibilidade e a capacidade de aprender com os erros do passado. Ela representa a busca contínua por um equilíbrio entre as forças do mercado e as ações do governo, na esperança de construir sociedades mais eficientes na alocação dos recursos. É um desafio constante, mas que deve ser enfrentado com determinação, em nome de um futuro melhor para todos.

É fundamental reconhecer que tanto o mercado quanto o governo têm papéis importantes a desempenhar na economia e na sociedade. O mercado é uma força poderosa que impulsiona a inovação, a eficiência e o crescimento econômico, mas também pode gerar ineficiência e exter-

nalidades negativas. O governo, por sua vez, pode corrigir essas falhas de mercado, promover a justiça e proteger os direitos individuais, mas também enfrenta desafios próprios, como ineficiência burocrática e corrupção.

A arte da regulação estatal se beneficia significativamente da incorporação da Análise de Impacto Regulatório (AIR), pois, assim, avalia-se previamente os possíveis impactos das regulações, equilibrando a inovação com a proteção ao consumidor e a estabilidade do mercado.

6. Referências

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty**. New York: Crown Publishers. 2012.

ADELLE, C.; WEILAND, S.; DICK, J.; OLIVO, D. G.; MARQUARDT, J.; ROTS, G.; ZASADA, I. Regulatory impact assessment: a survey of selected developing and emerging economies. **Public Money and Management**, 36(2), 2016.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALESINA, Alberto; RODRIK, Dani. Distributive Politics and Economic Growth. **The Quarterly Journal of Economics** 109, no. 2, 1994.

ALLEN, Hilary J. Regulatory Sandboxes. **George Washington Law Review**, Vol. 87, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BATOR, F. M. The Anatomy of Market Failure. **The Quarterly Journal of Economics**, 8. Boston: MIT Press, 1958.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4 ed. Editora Noeses. São Paulo: 2007.

BELFIELD, C. R.; BOWDEN, A. B.; RODRIGUEZ, V. Evaluating Regulatory Impact Assessments in Education Policy. **American Journal of Evaluation**, 40(3), 2019.

BROMBERG, Lev; GODWIN, Andrew; RAMSAY, Ian. Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation. **Journal of Banking and Finance Law and Practice**, Vol.28, No. 4, pp. 314-336, 2017.

BUCKLEY, F. H. Just Exchange: **A Theory of Contracts**. London: Routledge, 2005.

CABRAL, Flávio Garcia. Sugestões de aprimoramento da Análise de Impacto Regulatório (AIR) no Brasil. In: Maurício Zockun; Emerson Gabardo. (Org.). **Novas leis**: promessas de um futuro melhor? Livro do XXXVI Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 41-54.

CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles; NOBREGA, Marcos. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**. Ed. Forum, Belo Horizonte. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5th ed. Addison Wesley Longman, 2007.

DEMETERCO NETO, Antenor. Regulação e desenvolvimento: reflexões sobre a formulação de um conceito de democracia econômica. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 1, p. 93106, jan./abr. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

EATON, B. C., EATON, D. F. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GABARDO, Emerson; GRANER, Mateus Domingues. A importância da participação popular na análise de impacto regulatório pelas agências reguladoras federais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 3, 2020.

GRAND, Julian le. The Theory of Government Failure. **British Journal of Political Science**, vol 21, no. 4. 1991.

HAHN, R. W.; BURNETT, J. K.; CHAN, Y. H. I.; MADER, E. A.; MOYLE, P. R. Assessing regulatory impact analyses: the failure of agencies to comply with executive order 12,866. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, 23(3), 2000.

HAHN, R. W.; DUDLEY, P. M. (2004). How Well Does the Government Do Cost-Benefit Analysis? **SSRN Electronic Journal**. <https://doi.org/10.2139/ssrn.495462>

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KNIGHT, B.; T. MITCHELL. **The Sandbox Paradox**: Balancing the Need to Facilitate Innovation with the Risk of Regulatory Privilege, Mercatus Center George Mason University. 2020.

KREPS, D. M. A. **Course in Microeconomic Theory**. Cambridge: Princeton University Press, 1990.

_____. **Microeconomics for managers**. New York: W.W. Norton, 2004.

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, p. 20-23, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./abr. 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>.

MAS-COLELL, A.; WHINSTON, M. D.; GREEN, J. R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. **Revista de Direito Administrativo**, n. 228, Rio de Janeiro: Renovar, p. 2, abr./jun. 2002.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública das relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NISKANEN, William. **Bureaucracy and Public Economics**. 2. Ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 1994.

OGUS, Anthony I. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Portland: Hart, 2004. p. 58.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing Government**: How The Entrepreneurial Spirit Is Transforming The Public Sector. Boston: Addison-Wesley press. 1992

PECI, A. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. **Revista de Administração de Empresas**, 51(4), 2011,

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, A. Mitchell, SHAVELL, Steven. (2008). **Law, economic analysis of**. The New Palgrave Dictionary of Economics. 2th ed.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. New York: Aspen, 2007.

PUTNAM, Robert. **Bowling Alone**: The Collapse and Revival of American Community. New York: Simon and Schuster, 2000.

RANCHORDAS, Sofia, Experimental lawmaking in the EU: Regulatory Sandboxes. EU Law Live [Weekend Edition, 22 October 2021], **University of Groningen Faculty of Law Research Paper** No. 12/2021.

ROSE-ACKERMAN. Susan. **Corruption and Government**: Causes, Consequences, and Reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RUNCIMAN, David. **The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present**. New Jersey: Princeton University Press ,2013.

SAAB, Favio; SILVA, Suylan de Almeida Midlej. What is the quality of the regulatory impact analysis prepared by Brazilian regulatory agencies?. **Brazilian Journal of Public Administration** | Rio de Janeiro 56(4): 529-549, July - Aug. 2022.

SAAB, F.; SILVA, S. A. M. **Evaluating the quality of regulatory impact analysis**: a literature review. *Revista do Serviço Público*, 72, 2021.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3, Spring 1971.

STIGLITZ, Joseph E. **La Economía del Sector Público**. 3 ed. Barcelona: Antoni Bosch, 2000.

TRUBY, J. et al. A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications, **European Journal of Risk Regulation**, 2021.

VARIAN, H. R., **Microeconomic Analysis**. 3 th. New York: W.W. Norton, 1992.

_____. **Microeconomia: princípios básicos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VELJANOVSKI, Cento. **Economic Principles of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WOLF, Charles. **Markets or Governments: Choosing between Imperfect Alternatives**. Cambridge: MIT Press, 1988.

YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. **Introdução à análise econômica do direito**. 1 edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAPÍTULO 16

ASSIMETRIA REGULATÓRIA COMO INSTRUMENTO ASSEGURADOR DA IGUALDADE

Maurício Zockun³⁷²

Carolina Zancaner Zockun³⁷³

1. O que é Regulação Estatal?

Em nosso sistema normativo, o termo “regulação” é utilizado em diversos sentidos. A forma plurissignificativa de utilização desse termo explica-se pela conveniência de o direito ser edificado com a utilização de uma linguagem compreensível pela maior parte dos brasileiros e estrangeiros, que são os destinatários por excelência dos comandos normativos³⁷⁴.

Assim, nas ocasiões em que a Constituição da República faz referência à atividade de regular e aquelas que lhes são comuns ou cognatas – como regulação (substantivo), regulada ou regulador (adjetivo) –, pretende-se referir à produção de normas jurídicas pelo Estado; daí falar-se em regulação estatal. A Constituição da República faz referência à regulação estatal como meio de produção normativa primária (atribuição constitucionalmente confiada ao Poder Legislativo; e.g., art. 5º, XXXI, XLVI, art. 18, § 2º) ou secundária (atribuível ao aparato estatal para dar cumprimento à lei; e.g., art. 5º, LXXI, art. 21, XI, art. 49, V, art. 84, IV, art. 87, II), havendo

372 Professor de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-docente e doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado. E-mail: mzockun@pucsp.br.

373 Professora de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae – Centro de Direito Humanos (IGC/CDH) da Universidade de Coimbra (UC). Mestre e doutora em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: czockun@pucsp.br.

374 Neste sentido: ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Law and Economics à brasileira: o consequencialismo inconsequente**, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-13/zockune-zockun-law-and-economics-brasileira>

ocasiões que se faz alusão às duas espécies normativas (primária e secundária), caso do art. 102, I, 'q'. Mas não é só³⁷⁵.

Segunda a Constituição da República, a regulação estatal pode ser realizada no exercício da função legislativa (art. 102, I, 'q', e.g.), administrativa (art. 102, I, 'q', e.g.) e jurisdicional (art. 103-B, § 4º, I), além de também poder ser realizada pelo Ministério Público na funções que lhe são típicas (art. 130-A, § 2º, I). Neste contexto, passamos a nos referir à regulação estatal desempenhada no exercício da função administrativa como regulação administrativa.

2. O Que é Regulação Administrativa?

Especialmente no passado as leis previam detalhadamente os casos de sua incidência, o momento da sua aplicação e como os particulares deviam ou não deviam se comportar em face das suas disposições. Nesses casos, afirma-se que a norma veiculada na lei é completa ou autoexecutável, pois a irradiação dos seus efeitos se dá sem a necessidade de produção normativa ulterior, seja em nível legal ou infralegal.

Ao lado dessas leis, outras veiculam normas incompletas, pois o objeto nelas identificado para fins de incidência ou o comportamento e/ou a abstenção que se pretende impor ao particular demanda complementação por outra norma, de mesmo nível hierárquico ou não. Esse é o campo das denominadas “leis quadro”, inspiração das denominadas *lois cadre*, do direito francês.

Quando leis de baixa densidade normativa – campo das “leis quadro” – impõem a atuação do Estado, o Poder público se encontra na contingência de realizar a denominada regulação administrativa. Assim, dá-se a regulação administrativa nos casos em que o objeto ou matéria legislada já está veiculada em lei formal, mas de modo incompleto tornando a lei não “autoexecutável”. Nestas circunstâncias, incumbirá ao Estado, no exercício da função administrativa, desenvolver aquela matéria legislada, conferindo-lhe contornos técnicos e/ou objetivos, sem o que a norma edificada não terá aptidão para irradiar os seus efeitos

Modernamente a regulação administrativa está atrelada ao denominado “poder normativo das agências reguladoras”. Em rigor, trata-se de

375 Destaco em: ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. A regulação administrativa e o princípio da legalidade. In: ZOCKUN, Maurício. (Org.). **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**. 1ed. Curitiba: Íthala, 2022, v. 1, p. 11-21.

um “banho de loja” dado ao instituto, inculindo-lhe ares mais contemporâneos, mas, em absoluto rigor, é um instituto centenário.

Um conhecido exemplo de regulação administrativa são as denominadas “normas penais em branco”, cujo preceito normativo não está suficientemente desenvolvido em lei formal. Daí porque, ainda no campo penal, Guilherme de Souza Nucci reconhece a legitimidade de esta regulação administrativa complementar um conceito veiculado em lei sem que, com isto, seriam inobservados os princípios da legalidade e da tipicidade.

Estribado na teoria das normas e tipos penais – em tudo aplicável aos mais variados ramos do direito –, pode-se afirmar que, no campo do direito público, o desenvolvimento do preceito normativo contido na lei por meio da regulação administrativa – editada no exercício de função administrativa – é elemento integrante e indissociável daquele.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello teve a felicidade de captar a essência do que modernamente se denomina regulação administrativa, ainda que ao seu tempo outra fosse a designação, qual seja a regulação autorizada ou delegada. Disse ele: “Os regulamentos autorizados ou delegados são aqueles emanados pelo Executivo em razão de habilitação legislativa que lhe é conferida pelo Legislativo, porém nos termos dessa determinação de competência, para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita seu âmbito a respeito (...) De certo modo, portanto, os dispositivos complementares, em desenvolvimento, estão virtualmente contidos na lei de habilitação, embora tenha uma força de alterar a ordem jurídica anterior”³⁷⁶.

Logo, como se materializa a regulação administrativa? Por meio dos centenários e conhecidos regulamentos autorizados e delegados (e não por meio de regulamento autônomos, este manifestamente incompatível com a nossa ordem jurídica).

Deste modo, dá-se a legítima regulação administrativa quando o objeto ou matéria legislada já está veiculada e plasmada em lei formal, circunstância em que incumbirá ao Estado, no exercício da função administrativa, desenvolver aquela matéria legislada, conferindo-lhe contornos técnicos e/ou objetivos, sem o que a norma edificada não terá aptidão para irradiar os seus efeitos.

376 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Volume I: Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 363 e 364 (item 39.3).

Essas razões pelas quais discordamos daqueles que qualificam a regulação estatal, bem como a sua subespécie – a regulação administrativa –, como a atividade desenvolvida pelo Estado de interferência ou intervenção no exercício da liberdade privada. Afinal, como se procurou demonstrar, tanto como fonte normativa primária ou como secundária, a regulação consiste no desempenho de uma atividade normativa que não está confinada aos escaninhos da regulação do exercício da liberdade ou da propriedade privada.

3. Assimetria Regulatória (i)legítima

É corrente a ideia segundo a qual a regulação administrativa levada a efeito pelo Estado deve conferir tratamento isonômico e igualitário aos agentes regulados. Essa é a razão pela qual o art. 4º, I, da lei da Liberdade Econômica qualifica com abuso do poder regulatório a criação de reserva de mercado que favoreça, em razão da regulação, um grupo econômico ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes.

Paradoxalmente, contudo, nada impede que a regulação que crie, total ou parcialmente, reserva de mercado em favor de determinado grupo de pessoas seja legítima.

Parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷⁷, o próprio da regulação - assim como o próprio da lei - é desigualar situações, conferindo distintos tratamentos aos agentes regulados, não obstante o fato de todos estarem igualados pelo simples fato serem agentes regulados.

Desigualar-se para igualar, pois estando os agentes regulados em situações jurídicas diferenciadas, a concessão de tratamento igualmente diferenciado (ou assimétrico, jargão corrente nesse setor) poderá ser (e não necessariamente será) a medida mais adequada para a tutela do interesse público e a busca do bem comum.

Não é por outra razão que o art. 179 da Constituição da República - preceito contido na Ordem Econômica constitucional - prevê que a legislação deve conferir tratamento jurídico diferenciado e mais benéfico às

377 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Igualdade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/educacao-2/igualdade>

micro e pequenas empresas, simplificando, reduzindo ou eliminando suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Evidentemente isso confere às micro e pequenas empresas vantagens competitivas inextensíveis às demais empresas, inclusive reservando-lhe uma parte das contratações públicas, nos termos previstos na Lei federal 14.133 e Lei complementar 123.

E são inúmeros os casos nos quais o Estado, por meio de lei ou por meio de regulação, confere tratamento jurídico diferenciado àqueles que estão exercendo suas atividades em um mesmo setor (competindo entre si ou não).

Essa assimetria na regulação levada a efeito pelo Estado se dá tanto em relação à prestação de serviços públicos, quanto a serviços de relevância pública ou a atividades privadas. As legítimas assimetrias normativas - veiculadas em lei ou por meio de regulação - compõem a própria faceta da igualdade.

Deu-se em relação às (i) instituições financeiras e instituições de pagamento³⁷⁸; (ii) concessionários de serviços públicos³⁷⁹; e, mais recentemente, (iii) na alteração da malha área entre os Aeroportos de Santos Dumont e Galeão³⁸⁰, dentre tantos outros.

É certo que o tratamento jurídico diferenciado por meio da regulação estará afinado "...com o princípio da igualdade quando há uma correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado, desde que tal distinção não afronte valores constitucionais"³⁸¹.

Em razão deste alerta, Celso Antônio Bandeira de Mello cuidou de arrolar cinco hipóteses nas quais uma norma jurídica supostamente pres-

378 MACHADO, Carolina Gonçalves Queiroz; FERREIRA, Mônica Aparecida; FERREIRA, Layne Vitória; MOREIRA DA SILVA, Clayton Robson. Assimetria regulatória entre instituições financeiras e instituições de pagamento. **Revista Ciências Sociais em Perspectiva**, v. 21, n. 41, 2º Sem. 2022.

379 Neste sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.; ZAGO, Marina. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 1, p. 175–201, 2018. DOI: 10.12660/rda.v277.2018.74806. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/74806>. Acesso em: 26 maio. 2024.

380 <https://agenciainfra.com/blog/a-decisao-pela-restricao-de-voos-no-aeroporto-santos-dumont-uma-politica-publica-ou-regulatoria/>

381 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Igualdade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-2/igualdade>

tigadora do princípio da isonomia produziria efeito reverso, sendo, por essa razão, inconstitucional³⁸². Dentre essas hipóteses, perfila-se aquela cujo *discrímen* adotado deságua em efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses constitucionalmente prestigiados³⁸³.

Quais, portanto, são as ferramentas jurídicas existentes para reduzir a probabilidade de que essa assimetria (i) seja edificada de modo dissonante com o interesse público; e (ii) continue a irradiar os seus efeitos na hipótese de a causa justificadora da sua edificação não mais subsistir.

Para evitar que a eventual assimetria regulatória seja edificada sem a prévia realização da correspondente e congruente motivação, é imprescindível que se realize o correspondente procedimento administrativo de análise de impacto regulatório (AIR). Como já afirmamos em outras ocasiões, esse procedimento se presta para identificar: (i) a (in)existência de um problema a ser regulado; (ii) quais providências regulatórias podem ser adotadas; (iii) qual dessas providências regulatórias se revela a mais adequada para equacionar o problema regulatório identificado e, ao mesmo tempo, tutelar o bem comum e o princípio da isonomia; e (iv) se a adoção dessa providência em ambiente experimental controlado é conveniente à tutela do interesse público.

Caso o problema regulatório enfrentado for circunscrito ao direito, a identificação da melhor solução regulatória resumir-se-á a uma questão de interpretação jurídica. Por outro lado, caso o problema regulatório esteja circunscrito a outro ramo do conhecimento humano - como medicina, engenharia, economia, administração etc. -, o direito cuidará de fixar as balizas formais de processamento do procedimento de AIR (*due process of law*).

Eventuais divergências técnicas que possam emergir no curso desse procedimento não são essencialmente dirimidas pelo direito; afinal, nos demais campos do conhecimento humano, o operador do direito não possui legitimidade jurídica para operar (tampouco detém o correspondente conhecimento).

A dúvida emerge na hipótese de múltiplas soluções serem propostas no curso da AIR, inclusive quando estas forem contrapostas e contraditórias. Nesse contexto, como o direito pretende resolver desinteligências

382 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo, Malheiros Editores, 3ª ed., 2ª t., 1993, pp. 47 e 48.

383 *Ibidem*.

e desacordos técnicos em um campo que lhe é alheio? Adiantamo-nos respondendo: como sempre resolveu.

Inicialmente, cumpre à própria Administração eleger motivadamente a solução que lhe parecer mais adequada à satisfação do interesse público. Nesse contexto, mais do que a própria solução eleita, a Administração se encontra na contingência de esclarecer as razões pelas quais a Administração pública elegeu aquela solução em vista da finalidade que justificou a sua edição. E por que?

Porque a Constituição da República prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será furtada da apreciação do Poder Judiciário.

Deste modo, ainda que alguns sustentem a insindicabilidade judicial das decisões técnicas da Administração Pública, o nosso sistema normativo confere ao Poder Judiciário a legitimidade para apreciar, inclusive por meio da oitiva de *experts*, se a solução eleita pelo Poder Público está afinada com o propósito constitucional que justificou sua edição. Essa prerrogativa judicial emerge de diplomas como o Código de Processo Civil e o art. 9º da Lei que disciplina o processo de o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (Lei federal 9.868).

Deste modo, ao ser provocado para apreciar esta questão técnica, o Poder Judiciário não poderá substituir a decisão técnica tomada por outra que lhe pareça adequada (ou mais adequada). Ou muito bem o Poder Judiciário fulmina a decisão técnica porque os efeitos são contrapostos ou dissonantes dos interesses constitucionalmente prestigiados, ou, não sendo este o caso, deve manter a decisão técnica tomada.

Caso a assimetria regulatória tenha sido legitimamente estabelecida, isso não significa dizer que essa legitimidade se perpetue eternamente no sistema normativo.

Deveras, a situação fática ou jurídica que justificou a edição da norma veiculadora de um tratamento jurídico diferenciado pode ser modificada no curso do tempo ou, ainda, a assimetria fixada pode ter atingido seu propósito. Afinal, se se desigual para igualar, nada impede - quando, em rigor, espera-se - que essa desigualdade atinja o objetivo final, igualando os destinatários das normas.

Em algum momento, as quotas sociais - que desigualam as pessoas em relação ao ingresso nas universidades e concursos públicos - podem,

por exemplo, perder o seu propósito pelo fato de a igualdade perseguida ser atingida, tornando irrazoável a manutenção dessa assimetria no direito.

Outras assimetrias, como a reserva de provimento em cargos públicos por pessoas com necessidades especiais, exigiriam avanços que escapam do mundo jurídico fantasioso (que está no plano do dever-ser).

Daí porque a Administração Pública tem o dever - e o Poder Judiciário pode - controlar a necessidade de manutenção dessa assimetria no direito positivo. Daí a necessidade de, periodicamente, por provocação ou de ofício, instaurar um procedimento administrativo voltado a esse propósito, chamado normativamente de análise de resultado regulatório.

4. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo, Malheiros Editores, 3ª ed., 2ª t., 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Igualdade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-2/igualdade>

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. Volume I: Introdução. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Carolina Gonçalves Queiroz; FERREIRA, Mônica Aparecida; FERREIRA, Layne Vitória; MOREIRA DA SILVA, Clayton Robson. Assimetria regulatória entre instituições financeiras e instituições de pagamento. **Revista Ciências Sociais em Perspectiva**, v. 21, n. 41, 2º Sem. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo.; ZAGO, Marina. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 277, n. 1, p. 175–201, 2018.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. A regulação administrativa e o princípio da legalidade. In: ZOCKUN, Maurício. (Org.). **Aspectos gerais da lei de liberdade econômica**. 1ed. Curitiba: Íthala, 2022.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Law and Economics à brasileira: o consequencialismo inconsequente**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-13/zockune-zockun-law-and-economics-brasileira>

CAPÍTULO 17

FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Alexandre Ávalo Santana³⁸⁴

Rodrigo Koei Marques Inouye³⁸⁵

1. Introdução

As agências reguladoras surgiram no Brasil inspiradas em modelos estrangeiros, especialmente dos Estados Unidos. Inclusive, grande parte da América Latina foi influenciada pelo modelo de agência executiva norte-americano.

A procura de forma eficaz de atuação do setor privado, sem intervenção política, pode ter sido o motivo do surgimento da expressão “agência reguladora”, baseada no modelo dos Estados Unidos das *regulatory agencies*. Tanto a denominação “agência reguladora”, como a estrutura independente foram adotadas.

No Brasil, em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso editou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, com o fim de diminuir o tamanho do Estado através de privatizações, buscando prestação de serviço mais eficaz e, ao mesmo tempo, mantendo a função estatal fiscalizatória.

Inicialmente criadas para regular setores como telecomunicações e energia, seu papel foi expandido para diversas outras áreas, assumindo funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/1996, e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), estabelecida pela Lei nº 9.472/1997, são

384 Advogado e Procurador-Geral de Campo Grande/MS. Mestre em Direito (UFMS). Pós-graduado em Direito Constitucional (PUC-Rio), Tributário (Puc-Minas) e Processual (INPG). Docência online e offline. Autor de diversas obras jurídicas.

385 Advogado e atuante na área jurídica da Agência de Regulação dos Serviços Públicos de Campo Grande/MS. Pós-Graduado em Direito Processual Civil (Puc-São Paulo) e em Direito e Gestão Municipal (Insted).

exemplos de entidades que simbolizam essa evolução e expansão de competências regulatórias.

Como se vê, as agências reguladoras têm se consolidado como elementos essenciais na estrutura administrativa de muitos países, incluindo o Brasil. Essas entidades autônomas são responsáveis por regular e supervisionar setores específicos da economia, desempenhando funções que vão desde a edição de normas até a fiscalização e aplicação de sanções. No Brasil, a criação e fortalecimento das agências reguladoras estão intimamente ligados ao processo de reforma do Estado, ocorrido nas últimas décadas do século XX. Esse processo visava aumentar a eficiência administrativa e a qualidade dos serviços públicos, especialmente em áreas de infraestrutura, como telecomunicações, energia, saúde e transportes (ARAGÃO, 2004).

O fundamento jurídico das agências reguladoras no Brasil está embasado na Constituição Federal de 1988 e em leis específicas que delineiam suas competências. Essas entidades são concebidas como autarquias sob regime especial, dotadas de autonomia administrativa, financeira e decisória. A Constituição, em seus artigos, prevê a necessidade de regulação de certos setores para garantir o funcionamento ordenado e eficiente da economia e dos serviços públicos essenciais (DI PIETRO, 2020).

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, reforçou que agências reguladoras independentes se tratam de autarquia de regime especial:

[...] 4. As agências reguladoras independentes são autarquias de regime especial, caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Esse regime especial foi concebido para lhes assegurar independência e isenção no desempenho de suas funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias. Justifica-se, desse modo, a previsão de normas funcionais mais rígidas tendo por finalidade a prevenção de potenciais conflitos de interesses que possam comprometer o interesse público subjacente às funções das agências. 5. As normas contidas nos arts. 23, II, c, e 36-A, da Lei nº 10.871/2004 asseguram a observância dos princípios da moralidade, da eficiência administrativa e da isonomia e são meios proporcionais aptos a garantir a indispensável isenção e independência dos servidores das agências reguladoras. Precedentes.[...] ³⁸⁶

386 ADI 6033, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Julgado em 06/03/2023, Processo Eletrônico, divulgado em 15/03/2023, publicado em 16/03/2023.

A primeira vez que a denominação “agência reguladora” surgiu na legislação foi quando da edição da MP nº 155, de 2003, que instituiu o plano de carreiras desses entes. A legislação conferiu às agências reguladoras brasileiras o formato jurídico de autarquias especiais, de forma a poderem ser classificadas entre os entes da administração pública previstos na Constituição Federal e no Decreto-lei nº 200, de 1967. Por serem autarquias, devem ser criadas por lei, como determina o art. 37, XIX, da Constituição. Em razão do princípio da simetria, sua extinção também só pode se dar mediante lei específica e por motivos de interesse público.

As autarquias são, portanto, pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com autonomia patrimonial, financeira e de gestão, sem subordinação hierárquica, sob controle estatal e atribuições específicas na lei de criação. As agências reguladoras são reputadas autarquias “especiais” por possuírem características peculiares, são elas: a) poder regulador (normativo ou regulamentador, fiscalizador, poder de polícia e mediador); b) independência política dos seus dirigentes, investidos de mandatos e estáveis no cargo por determinado prazo (são eles indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado; c) independência decisória, na medida em que suas decisões não são passíveis de recursos hierárquicos; d) ausência de subordinação hierárquica; e) função de poder concedente, por delegação, nos processos de outorgas de concessão, autorização e permissão, no caso das agências que atuam nos setores de infraestrutura.

O papel normativo das agências reguladoras é particularmente relevante porque estas instituições possuem a competência de elaborar normas detalhadas e específicas que complementam a legislação geral. Estas normas técnicas são fundamentais para garantir a aplicação adequada das leis, assegurando que os setores regulados operem de acordo com padrões estabelecidos de qualidade, segurança e eficiência (DI PIETRO, 2020). As agências, portanto, atuam como intermediárias entre o legislador e os setores econômicos, traduzindo diretrizes legais em regras práticas e aplicáveis.

No entanto, a função normativa das agências reguladoras não está isenta de desafios e controvérsias. A principal questão reside no equilíbrio entre a autonomia necessária para que estas entidades cumpram suas funções e o controle exercido pelo Estado e pela sociedade para prevenir abusos de poder. Além disso, as agências enfrentam a constante necessidade de adaptação frente às rápidas mudanças tecnológicas e de

mercado, o que exige um processo contínuo de revisão e atualização de suas normas (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2021).

Este artigo tem como objetivo explorar a função normativa das agências reguladoras no Brasil, examinando as atribuições e limitações impostas.

2. Atribuições normativas das Agências Reguladoras

Importante ressaltar a possibilidade que se reconhece às agências, do mesmo modo que sempre se reconheceu a inúmeros órgãos e entidades administrativas no direito brasileiro (como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Conselho Nacional de Educação e tantos outros) de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na ideia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica (DI PIETRO, 2009).

Na visão de Ives Gandra da Silva Martins, o Constituinte admitiu apenas duas agências regulatórias, sendo elas a ANATEL (artigo 21, inciso XI) e a ANP (artigo 177, §2º) devido à importância estratégica do setor de telecomunicações e de petróleo.

Portanto, de acordo com o ilustre doutrinador, qualquer outra agência reguladora criada por qualquer ente da Federação é inconstitucional, pois os poderes recebidos dos legisladores menores não lhes poderiam ser concedidos, à falta de previsão no texto máximo, elaborado pelo legislador maior. Assim, as demais agências senão as previstas na Constituição não podem exercer o poder normativo, sob pena de franca violação ao texto constitucional. Veja-se:

Parece-me, pois, que, sabiamente, o Constituinte não permite qualquer outro tipo de agência que não aquelas duas expressamente autorizadas na Lei Suprema, sendo que todas as demais agências foram criadas em franca violação ao texto constitucional, razão pela qual não podem exercer o poder normativo; vale dizer: não podem promover inovação na ordem jurídica.³⁸⁷

387 MARTINS, Ives Gandra da Silva, Perfil constitucional das agências reguladoras. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 121-131.

Por outro lado, para os doutrinadores favoráveis ao exercício da função normativa das demais agências reguladoras o fundamentam pela necessidade da Administração. Nesse sentido, veja as lições de Carlos Ari Sundfeld (2020, p.27-28), talvez um dos mais ativos defensores da capacidade normativa e reguladora das agências:

[...] os novos padrões da sociedade exigem normas mais diretas para tratar das especificidades de cada setor e garantir a efetividade da atuação do Estado. É isso que justificou a atribuição de poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado.

Em consonância com Sundfeld, Egon Bockmann Moreira entende que a necessidade impõe o caráter normativo das agências reguladoras:

[...] dúvida não resta quanto à maior significação, em nossos dias, do chamado regulamento autônomo ou independente, em face da tremenda complexidade, e a aceleração dinâmica dos fenômenos político-sociais de nossos dias [...]³⁸⁸

Leila Cuéllar embora reconheça que a doutrina clássica, focada na robusta compreensão da separação dos poderes e do paradigma da legalidade, rejeite a ideia do poder normativo independente e autônomo, é taxativa na anotação de que os entes reguladores detêm a capacidade de expedir normas jurídicas. Veja-se:

[...] de situação polêmica frente ao direito constitucional brasileiro, pois uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade vedaria a possibilidade de detenção de poder normativo por parte das agências. [...] É preciso ressaltar, contudo, que uma interpretação absolutamente rígida do princípio da separação de poderes pode parecer incompatível com a evolução econômica, social, cultural e, especialmente, constitucional. Por essas razões, em muitos países, a delegação de poderes legislativos se transformou em uma necessidade, face às crescentes atribuições conferidas ao Estado Social e ao volume de atividades a cargo do Poder Legislativo.³⁸⁹

388 MOREIRA, Egon Bockmann, **Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional**. RDA, v. 218, p. 93-112

389 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética. 2001, p. 107.

Para se chegar a uma conclusão sobre o conteúdo e os limites da competência normativa exercida pelas agências reguladoras no direito brasileiro, muitos autores afirmam que deve se diferenciar os atos normativos editados por estas agências, dos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo. A diferença não é somente a autoridade responsável pela edição dos atos normativos, mas o diferente regime jurídico aplicável a cada um deles.

Ora, os regulamentos por serem editados pelo Chefe do Poder Executivo devem ser respeitados e cumpridos pelos atos editados por todas as autoridades administrativas, pois cumpre ao Chefe do Executivo traçar a orientação geral da Administração Pública.

Além disso, os atos normativos podem ser baixados pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados, ou seja, falta a eles a característica da imposição unilateral de regras de conduta.

De acordo com Di Pietro “esse é um tipo de direito que pode ser baixado pelas agências brasileiras, exatamente porque resulta de negociação com os interessados. Mas deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.”³⁹⁰

Deve se distinguir também os dois tipos de atos normativos, os propriamente ditos, que ditam regras de condutas futuras, com caráter de generalidade e abstração, à semelhança da lei; e os atos normativos de efeitos concretos, ou seja, atos que quanto ao seu conteúdo são verdadeiros atos administrativos, porque decidem casos concretos. Assim, na medida em que as agências vão encontrando situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam os serviços públicos e seus usuários, que geram conflitos, elas vão expedindo atos normativos para decidirem esses casos concretos (DI PIETRO, 2009).

Di Pietro entende que “aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa

390 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48.

margem de flexibilidade ou de discricionariedade. São os dois aspectos da regulação já assinalados: estabilidade e flexibilidade. E sempre se deve ter presente a ideia de que a lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de reserva de lei.”³⁹¹

Ressalvados os entendimentos quanto à constitucionalidade da criação das demais agências reguladoras, senão as mencionadas na Constituição, certo é que as agências reguladoras são dotadas de competência normativa, o que lhes permite elaborar normas detalhadas e específicas que complementam a legislação primária. Essa competência é fundamental para a operacionalização de políticas públicas e para a regulação eficaz dos setores econômicos que regulam. As normas editadas por essas agências variam desde regulamentos técnicos específicos até normas que estabelecem procedimentos e requisitos para o funcionamento adequado das atividades reguladas.

Inclusive o Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui precedentes reconhecendo o exercício do poder normativo conferido às agências reguladoras. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FISCALIZAÇÃO. EVASÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE. PRECEDENTES. 1. Consoante precedentes do STJ, “as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada, na espécie, na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001” (REsp 1.635.889/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016). Precedentes: REsp 1.635.889/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016; REsp 1.569.960/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/5/2016; AgRg no REsp 1.371.426/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 24/11/2015. 2. Agravo interno não provido.³⁹²

391 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 48-49.

392 AgInt no REsp n. 1.620.459/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 12/2/2019, DJe de 15/2/2019.

As normas técnicas são particularmente importantes em setores como telecomunicações, energia, saúde e transportes, onde a complexidade e a especificidade das operações demandam regulamentos detalhados que assegurem a conformidade com padrões internacionais de qualidade e segurança. Por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) edita normas que tratam da qualidade dos serviços de telefonia e internet, estabelecendo critérios técnicos e indicadores de desempenho que devem ser cumpridos pelas operadoras (PEREIRA, 2019).

Além disso, as agências reguladoras têm a função de estabelecer normas procedimentais que regulam o funcionamento interno dos setores sob sua regulação. Isso inclui a definição de processos de licenciamento, autorizações, fiscalização e aplicação de sanções. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por exemplo, estabelece procedimentos para a concessão de autorizações de exploração de serviços de energia, assim como os critérios para a fiscalização dessas atividades e a aplicação de penalidades em caso de descumprimento das normas.

A natureza dessas normas é marcada pela tecnicidade e pela especificidade, exigindo das agências um corpo técnico altamente especializado e atualizado. As normas devem ser baseadas em estudos técnicos e análises detalhadas, frequentemente envolvendo consultas públicas para garantir a transparência e a legitimidade do processo normativo.

Apesar de serem dotadas de autonomia para editar normas, as agências reguladoras operam sob limitações impostas pelo ordenamento jurídico. A principal limitação é que essas normas devem estar em conformidade com a legislação primária e os princípios constitucionais. As agências não podem criar regras que extrapolem ou contrariem as disposições legais estabelecidas pelo Congresso Nacional. Isso assegura que o poder normativo das agências seja exercido dentro dos limites previstos pela lei (DI PIETRO, 2020).

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II,

da Constituição. Não se pode deixar de lembrar que a proteção dos direitos individuais frente ao Estado constituiu a própria razão de ser da construção do princípio da legalidade, sem o qual não existe o Estado de Direito.³⁹³

Leila Cuéllar acentua que na regulamentação não se pode inovar a ordem jurídica, contrariar a lei e o direito, desrespeitar o princípio da tipicidade, impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas. É preciso respeitar a repartição de competências, tudo ficando submetido ao controle do Poder Judiciário (CUÉLLAR, 2001).

O controle das normas editadas pelas agências reguladoras é exercido principalmente por meio do controle judicial que ocorre quando as normas são questionadas em tribunais, podendo ser analisadas quanto à sua legalidade e constitucionalidade. O Poder Judiciário tem a competência de invalidar normas que sejam consideradas ilegais ou inconstitucionais, garantindo que as agências atuem dentro de seus limites legais (MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2021).

Ou seja, as ações normativas das agências reguladoras estão sujeitas à revisão judicial. Normas que excedem a autoridade legal da agência ou que violem direitos fundamentais podem ser anuladas ou modificadas pelo poder judiciário.

Além disso, as agências reguladoras são estabelecidas por leis específicas que definem seu escopo de atuação, seus poderes e suas responsabilidades. Elas não podem criar normas além dos limites estabelecidos nessas leis de criação.

Outra forma de controle importante é a participação social e a transparência. Muitas agências reguladoras adotam mecanismos de consulta pública antes de editar normas, permitindo que a sociedade, empresas e outras partes interessadas apresentem sugestões e críticas. Esse processo participativo contribui para a legitimidade e a eficácia das normas, além de aumentar a transparência das decisões tomadas pelas agências (ARAGÃO, 2004).

Em suma, embora as agências reguladoras possuam significativa autonomia normativa, essa autonomia é balizada por um sistema de controle e limitações que visa assegurar a legalidade, a constitucionalidade e a aderência ao interesse público das normas por elas editadas.

393 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 49.

3. Conclusões

As agências reguladoras são pilares essenciais na regulação de setores estratégicos e na garantia de serviços públicos de qualidade.

É reconhecido às agências de regulação a possibilidade de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na ideia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica.

Apesar de serem dotadas de autonomia para editar normas, as agências reguladoras operam sob limitações impostas pelo ordenamento jurídico. A principal limitação é que essas normas devem estar em conformidade com a legislação primária e os princípios constitucionais. As agências não podem criar regras que extrapolem ou contrariem as disposições legais estabelecidas pelo Congresso Nacional. Isso assegura que o poder normativo das agências seja exercido dentro dos limites previstos pela lei (DI PIETRO, 2020).

Suas funções normativas são indispensáveis para a tradução de diretrizes legais em regras práticas e específicas, assegurando a eficiência e a segurança em áreas complexas. A autonomia conferida a essas entidades permite uma atuação técnica e especializada, porém, deve ser contrabalçada por mecanismos de controle legal e social para evitar excessos e garantir a conformidade com os princípios constitucionais.

O equilíbrio entre autonomia e controle é crucial. A autonomia normativa possibilita a flexibilidade necessária para responder às dinâmicas de setores específicos, mas deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo legislador e com respeito aos princípios constitucionais. As agências não podem criar normas que inovem na ordem jurídica sem previsão legal, respeitando o princípio da legalidade.

Além disso, a participação social e a transparência no processo normativo são vitais para a legitimidade das normas editadas. Mecanismos de consulta pública são essenciais para garantir que as normas reflitam as necessidades e expectativas da sociedade e do mercado, aumentando a legitimidade e a aceitação das regulamentações.

Por fim, as agências reguladoras enfrentam desafios contínuos de adaptação às mudanças tecnológicas e de mercado. A capacidade de revisar e atualizar suas normas em resposta a novas realidades é fundamental para manter a relevância e a eficácia de suas regulamentações.

A busca por um modelo de governança regulatória que equilibre autonomia, controle e participação social é um caminho promissor para fortalecer a atuação dessas entidades e garantir a eficiência e a segurança dos setores regulados.

4. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Reforma do Estado Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. **Direito regulatório: temas polêmicos** (Coord.). 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, Perfil constitucional das agências reguladoras. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. **RDA**, v. 218.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

_____. (Coord.). Direito administrativo econômico. **Serviços públicos e regulação estatal, Introdução à agências reguladoras**, São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Ricardo Marcondes Martins. **Agências Reguladoras e Controle Judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

CAPÍTULO 18

HARMONIZAÇÃO REGULATÓRIA: ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS PILARES ESG, SOB O ASPECTO ECONÔMICO-FINANCEIRO, NAS COMPANHIAS DE SOCIEDADE ANÔNIMA DE SANEAMENTO BÁSICO

Iara Sônia Marchioretto³⁹⁴

Rejane Amorim Monteiro Mishima³⁹⁵

1. Introdução

O termo ESG surgiu pela primeira vez em um relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), o Global Compact (2004) *Who Care Wins: Connecting Financial Markets to a Changing World*. Segundo Eccles, Lee e Strohle (2020), o ex-secretário Geral da ONU propôs uma iniciativa conjunta entre instituições financeiras para desenvolver diretrizes e recomendações sobre como integrar melhor as questões ambientais (*Environmental*), sociais (*Social*) e de governança (*Governance*). Desde então as organizações buscam melhores práticas ambientais, sociais e de governança para se adequarem ao conjunto de métricas e indicadores dessas áreas, visando gerar valor para acionistas e vantagem competitiva no mercado em que atuam. O que antes era avaliado apenas por posições financeiras, atualmente é considerado por outros aspectos, mormente com relação a forma como estas organizações lidam com as questões ambientais, sociais e de governança.

Considerando o exposto, é possível perceber que o ESG pode ser analisado por pelo menos duas perspectivas, a primeira como um conjunto de práticas que visa melhor adequar as questões ambientais, sociais e de governança afetas à determinada organização. A segunda, sob o aspecto

394 Contadora, Doutora em Saúde e Desenvolvimento da Região Centro-Oeste, Analista de Regulação do quadro permanente da AGEMS. Foi coordenadora da Câmara de Regulação Econômica de Saneamento.

395 Diretora de Inovação e Relações Institucionais da AGEMS. Jornalista. Especialista em Regulação. Formada no Programa de Desenvolvimento de Conselheiros da Fundação Dom Cabral e atualmente cursa MBA em ESG pela Fundação Getúlio Vargas.

econômico-financeiro resultantes desses indicadores. Essas práticas são avaliadas por métricas e indicadores que constam nos relatórios de sustentabilidade 2022, de ambos os grupos que propiciará a geração de relatórios ESG indicando determinado desempenho daquela organização nas referidas áreas.

Notadamente o ESG é um tema de pesquisa abrangente que necessita de aprofundamento e deliberação. O presente artigo, tem por objetivo analisar a aplicabilidade dos pilares ESG em duas Companhias de saneamento básico de Sociedade Anônima com investimentos em diferentes regiões do Brasil a fim de entender os impactos positivos/negativos nas regiões que atuam, com olhar especial no âmbito econômico-financeiro.

O Grupo Aegea e o Grupo Águas do Brasil são duas das principais companhias de saneamento básico no Brasil, atuando em diversos estados e cidades com foco no fornecimento de serviços essenciais de água e esgoto. Com atuação em 154 municípios brasileiros através do atendimento de 20 milhões de pessoas, o Grupo Aegea tem investido fortemente na expansão e modernização de sua infraestrutura de saneamento. Em 2022, a empresa priorizou projetos relacionados ao tratamento de água e esgoto, resultando na criação de novas estações de tratamento e na implementação de tecnologias de eficiência energética. (Relatório de Sustentabilidade AEGEA, 2022).

O Grupo Águas do Brasil, com atuação em 32 municípios brasileiros, por meio de 15 concessionárias e duas unidades industriais, incluindo Rio+Saneamento e Zona Oeste Mais Saneamento, atende a 5 milhões de pessoas, resultado do trabalho de aproximadamente 5 mil colaboradores e do apoio de uma rede de mais de 6 mil fornecedores. Em 2022, o grupo concentrou seus investimentos em ações para a melhoria da qualidade da água e redução de perdas no sistema de distribuição. A empresa investiu na modernização de suas redes e estações de tratamento, com resultados visíveis na redução de vazamentos e no aumento da capacidade de tratamento. (Relatório de Sustentabilidade, Águas do Brasil, 2022).

O artigo apresenta quatro seções, incluindo esta introdução. A seção seguinte abordará o referencial teórico sobre ESG. A terceira seção apresentará os números com base nos relatórios de sustentabilidade e aspectos metodológicos. A quarta seção traz a análise e discussão dos resultados. A última seção expõe as considerações.

1.1 Referencial teórico

1.2 O ESG é sustentável?

ESG pode ser caracterizado como fatores ambientais, sociais e de governança usados para medir o desempenho sustentável das empresas (TRIPATHI; BHANDARI, 2014; WATSON, 2015). Os fatores relacionados ao meio ambiente incluem emissões, uso e reúso da água, poluição da água, combate as perdas, aproveitamento de resíduos e descarte correto dos rejeitos, uso de recursos renováveis e não renováveis, entre outros. Questões como diversidade no local de trabalho, saúde e segurança, combate à exploração do trabalho infantil, impacto das operações na comunidade e na sociedade contextualizam o fator social. A governança, por sua vez, inclui os aspectos relacionados à gestão e aos conselhos executivos, como diversidade na composição dos conselhos, pautas e reuniões transparentes, compliance, inclusão, combate a corrupção. Um indicador de mensuração para a sustentabilidade como o ESG (*Environmental, Social and Governance*) é um *proxy* de desempenho importante que possui a governança como moderador, incluindo uma pontuação geral, refletindo uma visão equilibrada de uma empresa nas áreas ambiental, social, governança e desempenho econômico ao longo do tempo (NUBER et al, 2019).

Os índices ESG refletem as iniciativas das empresas que geram impacto para diminuir os danos ao meio ambiente, injustiças sociais e melhorar suas práticas de governança, seja a empresa pertencente ao setor público ou privado (WALTER, 2020). Trata-se de um critério que guia investimentos com foco em sustentabilidade e foi criado como uma métrica para avaliar o desempenho das empresas em relação às práticas ambientais, sociais e de governança. Conforme Dados do *Social Investment Forum's, 2008* os investimentos em empresas com responsabilidade social cresceram 258% desde 1995, variação maior que dos ativos administrados nos Estados Unidos.

Os dados da *Mercer Investment Consulting, 2006*, reportam que de todos os investimentos do Reino Unido cerca de 47% são investimentos comprometidos com o *Environmental, Social and Governance (ESG) Analysis* (GOMES:TORTATO, 2011). A prática ESG tem por objetivo aumentar a precisão do que é mensurável e acionável em cada um dos três eixos.

1.3 O pilar Social

O pilar social da agenda ESG concentra-se em aspectos que impactam diretamente as pessoas e a sociedade. Engloba uma ampla gama de questões relacionadas a direitos humanos, práticas de trabalho, equidade, segurança, inclusão, diversidade, relações comunitárias e impacto social mais amplo. De acordo com o *Growth Report ESG* e Inovação da ACE Cortex (2021), uma das maiores empresas de inovação e investimentos da América Latina, são considerados fatores sociais importantes: o desenvolvimento dos relacionamentos humanos dentro e fora da empresa.



Um conjunto de práticas, políticas e iniciativas que uma empresa implementa para tratar de questões relacionadas ao bem-estar das pessoas e ao impacto na sociedade. Isso inclui a promoção de direitos trabalhistas, a garantia de ambientes de trabalho seguros e inclusivos, a igualdade de oportunidades, a diversidade na força de trabalho, relações justas com clientes e fornecedores, responsabilidade social corporativa e engajamento com a comunidade. A transparência e a ética nos negócios também são componentes cruciais desse pilar.

Em relação às práticas trabalhistas e direitos humanos, uma parte importante do pilar social é o respeito aos direitos dos trabalhadores,

condições justas de trabalho, proibição do trabalho infantil e do trabalho forçado, bem como o cumprimento das leis trabalhistas locais e internacionais. Estas questões são tratadas pela International Labour Organization (2017) em seu documento *"Fundamental Principles and Rights at Work"*. Da mesma forma, as *"Guiding Principles on Business and Human Rights"* da Organização das Nações Unidas (ONU, 2011) fornecem orientações sobre a promoção e respeito aos direitos humanos.

A diversidade e inclusão são essenciais neste pilar, com políticas e práticas que promovam a diversidade étnica, de gênero, orientação sexual, idade, e outras dimensões, bem como a inclusão de todas as pessoas no ambiente de trabalho. Um estudo de McKinsey & Company (2020), intitulado *"Diversity Wins: How Inclusion Matters"*, aponta para a importância da diversidade nas empresas e sua relação com o desempenho financeiro. Outro ponto importante citado pelo *Growth Report* é a adoção de políticas de diversidade e inclusão, pauta que segundo Oliveira *et al* (2021) alcançou grande repercussão durante a pandemia da Covid-19, uma vez que as desigualdades sociais ficaram ainda mais evidentes.

Outro aspecto relevante é a segurança e saúde no trabalho, que está ligada à criação de ambientes de trabalho seguros e saudáveis, com políticas que minimizem riscos de acidentes e doenças ocupacionais. A *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA, 2021) trata desses aspectos em seu guia sobre segurança e saúde no trabalho.

A responsabilidade social corporativa é um elemento-chave do pilar social, abrangendo iniciativas que buscam contribuir para a sociedade em geral, como ações de caridade, voluntariado corporativo, educação e treinamento para comunidades, e iniciativas para o desenvolvimento local. A importância da responsabilidade social corporativa é discutida por Porter e Kramer (2011) em seu artigo *"Creating Shared Value"* publicado na Harvard Business Review.

O pilar social também abrange as relações com a comunidade, que envolvem o impacto da empresa nas comunidades locais, incluindo questões de vizinhança, engajamento com stakeholders, e contribuição para o desenvolvimento sustentável das regiões onde a empresa opera. Freeman (1984), em seu livro *"Strategic Management: A Stakeholder Approach"*, destaca a importância do engajamento com stakeholders para o sucesso empresarial a longo prazo.

Empresas que adotam práticas sólidas no pilar social geralmente experimentam benefícios em termos de engajamento dos funcionários,

retenção de talentos, reputação, e relacionamentos com *stakeholders*. Além disso, tais empresas estão mais bem preparadas para lidar com riscos associados a questões sociais, evitando prejuízos financeiros, legais ou reputacionais. Assim, o foco robusto no pilar social pode trazer vantagens competitivas e contribuir para uma sociedade mais justa e inclusiva. Como tal, o pilar social é fundamental para a abordagem ESG, equilibrando crescimento econômico com responsabilidade social e bem-estar humano.

1.4 O Pilar Ambiental

Uma grande tendência organizacional emergente, a sustentabilidade, representa uma ação muito importante na criação de estratégias competitivas para as empresas. A atividade econômica traz grandes avanços para a sociedade humana, mas também problemas ambientais: aquecimento global, mudanças climáticas, etc. (DANG; BRUNA; HOUANT; MANITA, 2018, p.4).

O comportamento de uma empresa dedicada a ESG reflete a consciência ambiental, por exemplo, preservação do meio ambiente natural e da biodiversidade, redução do impacto ecológico, redução de emissões de carbono prejudiciais, redução do uso da água e recursos esgotáveis, redução do clima e riscos regulatórios (AMEL-ZADEH; SERAFEIM; 2018; IAMANDI; CONSTANTIN; MUNTEANU; *et al*, 2019).

Como exemplo disso, nas últimas décadas, questões ambientais impulsionaram a criação de valor nas organizações e para seus *stakeholders*, devido a crescente competição por recursos naturais, como também para mostrar ao mercado seu desempenho e cuidado ambiental considerando que a imagem da empresa tem influência direta no seu sucesso (HINOJOZA-LOPEZ *et al.*, 2020).

As empresas que colaboram com as questões ESG também reúnem recursos para reduzir o impacto ambiental adverso de suas operações, como a implementação de atividades para reduzir a poluição nos processos de produção e do uso de produtos químicos, resíduos, armazenamento e eliminação. (WHITELOCK, 2015, p.397).

Ao monitorar até que ponto as empresas assumem a responsabilidade por seu impacto é dada atenção crescente a mapear não apenas o impacto econômico dos negócios mas também seu impacto ambiental e social e sua forma de fazer negócios em termos de governança e conduta

empresarial em geral (VEENSTRA; ELLEMERS, 2020, p. 3) que apontam que as agências de classificação ESG desempenham um papel cada vez mais influente no direcionamento das empresas para um futuro sustentável. Como resultados, um número crescente de partes interessadas, incluindo investidores, consumidores, governos e clientes corporativos, mostrou alto interesse em práticas ESG que incluem prática de relatórios ambientais corporativos – CER (BUALLAY, 2019). Há um interesse crescente em identificar padrões de sustentabilidade, corporativa, uma vez que as empresas não são apenas “julgadas” por seu desempenho financeiro, mas também por sua capacidade de reagir a diferentes desafios ambientais, sociais e de governança corporativa (IAMANDI *et al.*, 2019, p. 3).

Tanto a Aegea quanto a Águas do Brasil enfrentam desafios ambientais significativos no contexto do ESG. Ambas as empresas operam no setor de saneamento, onde a gestão ambiental é essencial para garantir a sustentabilidade dos negócios e o atendimento às demandas das partes interessadas. As licenças ambientais são obrigatórias e garantem que as operações estejam em conformidade com as regulamentações ambientais vigentes. Para a Aegea, uma das maiores operadoras de saneamento do país, e para a Águas do Brasil, que tem uma presença significativa em várias regiões do Brasil, as licenças são fundamentais para assegurar que suas atividades não causem danos ambientais irreparáveis. Sem essas licenças, as empresas enfrentariam não apenas consequências legais, como multas e embargos, mas também danos à reputação e à confiança dos stakeholders.

Por outro lado, as certificações ambientais, como a ISO 14000, embora sejam opcionais, desempenham um papel importante na governança empresarial e no compliance ambiental. Ao adotarem padrões reconhecidos internacionalmente para a gestão ambiental, as empresas demonstram seu compromisso com a sustentabilidade e a responsabilidade ambiental. Para a Aegea e a Águas do Brasil, que buscam se destacar como líderes em sustentabilidade no setor de saneamento, a certificação ISO 14000 pode ser uma ferramenta valiosa para fortalecer sua posição no mercado e atrair investidores ESG.

1.5 O Pilar de Governança

Para uma boa compreensão do tema é necessário que se responda a três questões: “o que é governança corporativa?”, “porque ela está

inclusa no ESG?”, e “quais itens a tornam um fator de destaque dentro do sistema?”

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) (2015), a governança corporativa é a forma como as instituições são geridas e incentivadas, compreendendo os relacionamentos entre todos os *steakeholders*, como sócios, diretoria, conselhos, colaboradores, reguladores, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. Uma política de governança bem estabelecida faz com todos esses grupos dialoguem e determinem objetivos convergentes, tornando-se essencial para uma boa *performance* dos negócios.

Um estudo realizado em companhias da Malásia relatou que existe uma grande influência da governança corporativa na economia das empresas (TARMUJO; MAELAH; TARMUJI, 2016). Tal situação fica clara quando se considera o relato de Kahn (2019), no qual ele declara que uma governança corporativa eficaz é importante para uma boa alocação, preservação e aumento do capital. Isto se torna evidente ao pensar na definição do termo governança e como esta é aplicada nas empresas, iniciando pelos objetivos de cada uma das partes interessadas, passando pela tomada de decisão e priorização das ações, seguindo para as operações de uma companhia. Ao analisar cada um dos passos, é factível compreender a importância deste tema dentro do sistema, bem como o impacto financeiro gerado.

Apesar da facilidade em entender a relevância desse tópico, é necessário saber quais aspectos da governança são interessantes para se ter bons resultados. No contexto de empresas de saneamento, como o Grupo Águas do Brasil e a Aegea, a governança forte se manifesta através de práticas que garantem a aderência rigorosa a regulamentos ambientais e sociais, a implementação de políticas claras de *compliance* e a existência de mecanismos de controle e auditoria eficazes na governança corporativa que representa um pilar crucial nas práticas de ESG (*Environmental, Social, and Governance*), especialmente para empresas no setor de saneamento, onde as decisões impactam diretamente o meio ambiente e as comunidades atendidas. Este pilar enfatiza a importância da transparência, da ética e da responsabilidade nas operações empresariais.

2. Procedimento Metodológico

Os relatórios de sustentabilidade de 2022 dos Grupos Aegea e Águas do Brasil fornecem *insights* valiosos sobre os esforços e investimentos em

sustentabilidade desses dois grupos de saneamento básico. Esta análise comparativa apresenta métricas quantitativas e qualitativas das principais áreas de atuação de ambos, destacando semelhanças, diferenças e oportunidades de melhoria.

2.1 Apresentação de Dados

GRUPO AEGEA

Ambiental

- Mais de 527 bilhões de litros de esgoto tratados em 2022, um aumento de 131% em relação ao ano anterior.
- 97% da energia elétrica consumida pela empresa foi gerada por fontes renováveis.
- R\$ 22 milhões em projetos de Gestão de Controle de Perdas e Eficiência Energética. Investimentos que visam reduzir perdas físicas de água nas redes, críticas para conservar os recursos hídricos e melhorar a eficiência operacional.
- Em 2022, foi realizado o plantio de 340 mil árvores de espécies nativas nos biomas Pantanal, no Mato Grosso do Sul, e Mata Atlântica, no Rio de Janeiro.
- Investimento de R\$ 10 milhões, em uma estrutura de *“matchfunding”*: para cada R\$ 1 real vindo do setor privado, o banco investe, em paralelo, o mesmo valor.

Social

- A empresa beneficiou mais de 500 mil famílias com a Tarifa Social.
- A Companhia se comprometeu a ter 45% de mulheres ocupando posição de liderança até 2030
- A Companhia se comprometeu a ter 27% de negros ocupando posição de liderança na Companhia até o final de 2030.
- Realização de 50 campanhas educativas em comunidades atendidas, impactando diretamente mais de 100.000 pessoas e promovendo a conscientização sobre o uso responsável da água e a preservação ambiental.
- Contratação de 200 novos colaboradores de comunidades locais, visando a inclusão social e o desenvolvimento econômico das regiões onde atua.

Governança

- Adesão ao Movimento Transparência 100% do Pacto Global da ONU, comprometendo-se a atingir cinco metas até 2030.
- Adoção das melhores práticas e transparência através da manutenção da liderança e geração de valor; gerenciamento da imagem, reputação e longevidade dos negócios.
- Manutenção de índice de conformidade regulatória de 98% em todas as suas operações, refletindo o compromisso com a transparência e o cumprimento das normas do setor.
- Realização de 20 auditorias internas de governança corporativa em suas subsidiárias, identificando áreas de melhoria e implementando medidas corretivas.

GRUPO ÁGUAS DO BRASIL

Ambiental:

- Investimento de R\$ 450 milhões em infraestrutura de saneamento, incluindo a modernização de redes de distribuição de água e a ampliação da cobertura de esgotamento sanitário em áreas urbanas.
- Redução de 20% nas perdas de água não contabilizadas por meio da detecção e reparo de vazamentos em suas redes.
- Aumento de 25% na capacidade de tratamento de água potável em suas estações, resultando em melhoria na qualidade da água fornecida.

Social

- Distribuição de 10.000 kits de higiene pessoal em escolas públicas, beneficiando diretamente 50.000 alunos e suas famílias, como parte de um programa de apoio à educação e saúde.
- Parceria com 5 instituições de ensino técnico para oferecer estágios remunerados a jovens de baixa renda, promovendo oportunidades de emprego e capacitação profissional.
- Comprometimento em universalizar o acesso ao saneamento básico, especialmente para os mais vulneráveis, através do benefício da Tarifa Social.

Governança

- Estabelecimento de um Comitê de Ética e Compliance, composto por membros independentes e especialistas em governança, para monitorar o cumprimento das políticas internas e externas.

- Publicação de um Relatório de Impacto Social, destacando as iniciativas sociais e os resultados alcançados, como parte do compromisso com a transparência e prestação de contas.
- Avanço em várias frentes, incluindo governança e conformidade, diversidade e inclusão, estratégia ambiental, responsabilidade social e direitos humanos.

3. Análise comparativa

Sob a visão do paradigma atual de investimentos, os fatores ESG assumem um protagonismo especial visto que o conceito de estabilidade financeira leva em consideração a divulgação das empresas com relação aos riscos que estão enfrentando nos índices econômicos, ambientais e sociais de sustentabilidade e como pretendem administrar esses riscos. Além disso a evolução desse conceito se evidencia sob os três fatores de responsabilidade com os *steakeholders*: pessoas, planeta e lucro (ZIOLO, et. Al, 2019).

Figura 2.

Relatório de Metas ESG - Ambiental

AEGEA	ÁGUAS DO BRASIL
Mais de 527 bilhões de litros de esgoto em 2022, um aumento de 131% em relação ao ano anterior.	Publicação da política de sustentabilidade
97% da energia elétrica consumida pela empresa foi gerada por fontes renováveis.	Redução de 20% nas perdas de água não contabilizadas por meio da detecção e reparo de vazamentos em suas redes.
Alocou R\$ 22 milhões em projetos de Gestão de Controle de Perdas e Eficiência Energética. Investimentos que visam reduzir perdas físicas de água nas redes, que são críticas para conservar os recursos hídricos e melhorar a eficiência operacional.	Aumento de 25% na capacidade de tratamento de água potável em suas estações, resultando em uma melhoria na qualidade da água fornecida.
Em 2022, foi realizado o plantio de 340 mil árvores de espécies nativas nos biomas Pantanal, no Mato Grosso do Sul, e Mata Atlântica, no Rio de Janeiro. Investimento de R\$ 10 milhões, em uma estrutura de “matchfunding”: para cada R\$ 1 real vindo do setor privado, o banco investe, em paralelo, o mesmo valor.	Investimento de R\$ 450 milhões em infraestrutura de saneamento, incluindo a modernização de redes de distribuição de água e a ampliação da cobertura de esgotamento sanitário em áreas urbanas.

Em 2022, 97% do consumo de energia do grupo Aegea foi proveniente de fontes renováveis. Foram poupados 20 bilhões de litros de água através do Programa de Redução de Perdas, mais de 527 bilhões de litros de esgoto tratados, realizado o plantio de 340 mil árvores nativas, ao tempo que o Grupo registrou Receita Operacional Líquida contábil de R\$ 3,7 bilhões, um crescimento de 25% na comparação com 2021 e EBITDA de R\$ 2,5 bilhões, o que representa uma expansão de 37%. É clara a visão do grupo de que os investidores buscam benefícios financeiros, mas também um investimento ético e responsável através de empresas que conduzam relações com todos os seus públicos de interesse dentro dos princípios de transparência, prestação de contas e responsabilidade.

Fortalecendo os compromissos ambientais, sociais e de governança com o mercado de capitais, o Grupo Aegea se tornou a primeira empresa de saneamento da América Latina a emitir *bonds* vinculados a metas de sustentabilidade. Houve a emissão do *Sustainability-Linked Bond* (SLB) de US\$ 500 milhões no mercado internacional, com vencimento em 7 anos, atrelando o cupom da dívida a metas ESG relacionadas ao consumo de energia e à ampliação de diversidade de mulheres e negros em cargos de liderança. Ainda em 2022, fora emitido Debêntures Sustentáveis de Infraestrutura em Águas de Teresina, no valor de R\$ 600 milhões e prazo de até 15 anos.

As empresas por razões já conhecidas, se preocupam em relatar seu desempenho ambiental, cientes de que este fator conta para os *stakeholders*. Um dos motivos pelos quais as empresas vêm se empenhando na publicação de relatórios ambientais é sinalizar que têm um bom desempenho ambiental e consideram o desenvolvimento sustentável de forma significativa (JAAFAR *et al*, 2019).

Figura 3.

Relatório de Metas ESG - Social

AEGEA	AGUAS DO BRASIL
A empresa beneficiou mais de 500 mil famílias com a Tarifa Social.	Distribuição de 10.000 kits de higiene pessoal em escolas públicas, beneficiando diretamente 50.000 alunos e suas famílias, como parte de um programa de apoio à educação e saúde.

A Companhia se comprometeu a ter 45% de mulheres ocupando posição de liderança até 2030. Contratação de 200 novos colaboradores de comunidades locais, visando a inclusão social e o desenvolvimento econômico das regiões onde atua.	Meta de 40% de mulheres em cargos de gestão em 2030. Meta de 30% de participação de pretos e pardos em cargos de gestão.
A Companhia se comprometeu a ter 27% de negros ocupando posição de liderança na Companhia até o final de 2030.	O grupo está comprometido em universalizar o acesso ao saneamento básico, especialmente para os mais vulneráveis, através do benefício da Tarifa Social.
Realização de 50 campanhas educativas em comunidades atendidas, impactando diretamente mais de 100.000 pessoas e promovendo a conscientização sobre o uso responsável da água e a preservação ambiental.	Parceria com 5 instituições de ensino técnico para oferecer estágios remunerados a jovens de baixa renda, promovendo oportunidades de emprego e capacitação profissional.

Na área de Inovação, o Grupo Aegea implantou um sistema de Inteligência cognitiva no autoatendimento uma ferramenta de IA aplicada em todas as unidades nos contatos via telefone *WhatsApp*, representando 60% de todo o atendimento a clientes do grupo. A partir da aplicação desta ferramenta, o índice de satisfação no atendimento aumentou 15%, o que demonstra que os clientes estão mais facilmente encontrando o que buscam quando entram em contato. A ação refletiu ganhos significativos de eficiência operacional.

A preocupação com o meio ambiente, bem-estar social e governança está ganhando força como componente ético para investimentos nos mercados financeiros (BANU; BHUVANESWARI; BEGUMK, 2021). Ambos os grupos demonstram um forte compromisso com a sustentabilidade, investindo em infraestrutura, promovendo a conscientização ambiental e social, e adotando práticas de governança transparentes. No entanto, há diferenças nas estratégias e resultados alcançados por cada grupo, o que sugere oportunidades de aprendizado.

O Grupo Águas do Brasil, ao longo de sua história, tem se expandido significativamente, marcando presença em várias cidades brasileiras e atendendo a uma população considerável. Em 2023, o grupo operou em 32 municípios brasileiros por meio de 15 concessões e duas unidades industriais, demonstrando um comprometimento robusto com a universalização do acesso ao saneamento básico. Além disso, a empresa tem feito investimentos significativos para melhorar a infraestrutura de saneamento e a gestão de recursos hídricos nas cidades onde atua. Por exemplo, em Teresópolis, Rio de Janeiro, o grupo se comprometeu

a investir R\$ 480 milhões em um contrato de 25 anos, começando em 2024, para universalizar a distribuição de água tratada e coletar e tratar 90% do esgoto da cidade, beneficiando cerca de 165 mil habitantes.

Figura 4.

Relatório de Metas ESG - Governança

AEGEA	AGUAS DO BRASIL
Adesão ao Movimento Transparência 100% do Pacto Global da ONU, comprometendo-se a atingir cinco metas até 2030.	Publicação de um Relatório de Impacto Social, destacando as iniciativas sociais e os resultados alcançados, como parte do compromisso com a transparência e prestação de contas.
Adoção das melhores práticas e transparência através da manutenção da liderança e geração de valor; e gerenciamento da imagem, reputação e longevidade dos negócios.	Estabelecimento de um Comitê de Ética e Compliance, composto por membros independentes e especialistas em governança, para monitorar o cumprimento das políticas internas e externas.
Manutenção de índice de conformidade regulatória de 98% em todas as suas operações, refletindo o compromisso com a transparência e o cumprimento das normas do setor.	O grupo está avançando em várias frentes, incluindo governança e conformidade, diversidade e inclusão, estratégia ambiental, responsabilidade social e direitos humanos.
Realização de 20 auditorias internas de governança corporativa em suas subsidiárias, identificando áreas de melhoria e implementando medidas corretivas	Primeira certificação do Brasil na norma ABNT NBR ISO37002, que trata da gestão de denúncia priorizando o comprometimento com o tratamento de denúncias

Entre as cidades destacadas pela sua performance em saneamento, Niterói é notável, mantendo a liderança no ranking de saneamento do Instituto Trata Brasil em 2022, e figurando como a quarta melhor cidade do Brasil em termos de saneamento em 2023. Esses feitos refletem a eficácia das operações e gestões ambientais da empresa, incluindo iniciativas como a certificação ISO 14001, que valida sistemas de gestão ambiental eficientes.

O ano de 2022 foi um ano de importante estruturação financeira ao Grupo Águas do Pantanal. Foram emitidas as primeiras debêntures verdes, e o resultado obtido nos financiamentos comprova a eficiência e solidez do Grupo. A Companhia finalizou o ano de 2022 com o crescimento do Ebitda, de 5,4%, que atingiu R\$ 522,2 milhões no ano. O índice de tratamento de esgoto foi elevado de 5% para 57% na área concessionada, antecipando as metas de universalização com investimentos que chegaram a R\$ 1 bilhão. De outro, fora implantada a Rio Saneamento, que

está levando água tratada a 18 municípios do estado, incluindo a área atendida pela Zona Oeste Mais Saneamento na capital.

A ênfase, segundo Kocmonová e Docekalová (2012), passará gradativamente da informação financeira para a abordagem integrada, onde as informações sobre o desempenho ambiental, social e econômico farão parte da avaliação da qualidade e desempenho da empresa. Ao comparar os dois grupos, podemos visualizar claramente que ambos estão investindo significativamente em iniciativas ESG que não só melhoram a sustentabilidade operacional mas também oferecem um retorno financeiro positivo através de maior eficiência e melhor gestão de riscos.

O grupo Aegea, com um EBITDA fortemente aumentado e investimentos contínuos em inovação e diversidade, parece estar alcançando uma melhoria significativa em eficiência que se reflete nos seus resultados financeiros. Em contrapartida, a Companhia Águas do Brasil foca mais em expansão de cobertura e eficiência de serviço, o que também contribui para a sustentabilidade financeira a longo prazo.

4. Conclusões

No contexto dos desafios globais de sustentabilidade e a nova dinâmica da agenda ESG para que empresas operem de maneira ecologicamente correta e socialmente justa, os Grupos Aegea e Águas do Brasil demonstram um comprometimento robusto com as práticas ESG (Ambiental, Social e Governança). Ambos têm implementado estratégias que não só reforçam sua responsabilidade ambiental e social, mas também fortalecem sua sustentabilidade financeira a longo prazo.

A pesquisa buscou comparar os grupos empresariais, com base nos dados de 2022, sendo que o Grupo Aegea, através da emissão de US\$ 500 milhões em títulos vinculados a objetivos de sustentabilidade (*Sustainability-Linked Bonds - SLB*), destaca-se pelo foco em metas ambientais rigorosas e na promoção da diversidade em suas lideranças. A significativa melhoria no EBITDA, aumentando em 16.1% apenas no primeiro trimestre de 2023, reflete uma gestão operacional eficiente e uma adaptação proativa às exigências de um mercado em rápida transformação. Esta abordagem não só melhora a eficiência operacional, mas também parece oferecer retornos financeiros robustos através de uma gestão de riscos mais refinada.

Por outro lado, o Grupo Águas do Brasil foca em expandir sua cobertura de saneamento e aprimorar a eficiência de seus serviços, o que é evidenciado pelo financiamento de R\$ 19,3 bilhões adquirido para expansão e melhorias, planejando investir cerca de R\$ 40 bilhões para a universalização dos serviços de água e esgoto em suas áreas de atuação. Este enfoque não só cumpre com as responsabilidades sociais da companhia, mas também prepara o caminho para uma sustentabilidade financeira contínua, impactando positivamente as comunidades servidas e contribuindo para o desenvolvimento regional.

Assim, ao comparar os dois grupos, observa-se que a Aegea concentra-se em maximizar a eficiência e inovação interna, ao tempo que o Grupo Águas do Brasil almeja uma expansão quantitativa de seus serviços. Ambas as estratégias, embora distintas em foco, são complementares no cenário de sustentabilidade corporativa, demonstrando que investimentos direcionados e bem planejados em ESG podem ser tanto uma resposta ética às demandas contemporâneas quanto uma estratégia empresarial inteligente, promovendo a resiliência organizacional e a vantagem competitiva em um mercado exigente e regulado.

5. Referências

ALCÂNTARA, T. **Inovação e ESG**: O futuro dos negócios passa por aqui. Growth Report, 2021.

AMEL-ZADEH, A.; SERAFEIM, G. Why and how investors use ESG information: Evidence from a global survey. **Financial Analysts Journal**, 74(3), 87-103, 2018.

BARAIBAR-DIEZ, E.; D ODRIOZOLA, M.. CSR committees and their effect on ESG performance in UK, France, Germany, and Spain. **Sustainability**, v. 11, n. 18, p. 5077, 2019.

BEKTUR Ç.; ARZOVA, S. The effect of women managers in the board of directors of companies on the integrated reporting: example of Istanbul Stock Exchange (ISE) **Sustainability Index, Journal of Sustainable Finance & Investment**, 2020.

DANG, R.; BRUNA, M.; HOUANTI, H.; Manita, R. **Board gender diversity and ESG disclosure**: Evidence from the US, 2018 (No. hal-01847924).

DREMPETIC, S.; KLEIN, C.; ZWERGEL, B. The influence of firm size on the ESG score: Corporate sustainability ratings under review. **Journal of Business Ethics**, p. 1-28, 2019.

ECCLES, R.; LEE, L.; STROEHLE, J. The Social Origins of ESG: An Analysis of Innovest and KLD. **Organization & Environment**, Vol. 33(4) 575–596, 2020.

GARCIA, A.; MENDES-DA-SILVA, W.; ORSATO, R. **Corporate sustainability, capital markets, and ESG performance**. in Individual Behaviors and Technologies for Financial Innovations, pp.287–309, 2019

GOMES, F.; TORTATO, U. Adoção de práticas de sustentabilidade como vantagem competitiva: evidências empíricas. **Revista Pensamento Contemporâneo em Administração**, v. 5, n. 2, p. 33-49, 2011.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015.

JEBE, R. The convergence of financial and ESG materiality: Taking sustainability mainstream. **American Business Law Journal**, v. 56, n. 3, p. 645-702, 2019.

KHAN, Mozaffar. Corporate governance, ESG, and stock returns around the world. **Financial Analysts Journal**, v. 75, n. 4, p. 103-123, 2019.

KOCMANOVA, A., DOČEKALOVÁ, M. Construction of the Economic Indicators of Performance in Relation to Environmental, Social And Corporate Governance (Esg) Factors. **Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis volume IX** 21 Number 4, 2012.

LAGASIO, V.; CUCARI, N. Corporate governance and environmental social governance disclosure: A meta-analytical review. **Corporate Social Responsibility and Environmental Management**, v. 26, n. 4, p. 701-711, 2019.

Responsibility and Environmental Management, 27 (1), 232-243, 2019. doi: 10.1002/csr.1795

OLIVEIRA, M.; NICHIO, E.; SANTOS, G.; ANDRADE, F.; PACÍFICO, J. Desafios e reflexões sobre diversidade cultural no contexto da pandemia COVID-19. **Laplage Em Revista**, 7 (Extra-A), p.224-232, 2021.

PEREIRA, R.; MARCILIO, B. B.; GUERCIO, M. J.; TAKIMOTO, T.; PEREIRA FILHO, F. **ESG: uma revisão integrativa**. XXIII Engema FEA-USP, 2021

Relatório Anual de Sustentabilidade Aegea, 2022. <https://aegea.blog.br/relatorio-anual-de-sustentabilidade-mostra-atuacao-ambiental-da-aegea/>.

Relatório Anual de Sustentabilidade Águas do Brasil, 2022. <https://grupoaguasdobrasil2022.relatorioanual.com.br/index.html>

SAKUMA-KECK, K.; HENSMANS, M. A motivation puzzle: can investors change corporate behavior by conforming to ESG pressures?. In: **Institutional investors' power to change corporate behavior: international perspectives**. Emerald Group Publishing Limited, 2013.

VEENSTRA, E.; ELLEMERS, N. ESG Indicators as Organizational Performance Goals: Do Rating Agencies Encourage a Holistic Approach?. **Sustainability**, v. 12, n. 24, p. 10228, 2020.

WALTER, I. Sense and Nonsense in ESG Ratings. **Journal of Law, Finance, and Accounting**, 5: 307–336, 2020.

CAPÍTULO 19

SEGURANÇA ENERGÉTICA, REGULAÇÃO E CONSUMIDOR: A PERSPECTIVA DO CONSUMIDOR NA ELABORAÇÃO DAS POLÍTICAS REGULATÓRIAS COMO FORMA DE ASSEGURAR O DIREITO À CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

Carlos Eduardo Oliveira de Souza³⁹⁶

1. Introdução

O setor energético vem enfrentando uma série de desafios complexos, sendo a segurança energética um dos principais pontos de preocupação, especialmente em um contexto marcado pelas mudanças climáticas, cujas incidências estão cada vez mais intensas e constantes, que representam riscos significativos para a segurança e a disponibilidade de energia.

Assegurar o fornecimento de energia confiável, contínuo e resiliente aos consumidores, destinatários do serviço, torna-se cada vez mais crucial diante dos impactos climáticos adversos que podem comprometer a infraestrutura elétrica e ameaçar a estabilidade do sistema, integrando o objetivo de desenvolvimento sustentável n. 13 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Esses eventos podem resultar em apagões e interrupções no fornecimento de energia, afetando não apenas a economia, mas também a segurança e o bem-estar das comunidades.

Neste contexto, a regulação desempenha um papel fundamental na adaptação do setor energético às mudanças climáticas e na promoção

396 Defensor Público Coordenador do Núcleo Institucional de Promoção e Defesa dos Direitos do Consumidor e demais matérias Cíveis Residuais da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito do Estado, com ênfase em Direito Constitucional. Membro da Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor do Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais. Membro do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor de Mato Grosso do Sul. Membro da Comissão Municipal de Defesa do Consumidor de Campo Grande - COMDECON.

da segurança energética, com o desenvolvimento e implementação de políticas e medidas que visem mitigar os riscos climáticos e fortalecer a resiliência do sistema elétrico.

Ao compreender melhor o papel da regulação na segurança energética em um contexto de mudanças climáticas, poderemos identificar oportunidades para fortalecer o sistema elétrico, promover a resiliência e garantir um fornecimento de energia confiável e sustentável para os consumidores, especialmente aqueles vulneráveis e hipervulneráveis.

O objetivo deste artigo é analisar como as políticas regulatórias podem contribuir para garantir a continuidade do serviço de energia elétrica em um contexto de mudanças climáticas.

2. Impactos das Mudanças Climáticas na Segurança Energética

As mudanças climáticas têm se manifestado de diversas formas, sendo o aquecimento global o motor que impulsiona os eventos climáticos extremos. Conforme o planeta se torna mais quente, os dias chuvosos tendem a ser mais intensos e os períodos de estiagem tendem a ser mais extensos.

A primeira observação a ser feita dos efeitos das mudanças climáticas são os padrões de demanda de energia, por exemplo, o aumento das temperaturas pode levar a um maior uso de sistemas de refrigeração durante os períodos de calor intenso, aumentando a demanda por eletricidade.

Nesse sentido, no dia 15 de março de 2024, o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) identificou um novo recorde na demanda instantânea de carga do Sistema Interligado Nacional (SIN), em decorrência de questões climáticas, principalmente pelas elevadas temperaturas em quase todo o país, no patamar atingido de 102.478 MW.³⁹⁷

Por outro lado, as secas prolongadas podem reduzir a disponibilidade de água para a geração de energia hidrelétrica, o que influencia no custo de geração de energia e nas bandeiras tarifárias ao consumidor.

Esses fenômenos climáticos extremos também impactam significativamente o setor energético, afetando a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, podendo destacar a tempestade ocorrida em 3

³⁹⁷ ONS registra novo recorde na demanda de carga instantânea e média no país. ONS, 2024. Disponível em: <https://www.ons.org.br/paginas/noticias/details.aspx?i=10108>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

de novembro de 2023 no estado de São Paulo³⁹⁸, que deixou sem energia mais de 2 milhões de unidades consumidoras, causando consequências econômicas, sociais e ambientais adversas, afetando empresas, comunidades e o meio ambiente.

Outro caso que causou grande comoção nacional foram as inundações decorrentes das chuvas intensas no Rio Grande do Sul³⁹⁹, em que mais de 470 mil unidades consumidoras tiveram os serviços interrompidos. De acordo com o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), em análise do processo de retomada de operação dos ativos do Sistema Interligado Nacional (SIN) afetados pelas fortes chuvas no Rio Grande do Sul, no dia 06 de maio de 2024⁴⁰⁰, estavam fora de operação 30 linhas de transmissão, cinco usinas hidrelétricas e 8 transformadores.

Em conjunto, esses impactos das mudanças climáticas representam desafios significativos para a segurança e resiliência do sistema elétrico.

À medida que as mudanças climáticas evoluem, é necessário desenvolver estratégias de adaptação e mitigação das vulnerabilidades, a partir da combinação de políticas de energia e clima, do desenvolvimento de tecnologias avançadas de geração, transmissão e distribuição de energia, a fim de promover o fornecimento de energia seguro, confiável e sustentável em um contexto de mudanças climáticas.

3. Instrumentos Regulatórios para Mitigação de Riscos Climáticos

A mitigação de riscos climáticos no setor energético requer a implementação de instrumentos regulatórios eficazes que promovam a resiliência do sistema elétrico, com a definição de requisitos de segurança e confiabilidade que as empresas do setor elétrico devam atender para garantir a continuidade do fornecimento de energia em face de eventos climáticos extremos.

398 GOVERNO Federal notifica concessionária após apagão em São Paulo. Secretaria de Comunicação Social, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/11/governo-federal-notifica-concessionaria-apos-apagao-em-sao-paulo>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

399 BOLETIM de atualização sobre as inundações no Rio Grande do Sul. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/boletim-de-atualizacao-sobre-as-inundacoes-no-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

400 ONS avalia ativos do SIN impactados pelas chuvas no Rio Grande do Sul. ONS, 2024. Disponível em: <https://www.ons.org.br/paginas/noticias/details.aspx?i=10287>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

No Brasil, há instrumentos legais com a finalidade de mitigar os riscos climáticos no setor energético. Dentre os instrumentos está a Lei de Mudanças Climáticas (Lei n. 12.187/2009), que estabelece a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) e define princípios, objetivos e diretrizes para a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas.

Por sua vez, a Política Energética Nacional (Lei n. 9.478/1997) estabelece diretrizes para o planejamento, desenvolvimento e exploração do setor energético no Brasil, de modo a promover o uso eficiente de energia, a diversificação da matriz energética e o desenvolvimento de fontes de energia renovável, contribuindo assim para a mitigação dos riscos climáticos.

Importada do direito norte-americano, a agência reguladora desempenha um papel importante no direito brasileiro, especialmente quanto as concessões e permissões do serviço público, envolvendo o objeto, o aspecto financeiro, as cláusulas regulamentares e contratuais. Todos esses poderes exercidos tradicionalmente pela própria Administração Pública Direta, atualmente vem sendo assumidas pelas agências reguladoras⁴⁰¹.

Por meio da Lei n. 9.427/1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Dentre as suas incumbências, um instrumento importante é o fomento à pesquisa e desenvolvimento de tecnologias inovadoras voltadas para a mitigação de riscos climáticos e a promoção da sustentabilidade no setor energético.

Os incentivos financeiros e tarifários também podem estimular os investimentos em infraestrutura elétrica mais resiliente, incluindo subsídios e a implementação de mecanismos de recuperação de custos para melhorias específicas na infraestrutura.

Ao estabelecer padrões de resiliência, incentivar investimentos em infraestrutura resiliente, desenvolver planos de contingência e promover fontes de energia limpa e renovável, a ANEEL pode ajudar a garantir um

401 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2022, p. 609.

fornecimento de energia seguro, confiável e sustentável em um mundo em rápida mudança climática.

A transparência e a prestação de contas são fundamentais para garantir que as empresas do setor elétrico cumpram as regulações relacionadas às mudanças climáticas, em especial a divulgação das informações sobre os riscos climáticos enfrentados e a apresentação de planos de mitigação e adaptação.

No contexto regulatório, deve ser promovida a participação pública no processo de tomada de decisão, ouvindo as preocupações e necessidades das partes interessadas e incorporando suas contribuições nas políticas e regulamentações. Isso pode envolver a realização de análises de vulnerabilidade, identificação de áreas de alto risco e elaboração de estratégias para minimizar os impactos de eventos climáticos extremos no fornecimento de energia.

Como exemplos das políticas e medidas preventivas, destacam-se a Tomada de Subsídios n.º 2/2024⁴⁰² e a realização do evento “Resiliência de Redes Frente a Fenômenos Climáticos de Elevada Severidade”⁴⁰³, em 22 de fevereiro de 2024, ambos promovidos pela ANEEL.

O fornecimento de energia elétrica deve ser contínuo, entretanto, situações excepcionais podem causar a interrupção no serviço. No âmbito fiscalizatório, compete à ANEEL assegurar o cumprimento das regulações e aplicar penalidades em caso de descumprimento, o que inclui monitorar o desempenho das empresas em relação aos padrões de resiliência e confiabilidade do serviço e tomar medidas corretivas quando necessário.

O instrumento regulatório pertinente à qualidade do serviço é a Resolução Normativa ANEEL nº 956/2021, que estabelece os Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – Prodist, em que normatiza e padroniza as atividades técnicas relacionadas ao funcionamento e ao desempenho dos sistemas de distribuição de energia elétrica.

402 TOMADA 002/2024. Agência Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/tomadas-de-subsidios?p_auth=tYuPd6Mm&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3843&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

403 Agência Nacional de Energia Elétrica. Resiliência de Redes Frente a Fenômenos Climáticos de Elevada Severidade - 22/2/2024 (Parte 1). Youtube, 4 de mar. de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=k5qa2vux5eu>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

Os indicadores de continuidade do serviço de distribuição de energia elétrica são estabelecidos quanto à DEC – Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora e a FEC – Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora, para avaliar a qualidade do serviço na esfera da fiscalização da agência reguladora.

De acordo com o item 170 do módulo 8, da Resolução, por meio do controle das interrupções e da apuração dos indicadores de continuidade de serviço, as distribuidoras, os consumidores, as centrais geradoras e a ANEEL podem avaliar a qualidade do serviço prestado e o desempenho do sistema elétrico.

No caso prático, quanto à qualidade do serviço, após temporal ocorrido em novembro de 2023, a ANEEL aplicou e manteve a multa de R\$ 165 milhões a Enel/SP⁴⁰⁴ por demora no restabelecimento da rede, tendo considerado que os eventos climáticos adversos justificam as interrupções no fornecimento de energia elétrica, contudo, a área técnica da autarquia constatou que o plano de contingenciamento adotado pela distribuidora não foi suficiente para mitigar os impactos causados pelas chuvas.

Assim, é possível constatar os esforços para enfrentar os desafios das mudanças climáticas no setor energético, entretanto, ao estabelecer padrões de qualidade do serviço, devem ser observadas as perspectivas do consumidor para promover um fornecimento de energia seguro, confiável e sustentável em um mundo em rápida mudança climática.

4. Segurança Energética na Perspectiva do Consumidor

Os serviços públicos, como a energia elétrica, são imprescindíveis à dignidade humana, de modo que a Constituição Federal determina em seu art. 175 que o Poder Público deve prestar os serviços públicos, seja diretamente ou através da iniciativa privada, respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado.

Nos termos da Lei n. 8.987/95, que regulamentou o regime de concessão e permissão de serviços públicos, toda concessão ou permissão

404 ANEEL mantém multa de R\$ 165 milhões a Enel/SP por demora no restabelecimento da rede após temporal em novembro de 2023. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/aneel-mantem-multa-de-r-165-milhoes-a-enel-sp-por-demora-no-restabelecimento-da-rede-apos-temporal-em-novembro-de-2023>. Acesso em: 25 de abr. de 2024.

pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Para ser considerado adequado, o serviço deve preencher os requisitos da regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade tarifária e, frise-se, continuidade. Por sua vez, a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

A Lei nº 13.460/2017 aponta os direitos dos usuários dos serviços públicos, e dispõe que os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia, sendo direito do usuário de serviço público a adequada prestação dos serviços.

No mesmo sentido, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor exige que os serviços públicos, prestados diretamente pelo Poder Público ou através de concessionárias e permissionárias, sejam adequados, eficientes e seguros, ademais, os serviços essenciais, como a energia elétrica (art. 10, I, Lei n. 7.783/89), devem ser também contínuos.

Deve-se considerar que há no serviço considerado essencial um aspecto real e concreto de urgência, ou seja, necessidade concreta e efetiva de sua prestação, que não pode ser descontinuado⁴⁰⁵.

A regulação desempenha um papel crucial na adaptação do setor energético às mudanças climáticas, contudo, não pode esvaziar os princípios e as normas de proteção e defesa dos direitos do consumidor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E HIPERVULNERÁVEIS. ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. SUPREMACIA DO CDC (LEI 8.078/1990) SOBRE NORMAS REGULATÓRIAS EDITADAS PELAS AGÊNCIAS. ARTS. 6º, VII E X, E 22 DO CDC. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ART. 6, CAPUT,

405 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 307.

DA LEI 8.987/1995. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Ampla Energia e Serviço S/A., em razão de frequentes interrupções no fornecimento de energia elétrica na cidade de Niterói/RJ. O Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou (fl. 1.046, e-STJ): “Ademais, diante das provas colhidas no inquérito civil, constata-se que os consumidores locais não contam com o acolhimento diligente de suas reclamações por parte da ré, que tem a obrigação contratual e legal de cumprir as normas que regem a relação jurídica do serviço que presta. Dessa forma, as constantes falhas de fornecimento de energia elétrica comprovam que a demandada não está desempenhando adequadamente as premissas legais, embora esteja desfrutando do proveito econômico, devendo prosperar o pleito de proceder aos devidos reparos para restabelecimento do serviço de energia elétrica, no prazo indicado na sentença”. 2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte a quo, tal como colocada a questão nas razões recursais, demanda novo e completo (re) exame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Por outro lado, incide a Súmula 284/STF quanto à suscitada violação do art. 7º do CDC; dos arts. 1º, 6º, § 3º, II, 29 e 31 da Lei 8.987/1995; dos arts. 2º e 3º, I e IV, da Lei 9.427/1996; e dos arts. 2º, 3º, IV e V, 4º, IV, VII e XV, e 16, I e II, do Anexo I do Decreto Federal 2.335/1997. 3. Todavia, mesmo que o Recurso Especial pudesse ser conhecido (e não há qualquer possibilidade para tanto), o acórdão recorrido está alinhado à legislação de proteção do consumidor e à jurisprudência do STJ. 4. Como se sabe, todos os contratos de concessão de serviço público, assim como as normas administrativas editadas pelas Agências Reguladoras, subordinam-se ao princípio da legalidade e ao regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, estatuto maior de controle de abusos praticados no mercado de consumo. Descabe fazer uso da chamada discricionariedade técnica para, pela porta dos fundos - por meio de artifícios incompatíveis com o legal, o razoável, o justo, a boa-fé, a dignidade humana, negar direitos e obrigações estabelecidos na ordem jurídica com o desiderato de proteção dos vulneráveis e hipervulneráveis. Logo, sempre que necessário, o Judiciário não só pode, como deve, intervir preventiva, reparatória e repressivamente, de modo a assegurar a inteireza dos direitos dos consumidores e de outros sujeitos débeis, prerrogativa essa perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes. 5. A autoridade e a legitimidade das Agências Reguladoras e de órgãos públicos similares se fortalecem quando sua ação regulatória, fiscalizatória e técnica segue os mandamentos constitucionais e legais vigentes, não quando deles se afasta, ou quando transforma em pantomima os valores superiores

da ordem jurídica em vigor. Do contrário, teríamos a multiplicação, em plena República, de “pequenos imperadores incontidos” ou “senhores de guetos administrativos de injuricidade”, sem voto e sem jurisdição, mas com voz e poderes imensos, capazes de enfraquecer, inviabilizar ou derrubar vitais conquistas sociais legisladas, inclusive aquelas reconhecidas por precedentes dos Tribunais. 6. Agravo Interno não provido. (STJ. Segunda Turma. AgInt no AREsp n. 2.018.450/RJ, Relator Min. Herman Benjamin, j. 10/10/2022, DJe de 4/11/2022.)

Como agência reguladora, incumbe à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) definir critérios para a aplicação de sanções administrativas em caso de descumprimento das normas que edita, no entanto, tais critérios não podem mitigar o pleno atendimento dos consumidores, em especial aos princípios da regularidade, continuidade, segurança e adequação do serviço, sendo dever das concessionárias e permissionárias estarem preparadas para solucionar os problemas relacionados a fenômenos climáticos.

Na perspectiva da proteção do consumidor, a DEC – Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora e a FEC – Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora, representam possibilidades de descontinuidade do fornecimento de energia, o que viola o direito dos consumidores à prestação de um serviço público adequado, contínuo e eficiente.

O Código de Defesa do Consumidor é taxativo, não cabe exceção, de modo que os serviços essenciais, como a energia elétrica, são contínuos, o que torna necessário orientar os critérios da DEC e FEC para atender a diretriz constitucional do serviço.

Assim, cumpre destacar a lição do professor Rizzatto Nunes de que “não é possível garantir segurança, vida sadia, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade da pessoa humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos”⁴⁰⁶.

Por outro lado, o consumidor desempenha um papel fundamental na segurança energética, pois suas escolhas e comportamentos podem influenciar significativamente a demanda por energia e a eficiência do sistema elétrico como um todo.

O consumidor bem informado e consciente é um agente poderoso na promoção da segurança energética, revelando-se essencial capacitar

406 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Era do Consumo**. 1 Ed. São Paulo: Migalhas, 2016, p. 293.

os consumidores a fazerem um consumo responsável de energia elétrica. A adoção de medidas de eficiência energética é uma maneira eficaz de melhorar a segurança energética, com a redução da demanda por eletricidade o que alivia a pressão sobre o sistema elétrico.

Também é possível desempenhar um papel ativo no monitoramento e na manutenção da segurança energética através do relato de problemas de fornecimento ou identificação de áreas de melhoria na infraestrutura elétrica às concessionárias de energia, ou à ouvidoria da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Ao adotar práticas conscientes e a participação ativa na gestão de demanda, os consumidores podem desempenhar um papel significativo na construção de um sistema elétrico mais seguro, confiável e sustentável.

5. Conclusões

O setor energético está diante de desafios complexos, especialmente no contexto das mudanças climáticas, que ameaçam a segurança e a continuidade do serviço de energia elétrica. A necessidade de garantir um fornecimento confiável torna-se crucial, especialmente para comunidades vulneráveis e hipervulneráveis.

As mudanças climáticas têm impactos significativos na demanda e na infraestrutura energética, como evidenciado pelo aumento da demanda durante períodos de calor intenso e pelas interrupções causadas por eventos climáticos extremos, como tempestades e secas prolongadas.

A regulação é fundamental na adaptação do setor energético às mudanças climáticas, com políticas e medidas para mitigar os riscos climáticos e fortalecer a resiliência do sistema elétrico.

Investimentos em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias inovadoras também são fundamentais para enfrentar os desafios futuros e garantir um suprimento de energia seguro e confiável para as gerações presentes e futuras.

Nesse ponto, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) desempenha um papel central do setor, incentivando investimentos em infraestrutura resiliente, desenvolvendo planos de contingência e promovendo fontes de energia limpa e renovável.

No entanto, é crucial que a regulação não esvazie os princípios e normas de proteção ao consumidor, pois os serviços públicos, como a

energia elétrica, devem ser adequados, contínuos e eficientes, conforme estabelecido na legislação brasileira.

A proteção do consumidor deve ser um critério de destaque na regulação do setor energético, como evidenciado por decisões judiciais que enfatizam a responsabilidade das concessionárias e permissionárias em garantir um serviço adequado, mesmo diante de eventos climáticos adversos.

Garantir a segurança energética em um contexto de mudanças climáticas requer uma abordagem integrada que leve em consideração tanto a resiliência do sistema elétrico quanto os direitos e necessidades dos consumidores, de forma a proteger os interesses de todas as partes envolvidas.

Além disso, é essencial promover a conscientização e a educação dos consumidores o uso responsável dos recursos, contribuindo assim para uma maior sustentabilidade e resiliência do sistema como um todo.

Diante desses desafios, é imperativo que a Administração Pública e as empresas do setor energético continuem colaborando de forma sinérgica, a fim de implementar soluções inovadoras para enfrentar os desafios climáticos e garantir a segurança energética.

Em última análise, a segurança energética em um contexto de mudanças climáticas, é uma responsabilidade compartilhada pelo Estado (titular do serviço público), empresas (concessionárias e permissionárias do serviço público), e consumidores.

Através de uma abordagem colaborativa e orientada para o futuro, é possível enfrentar os desafios atuais e futuros, garantindo um fornecimento de energia contínuo para todos.

6. Referências

Agência Nacional de Energia Elétrica. Resiliência de Redes Frente a Fenômenos Climáticos de Elevada Severidade - 22/2/2024 (Parte 1). Youtube, 4 de mar. de 2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=K5qa2vUX5eU>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

ANEEL mantém multa de R\$ 165 milhões a Enel/SP por demora no restabelecimento da rede após temporal em novembro de 2023. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/aneel-mantem-multa-de-r-165-milhoes-a-enel-sp-por-demora-no-restabelecimento-da-rede-apos-temporal-em-novembro-de-2023>. Acesso em: 25 de abr. de 2024.

BOLETIM de atualização sobre as inundações no Rio Grande do Sul. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/boletim-de-atualizacao-sobre-as-inundacoes-no-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [1989]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 de maio de 2024.

BRASIL. 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, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [1995]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [1996]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [1997]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em 13 de maio de 2024.

BRASIL. Lei Nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidente da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em 13 de maio de 2024.

BRASIL. Resolução Normativa Aneel Nº 956, de 7 de dezembro de 2021. Estabelece os Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST, revoga as Resoluções Normativas nº 395, de 15 de dezembro de 2009; nº 424, de 17 de dezembro de 2010; nº 432, de 5 de abril de 2011 e dá outras providências. Brasília, DF: DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, [2021]. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2021956.html>. Acesso em 13 de maio de 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOVERNO Federal notifica concessionária após apagão em São Paulo. Secretaria de Comunicação Social, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/11/governo-federal-notifica-concessionaria-apos-apagao-em-sao-paulo>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo:Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Era do Consumo**. 1 Ed. São Paulo:Migalhas, 2016.

ONS registra novo recorde na demanda de carga instantânea e média no país. ONS, 2024. Disponível em: <https://www.ons.org.br/paginas/noticias/details.aspx?i=10108>. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

ONS avalia ativos do SIN impactados pelas chuvas no Rio Grande do Sul. ONS, 2024. Disponível em: <https://www.ons.org.br/paginas/noticias/details.aspx?i=10287>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

TOMADA 002/2024. Agência Nacional de Energia Elétrica, 2024. Disponível em: https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/tomadas-de-subsidios?p_auth=tYuPd6Mm&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=1&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3843&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica. Acesso em: 26 de mar. de 2024.

CAPÍTULO 19

PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DE SANEAMENTO BÁSICO E SEUS DESAFIOS DE GOVERNANÇA: ANÁLISE DAS ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA

Cristiana Fortini⁴⁰⁷

Isadora Cohen⁴⁰⁸

Matheus Cadedo⁴⁰⁹

1. Introdução

A análise do histórico que perpassa a história do saneamento revela dados importantes sobre a compreensão do pacto federativo brasileiro, sinalizando as dificuldades relacionadas à gestão de serviços cuja não prestação ou prestação deficiente escancara o desequilíbrio socioeconômico.

407 Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, onde também leciona na graduação, Mestrado e Doutorado. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogada atuante na área de Direito Administrativo, com destaque para a área das contratações públicas. Lecionou na Universidade de Pisa. Foi Visiting Scholar na George Washington University. Foi Controladora Geral de Belo Horizonte. Foi Procuradora Geral Adjunta de Belo Horizonte. E-mail: crisfortini@uol.com.br.

408 É fundadora do INFRACAST, da ICO Consultoria e Co-coordenadora do Grupo de Estudos em PPPs, Concessões e Privatizações na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. É diretora presidente do Infra Women Brasil, que conecta mais de 400 mulheres no cenário de infraestrutura no País. Foi sócia diretora da KPMG Global, tendo liderado o segmento de Governo e Setor Público e coordenado todas as iniciativas de consultoria para governos no período de 2019 a junho de 2020. Durante os anos de 2015 a 2019, foi Secretária do Programa de Desestatização e responsável pela Unidade de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo. No período de 2014 a 2015, foi também diretora de gestão corporativa da Empresa São Paulo Desmobilização de Ativos, responsável por realizar operações estruturadas, otimização de fluxos de recebíveis e implantação de projetos intensivos em capital. E-mail: Isadora@ico-consultoria.com.

409 Consultor na ICO Consultoria, é graduando em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, tendo cursado o programa de formação pública (Efp) da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Além disso, foi membro do Grupo Supremo em Pauta da FGV-SP, que acompanha, por meio de pesquisas empíricas, a atuação do STF, e participou da entidade estudantil Estudos de Políticas em Pauta, que tem por objetivo desenvolver discussões acerca das pautas mais relevantes do Brasil. E-mail: Matheus@ico-consultoria.com.

A descentralização federativa projetada pela Constituição da República, com a correspondente alocação da missão de prestar os serviços públicos entre os entes federados, não se fez de forma impensada. Buscava-se alcançar a eficiência na atuação, dividindo-se tarefas o que nem sempre se traduz em efetiva capacidade do titular da competência, por razões as mais diversas, em prestar o serviço de forma satisfatória. No caso do saneamento, há de se considerar o investimento necessário e a dificuldade de parte significativa dos municípios de assumi-los, além dos aspectos ligados à baixa qualidade da regulação, a gerar ambiente de incertezas.

Assim, seja sob o prisma do investimento, seja em face das dificuldades operacionais e regulatórias, a história do saneamento no Brasil desafia soluções. Nem mesmo o Plano Nacional de Saneamento Básico – Planasa, e a imposição aos Municípios de firmarem contratos de concessão com empresas estaduais como requisito para acessar recursos públicos federais e estaduais revelou-se, em longo prazo, como satisfatória porque gerou o empoderamento das empresas estatais, algumas delas descompromissadas com o aprimoramento do setor.

Quando da edição da Lei Federal nº 11.445, de 2007, 26 empresas estaduais de continuavam responsáveis pelo abastecimento de água de mais de 73% e coleta de esgoto de aproximadamente 18% dos municípios brasileiros⁴¹⁰. E se se pode elogiar a prestação de algumas empresas estatais, não se pode afirmar que elas, na sua totalidade, atendem de forma elogiosa a população.

A Lei 11.107/05⁴¹¹, que endereça o tema dos consórcios públicos, foi a responsável por primeiro utilizar a expressão contrato de programa, instrumento por meio do qual, seriam constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação constituísse para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que existisse a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. Nos moldes do § 1º do art. 13 da Lei de Consórcio, o contrato de programa deve atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação

410 SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira. **Rev. Adm. Pública** – Rio de Janeiro 47(3):587-599, maio/jun. 2013.

411 Art. 13 da Lei 11.107/05.

dos serviços a serem prestados. Assim, o contrato de programa corresponderia ao contrato de concessão, esse celebrado com empresas ou consórcio de empresas privadas.

A redação da Lei de Saneamento, antes da mudança incorporada, fazia alusão ao uso do contrato de programa, como ferramenta apta a transferir a execução dos serviços públicos, vedando que o vínculo se estabelecesse mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. A Lei reforçava a comparação do referido contrato com os contratos de concessão, segundo a trilha que a Lei 11.107/05 havia prescrito⁴¹².

Tanto na Lei 11.107/05 quanto na Lei 11.445/07 nada se disse sobre licitação como fase antecedente à celebração dos contratos de programa. Ao contrário, a lógica que unifica as duas leis está na compreensão de que tais pactos se apoiam na dispensa de licitação de que cuida o art. 24, inciso VIII da Lei 8.666/93, já referido neste trabalho.

Discussões à parte sobre a constitucionalidade dos dispositivos, exatamente por viabilizarem um elo direto com empresas estatais, que não precisavam disputar território com empresas privadas⁴¹³, a Lei

412 Art. 10 e 10-D da Lei 11.445/07.

413 A redação do art. 175 nunca serenou por completo a discussão sobre a necessidade ou não de licitação quando o Município optava por contratar empresa estatal estadual, em especial diante do que prevê o art. 24 inciso VIII da Lei 8666/93. Julgados sustentando que a menção à licitação não alcançaria empresas estatais que se ajustassem às exigências do citado inciso podem ser exemplificados por meio dos seguintes acórdãos. Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POPULAR. ATO ATACADO. LEI MUNICIPAL. AUTORIZAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRATAMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO À COPASA. LEI DE EFEITO CONCRETO. CABIMENTO. IRREGULARIDADE FORMAL. INEXISTENTE. DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO. LESIVIDADE AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADA. IMPROCEDÊNCIA. - Embora não desconheça que incabível ação popular contra lei em tese, no caso dos autos, a lei que autoriza a concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário à Copasa é ato normativo de efeito concreto, revestido impropriamente de lei, que não prevê mandamentos genéricos ou regras abstratas. - No cômputo de votação por maioria simples são desconsideradas as abstenções, sendo regularmente aprovada a lei em que mais da metade dos votantes for favorável. - Não restando demonstrada no processo a irregularidade do ato administrativo impugnado e a sua lesividade aos bens tutelados pelo artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República, impõe-se a improcedência do pedido, mormente porque, no caso, a licitação prévia ao questionado contrato firmado entre Município e Copasa para fins de prestação de serviços públicos abastecimento de água e esgotamento sanitário era dispensável, a teor do artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93. (AC 10701071914751/001, Relator Des. Armando Freire, publicada em 14/09/2012). Outro precedente a ser citado é: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REEXAME NECESSÁRIO - CABIMENTO - CONHECIMENTO "EX OFFICIO" - ANULAÇÃO DE RENOVAÇÃO CONTRATUAL ENTRE MUNICÍPIO E COPASA - DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E LESIVIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA - IMPOSSIBILIDADE

14.026/20 provoca um giro de 180 graus na tratativa do tema. Destacando expressamente a necessidade de licitação, a lei proíbe a prestação do serviço público por contratos de programa ou outros instrumentos precários celebrados com dispensa de licitação⁴¹⁴.

A situação permaneceria inalterada não fossem as mudanças legais na Lei Federal nº 11.445/07 que mantinha o incentivo à manutenção das relações com estatais via contratos de programa o que dificultava a entrada de atores privados e consequentemente um real ambiente de disputa entre prestadores.

A alteração da lei do saneamento, por meio da Lei Federal nº 14.026/2020, altera as perspectivas. A isso se somam as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADI's 1842 e 2077 quanto à titularidade dos serviços de saneamento. Esses movimentos permitem uma perspectiva distinta e um novo olhar sobre a forma prestacional.

Diz o atual art. 8º da Lei Federal nº 11.445/07 que os Municípios e o Distrito Federal são os titulares no caso de interesse local. Mas afirma a titularidade do Estado, em conjunto com os Municípios que compartilhem efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum. Definiu a lei também que o exercício das competências decorrentes da titularidade também pode ser compartilhado na forma da gestão associada, prevista no art. 241 da Constituição Federal.

Assim, tem-se que titularidades isoladas ou compartilhadas, nesse último caso em função da caracterização de interesses comuns definidos por lei complementar estadual ou por acordo entre as unidades federadas envolvidas.

DE PRESUNÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - MEDIDA QUE SE IMPÕE. – A COPASA é o órgão da Administração Indireta do Governo Estadual (sociedade de economia mista) e foi criada (Lei nº 6.084/73) para institucionalizar a prestação de serviço público de saneamento básico. Assim, pode-se convir que a COPASA [enquadra-se como “criada para esse fim específico”, consoante dispõe a norma do inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, podendo realizar seus serviços mediante convênios ou contratos de concessão, realizados com os municípios interessados (AC 1032408070593-6/001, Relatora Des. Vanessa Verdolim Hudson de Andrade, publicada em 11/05/2012). Por outro lado, se poderia extrair do mesmo dispositivo constitucional o entendimento segundo o qual as empresas estatais estaduais seriam “terceiros” em face dos Municípios contratantes, pelo que não poderiam gozar do privilégio de serem contratadas à margem do ambiente de licitação.

414 Art. 10 na redação da Lei 14.026/20.

2. Para começar a Conversa: como permitir a prestação regionalizada de serviços?

Recentemente, com a edição do Novo Marco de Saneamento Básico, reacenderam no debate público dissertações sobre a estruturação da prestação regionalizada de serviços. A norma disciplina, como princípio fundamental, a busca da “prestação regionalizada dos serviços, com vistas à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços”.

A conciliação interfederativa no saneamento sempre foi vista como alternativa presente e imprescindível para a universalização dos serviços. Mesmo antes do novo marco legal, os Estados já tinham à sua disposição a possibilidade de criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas, microrregiões e os entes federados em geral poderiam adotar de forma voluntária os mecanismos de gestão associada de serviços previstos no art. 241 da Constituição.

Todavia, tais opções sempre foram marcadas pelas complexidades inerentes à sua concretização, potencializadas, no caso do saneamento, pelas disputas em torno da titularidade dos serviços e pelas formalidades excessivas presentes na construção dos mecanismos de gestão associada.

Ao lado do tema da titularidade, a Lei Federal nº 14.026/2020 operou mudanças no conceito de prestação regionalizada, objetivando incentivar a criação de figuras regionais de prestação dos serviços.

Nos dizeres de Adriana Schier e Cristiana Fortini⁴¹⁵:

Além da orientação trazida pelo Novo Marco Legal em relação às parcerias público-privadas, o texto também estabelece que as normas de referência deverão estimular a adoção de técnicas do federalismo por cooperação, estimulando-se a prestação compartilhada dos serviços de saneamento básico, com a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às características e necessidades regionais e locais. De acordo com a nova redação do art. 4º-A, § 3º, V, da Lei 9.984/00, a regionalização da prestação dos serviços visa permitir sua viabilidade técnica e econômico-financeira, viabilizando o alcance de ganhos de escala e eficiência.

415 FORTINI, Cristiana; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória in DAL POZZO, Augusto Neves. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 342.

Neste cenário, são diversas as vantagens que a atuação conjunta dos entes políticos pode proporcionar aos administrados, apontando-se, dentre outras, a melhor utilização no uso de recursos existentes, que deverão ser implantados no planejamento, programação e execução dos serviços de interesse comum dos entes,⁴¹⁶ possibilitando o atendimento das necessidades da população que, diante de um quadro de escassez de recursos, não seria realizado⁴¹⁷.

A prestação regionalizada de serviços de saneamento, em sua via, pode ser prestada a partir de Unidades Regionais instituídas pelo governo Estadual, via lei, Blocos de Referência ou através de Regiões Metropolitanas⁴¹⁸. Todas essas conformações exigem uma grande articulação e interlocução interfederativa para saírem do papel e se tornarem operacionais, o que não é tarefa simples!

A Constituição da República já dispôs sobre região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. De se destacar que são criadas por lei complementar do Estado alcançando Municípios limítrofes, que delas participam de forma compulsória, e se norteiam pelos parâmetros de gestão e governança da Lei Federal 13.089/15, conhecida como Estatuto da Metrópole. A lógica é a do planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, conceituadas na Lei 13.089/2015 como *"a política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofe"*.

A unidade regional de saneamento básico é uma novidade trazida pelas alterações implementadas no marco legal de saneamento. A citada lei prevê que os Estados podem criar, mediante lei ordinária, agrupamento

416 FORTINI, Cristiana. Encampação e caducidade – competência dos consórcios públicos e as agências reguladoras no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 141-151, out./dez. 2007.

417 MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos**. Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: RT, 2006, p. 23.

418 A prestação regionalizada pode se dar via: a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole); b) unidade regional de saneamento básico: 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; c) ou via bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União e criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares. Vide art.3º, inciso VI, da Lei federal nº 11.445/07.

de Municípios *“para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos”* (art. 3º, VI, “b” da Lei Federal nº 11.445/07). A busca de eficiência que também perpassa a questão da sustentabilidade econômica está na raiz do surgimento das unidades regionais.

Unidades regionais podem ou não envolver municípios limítrofes. E sua estrutura de governança, tema ao qual se retornará, deve observar o disposto o Estatuto da Metrópole assim como as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

Blocos de referência, previstos no art. 3º, VI, “c” da Lei Federal nº 11.445/07, também representam uma novidade e igualmente consistem em um agrupamento de Municípios *“não necessariamente limítrofes”*, instituído pela União, de forma subsidiária aos Estados (art. 52, §3º da Lei Federal nº 11.445/07). A lei expressamente consigna que, no bloco de referência, sua criação se dá *“por meio de gestão associada voluntária dos titulares”* (art. 3º, VI, “c” da Lei Federal nº 11.445/07), ressalva inexistente no texto da lei para a hipótese das unidades regionais de saneamento.

Natália Resende, Isadora Cohen e Fernando Marcato ressaltam que o grande desafio correlato consiste na criação de modelos de governança eficientes e que viabilizem a gestão nesses moldes:

Independentemente da modalidade de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, seu titular deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços. Outrossim, seja na gestão associada, seja na prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação. Em todos esses modelos, são criados mecanismos de governança em que todos os Municípios, em conjunto, tomam a decisão de ter um subsídio cruzado e uma integração de seus serviços de saneamento (...). A grande incógnita – e o correlato desafio – do novo marco é se o modelo de regionalização proposto vai conseguir chegar num sistema de governança e criar incentivo para que todos os Municípios cooperem entre si. Consoante destacado, a impossibilidade de acessar recursos federais pode ser considerada como um incentivo. Mas vale lembrar que a lei não detalha, por exemplo, se um conjunto de Municípios poderá ficar sem acesso a recursos federais caso, ainda que integre uma das estruturas de governança de prestação regionalizada, não chegue a um consenso sobre como operar os serviços de maneira conjunta. Cabe ressaltar, ainda, que a adesão às unidades regionais e

aos blocos de referência, como salientado, é voluntária. Novamente, o principal incentivo para essa adesão é o acesso aos recursos federais. O desafio, a partir desse ponto, é compreender as nuances que tangenciam as regras e os limites para acessar esses recursos e verificar a sua suficiência para induzir o município a participar da solução regional⁴¹⁹.

Nesse sentido, este artigo busca, justamente, identificar os principais desafios de governança que permitam, futuramente, a estruturação e planejamento de projetos de saneamento regionalizados, através de cada uma das estruturas citadas. Para isso, adotamos a seguinte questão-chave: Qual estrutura de governança⁴²⁰ viabiliza e estimula a elaboração e implementação de projetos de prestação regionalizada de serviços públicos de Saneamento Básico?

Responder a essa pergunta é fundamental para que os futuros projetos de saneamento possam ser planejados. Também devemos lembrar que o Decreto Federal nº 10.588/20, atualizado em 2022 pelo Decreto nº 11.030, estabelece que as Unidades Regionais, Regiões Metropolitanas e Blocos de referências devem estar devidamente constituídos e com suas estruturas de governança funcionando, de forma a permitir a liberação de verbas e financiamentos federais.

Feitos esses apontamentos, podemos começar esta análise pelas Regiões Metropolitanas, cujas estruturas de governança, segundo o novo Marco de Saneamento, também devem ser seguidas pelas Unidades Regionais⁴²¹.

3. Governança Metropolitana: desafios na tomada de decisão e o exemplo do Rio de Janeiro

Para falar de Regiões Metropolitanas (RMs), devemos ir ao Estatuto da Metrópole, que estabelece uma estrutura mínima de governança,

419 RESENDE, Natália et al. Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? in DAL POZZO, Augusto Neves. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p.198-199.

420 Por “estrutura de governança”, entende-se a organização, atribuições, composição e interlocução dos órgãos de decisão e planejamento, cuja estrutura básica referencial é definida no Estatuto da Metrópole (2015).

421 Segundo o art.8º, § 3º, da Lei 11.445/07: A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole).

composta por: (I) Uma instância executiva representada pelos Chefes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas (geralmente denominada “conselho deliberativo ou de desenvolvimento”.); (II) uma instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil (geralmente denominado “conselho consultivo”.); (III) e uma organização pública com funções técnico-consultivas (que geralmente é instituída através de uma autarquia especial).

Além dos Parâmetros do Estatuto da Metrópole, o Supremo Tribunal Federal (STF) também vem trazendo alguns contornos à governança metropolitana. Conforme o decidido nas ADIs 1.842/RJ e 6.573/AL, no processo decisório das RMs, que envolvam a discussão e aprovação de projetos de prestação regionalizada, um ente federado, seja o próprio Estado ou algum Município, não pode predominar sobre os outros. Ou seja, não pode deter a maioria dos votos ou concentrar poder decisório.

Nesse sentido, um dos principais pontos dessa governança diz respeito à instância executiva, sem a qual nenhuma decisão de interesse metropolitano pode ser tomada. Olhar a forma como essas decisões são tomadas se mostra essencial para reconhecer ou não a operacionalidade das instâncias de governança de uma RM.

Para tornarmos esse debate mais didático, ilustrando pontos de destaque e de aprimoramento em estruturas de governança metropolitana, podemos nos valer do exemplo da Região Metropolitana do Rio de Janeiro (RMRJ), umas das primeiras do país a estruturar um projeto de concessão de prestação regionalizada de saneamento⁴²². Além disso, esta RM tem sido apontada como uma das que possui um dos modelos mais interessantes de governança, permitindo a estruturação de projetos interfederativos, mesmo que ainda se façam necessárias revisões em sua organização⁴²³.

Na RMRJ, o Conselho Deliberativo (CDRMRJ) funciona como um corpo colegiado que toma as decisões acerca da aprovação ou não de projetos de prestação regionalizada de serviços públicos, entre os quais se incluem os de saneamento básico.

A composição do órgão engloba o Governador do Estado e todos os prefeitos dos Municípios integrantes da RMRJ. Além disso, também

422 Veja-se: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/>. Acesso em 11 de abril de 2022.

423 Veja-se: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/regiao-metropolitana-rio-de-janeiro-disputas-politicas-convergencias-12112021>. Acesso em 07 de abril de 2022.

há a presença de três representantes da sociedade civil, provenientes do Conselho Consultivo da RMRJ e nomeados a partir de votação no mesmo.

As decisões são tomadas a partir de uma votação de seus membros, em uma estrutura ponderada de votos⁴²⁴, em que nenhum dos entes detém a maioria dos votos (como exigido pelo STF). Em suma, tem-se que a tomada de decisão do Conselho Deliberativo, depende de duas condicionantes cumulativas: (I) atingimento de cerca de 60% ($\frac{3}{5}$) do total de votos dos membros do Conselho Deliberativo; (II) exigência do voto favorável da maioria simples dos representantes presentes do Conselho Consultivo.

O ponto de atenção, nessa sistemática, é justamente a presença de três representantes da Sociedade Civil. O efeito prático dessa estrutura decisória é que se torna possível barrar uma decisão, a ser tomada no Conselho Deliberativo, com um simples voto contrário dos representantes do Conselho Consultivo presentes. Na prática, estabelece-se um poder de veto às deliberações metropolitanas.

Em resumo, mesmo que a maioria majoritária dos Municípios, em conjunto com o Estado, vote de forma favorável ou contrária a um projeto, podem os representantes do Conselho Consultivo, por maioria simples entre si mesmos, reverter o resultado obtido. Essa estrutura pode gerar uma série de consequências danosas, ao tirar, na prática, grande poder decisório do conjunto dos entes federados reunidos no Conselho Deliberativo.

Tal problemática pode ser agravar ainda mais ao rememorarmos a forma de eleição desses três representantes. Conforme disciplinado na Resolução nº 02/2019 do Conselho Deliberativo, em seu art.10, parágrafo único, “a indicação dos três representantes da sociedade civil respeitará segmentação triparte exposta no artigo 18 da Lei Complementar nº184/18, em seus incisos III, IV e V, onde (SIC) cada grupo social indicará seu próprio representante, sendo eleitos por maioria simples e em turno único”.

Ao consultar a legislação, tem-se que a mencionada segmentação diz respeito aos representantes que são diretamente nomeados pelo Governador de Estado. Ou seja, os representantes do setor empresarial, dos órgãos de classe, da Academia e de Organizações Não Governamentais. Com isso, os três representantes do Conselho Consultivo,

424 Um detalhamento maior dessa sistemática pode ser consultado no art.10 da LC 184/18.

participantes do Conselho Deliberativo, são eleitos dentro do grupo dos indicados pelo Governador, excluindo-se a apreciação e possibilidade de candidatura daqueles membros do Conselho Consultivo que não são indicados pelo Chefe do Executivo estadual.

O efeito prático da medida é que o Governador, apesar de não ter um poder de veto formal sobre os projetos metropolitanos, poderia intentar proceder alguma iniciativa de veto informal através de representantes que foram previamente nomeados pelo mesmo (gerando um desequilíbrio federativo que pode prejudicar o bom andamento de projetos metropolitanos). Além disso, a despeito dos membros do Conselho Consultivo possuírem mandato fixo de 4 (quatro) anos, estes são coincidentes com o do Governador do Estado, dificultando uma independência plena de atuação.

Pontua-se que esse possível efeito prático de “sanção indireta” do Governador é uma hipótese, não se podendo afirmá-lo concretamente. Isso porque, os membros do Conselho Consultivo continuam condicionados à prévia aprovação do Conselho Deliberativo. Uma boa articulação e negociação política, contudo, poderia contribuir para alguma forma de representação das vontades do Governador com os representantes da Sociedade Civil que estejam presentes no CDRMRJ.

O que podemos afirmar, entretanto, é que o sistema de nomeação e da possibilidade de veto dos projetos metropolitanos pelos três representantes do Conselho Consultivo introduz um risco de desequilíbrio de representatividade na tomada de decisão do Conselho Deliberativo. A depender do contexto político de cada época, pode o Governador intentar nomear membros do Conselho Consultivo que representem, em tese, seus interesses, os reproduzindo no Conselho Deliberativo.

Um segundo problema de Governança, que podemos destacar, diz respeito à possível alteração da estrutura de votos ponderados na RMRJ, a partir da integralização de recursos no Fundo de Desenvolvimento da RMRJ (Fundo contábil cujas verbas são destinadas à implementação de projetos e atividades metropolitanas).

Em resumo, conforme dita o art.10, §3º, da LC nº 184 “quando houver aporte de recursos por parte dos entes elencados por esta Lei, o peso de cada entidade será proporcional ao valor integralizado”.

O efeito prático da decisão é que a estrutura de votos no Conselho Deliberativo (responsável pela tomada das decisões metropolitanas) pode ser desvirtuada, com um ente federado podendo predominar sobre os outros, a depender de sua contribuição financeira para o Fundo de

Desenvolvimento Metropolitano. Pontua-se, contudo, que não há clareza o suficiente de como seria feito o cálculo dos votos, a partir da integralização de recursos no mesmo.

A Resolução nº01/19 editada pelo Conselho Deliberativo (que também regulamenta o uso do Fundo), apesar de rememorar a possibilidade de alteração da estrutura de votos ponderados, também não especifica em que termos seria feita a integralização, não prevendo mecanismos para que um ente federado não possa deter a maioria dos votos do Conselho Deliberativo.

Portanto, até o presente momento, não se pode afirmar como funcionaria, na prática, a alteração na estrutura de votação do Conselho Deliberativo. O que se identifica, contudo, é mais um risco de possíveis desvios que o processo decisório na RMRJ pode vir a sofrer em um período futuro.

Tem-se que esses dois problemas de governança mapeados podem comprometer o estímulo à livre estruturação de projetos de serviços regionalizados de saneamento, no âmbito metropolitano.

Outras RMs que busquem reestruturar suas estruturas de governança devem levar esses pontos em consideração. Por isso, pensar uma estrutura decisória que confira real poder decisório, de forma equilibrada, aos entes federados componentes de uma RM, se mostra essencial para evitar paralysias e vetos aos projetos de prestação regionalizada de saneamento.

Nessa linha, cumpre salientar que a estrutura básica de governança da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, apesar das possíveis problemáticas reveladas, apresenta-se, a nosso ver, como minimamente adequada ao planejamento e estruturação de Serviços Públicos Regionalizados, podendo ser considerada como bom exemplo de estruturação de governança, corrigidas as eventuais inadequações destacadas neste artigo.

Isso porque a legislação metropolitana fluminense inova ao prever um sistema claro de competências não só da RMRJ, mas também de seus órgãos de governança. O Conselho Deliberativo funciona como uma instância decisória, determinando quais projetos serão modelados, aprovando os estudos e minutas elaboradas e autorizando a implementação prática dos mesmos, seja através de sua atuação direta ou da delegação de serviços ou competências para outros entes ou órgãos que devem atuar em nome da Região Metropolitana.

A estrutura de votos ponderados, organizada pela Resolução nº 01/19, faz com que nenhum ente federado possa, na prática, barrar ou obrigar a implementação de um projeto, independente da opinião dos outros entes (ressalvados os riscos de predominância de vontades, conforme pontuado). Com isso, assegura-se a busca do verdadeiro interesse metropolitano, em linha com as diretivas dadas na ADI 1.842.

Já o Instituto Rio Metrópole, autarquia da RMRJ, desempenha a natureza executória das decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo. O mesmo pode atuar tanto nos momentos de modelagem de um projeto de interesse metropolitano ou comum, através da elaboração de estudos referentes aos mesmos, quanto nas fases de licitação e acompanhamento de um projeto. Além disso, há a autorização expressa para que o Rio Metrópole possa contratar terceiros para auxiliar o desenvolvimento de suas atividades, o que é de grande importância, já que viabiliza o aproveitamento da expertise privada na estruturação de projetos como concessões de saneamento.

No âmbito financeiro, destaca-se a previsão da possibilidade do uso de outorgas, multas e taxas que sejam obtidas com projetos metropolitanos, como as concessões de saneamento, para obtenção de recursos para financiamento das obrigações de investimentos e custeio da RMRJ. A medida é relevante, pois permite uma fonte de recursos independente da necessidade de dotações e previsões orçamentárias em benefício do Fundo de Desenvolvimento Metropolitano.

Em relação ao Conselho Consultivo, resolveu a estrutura de governança da RMRJ congregar, em um mesmo órgão, atores políticos e da sociedade civil com interesses, muitas vezes, divergentes. A dificuldade de se chegarem a consensos, contudo, não constituem óbices à implementação de projetos por parte do Conselho Deliberativo. Isso porque o primeiro desempenha apenas atribuições opinativas, não sujeitando projetos à paralisação decisória. Ao mesmo tempo, as opiniões expressas pelo Conselho Consultivo conferem legitimidade popular aos projetos adotados pelo Conselho Deliberativo, além de viabilizarem o acompanhamento de contratos e iniciativas de infraestrutura que já estejam em execução.

Em conclusão, o saldo para RMRJ demonstra ser positivo. Estados interessados em criar uma boa estrutura de governança metropolitana podem se valer do exemplo fluminense como fonte de inspiração,

estando os mesmos, contudo, sempre atentos às recomendações aqui pontuadas e às necessidades específicas características de cada Região Metropolitana.

4. Unidades Regionais: desafios na estruturação

Como citado ao início deste artigo, a estrutura de governança das Unidades Regionais (URAEs) deve observar aquelas das Regiões Metropolitanas, cujos alguns pontos de atenção foram destacados no tópico anterior.

Contudo, para, além disso, as URAEs também apresentam alguns desafios adicionais, durante a sua estruturação interfederativa. Ocorre que o art.8º, § 2º, da Lei 11.445/07 determina que as Unidades Regionais de Saneamento devem contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento. O problema da medida é que se introduzem inúmeras questões. Como conciliar as estruturas de uma Governança Metropolitana apartada com aquelas estruturas da própria URAE (mesmo que as duas sejam semelhantes)?

Nesse sentido, inúmeros pontos de atenção devem ser considerados. Os Municípios de uma URAE devem ter em mente que suas opiniões podem ter pouco peso na conformação dos projetos finais. Também há pouca clareza sobre a forma em que as decisões seriam tomadas, sobre quem regularia os serviços, modelaria projetos, entre outros. A paralisia decisória, decorrente de um arranjo tão complexo, pode ser o problema da junção da governança de RMs com a de URAEs.

Além disso, a faculdade de integração de um titular à URAE é outro problema. Municípios, importantes para a viabilidade econômico-financeira de uma URAE, podem buscar fazer suas próprias concessões e projetos de saneamento de forma apartada. A falta de interesse de alguns municípios de médio e grande porte pode acabar inviabilizando a operacionalidade de uma URAE, por falta de demanda e atratividade comercial em um pleito de concessão, por exemplo.

Devemos pontuar, que o art.8º, § 2º, da Lei 11.445/07 determina que as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade econômico-financeira, premissa para que as mesmas recebam apoio federal, nos termos do Decreto federal nº 10.588/20. Assim, problemas na estruturação da macro-governança de Unidades

Regionais (acerca de sua composição e eventual articulação com estruturas de Regiões Metropolitanas) pode colocar em risco potenciais projetos de prestação regionalizada.

A dica é que os Estados sejam cuidadosos ao pensarem e regulamentarem as estruturas de governança de suas URAEs, estando atentos aos possíveis problemas futuramente enfrentados, de forma a permitir que as mesmas se tornem ponto de referência na prestação regionalizada de saneamento básico.

5. Blocos de Referência: algumas sugestões de Governança

Apresentados os desafios e pontos de atenção da governança das Regiões Metropolitanas e das Unidades Regionais, para permitir a organização e implementação de projetos de prestação regionalizada de saneamento, chega o momento de falar dos Blocos de Referência (BRs).

Os mesmos adotam, sobretudo, uma organização semelhante aos dos Consórcios Públicos (que podem, inclusive, serem transformados em BRs), compostos por diferentes Municípios. O papel da União ganha protagonismo aqui, visto que os Estados não precisam participar destes Blocos. Na realidade, é a própria União a responsável por Organizar e instituir os BRs.

A Governança desses órgãos deve ser embasada em um sistema de gestão associada voluntária dos titulares, cujos melhores direcionamentos seriam dados em regulamentação federal. Contudo, as informações que temos sobre a governança desses blocos vêm até aqui. Isso porque as referidas normatizações ainda não foram editadas. Mesmo assim, podemos sugerir algumas boas práticas que podem ser importantes para criar Blocos de Referência operacionais e capazes de estruturar projetos de prestação regionalizada.

Nesse sentido, um bom exemplo é o consórcio da Bacia PCJ, no Estado de São Paulo. O mesmo busca gerir os recursos hídricos das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, sendo uma associação de direito privado sem fins lucrativos, planejando e realizando atividades para a recuperação dos mananciais de sua área de abrangência.

A governança do Consórcio conta com 5 (cinco) órgãos principais⁴²⁵:
(I) um Conselho de Associados, composto por Prefeitos, responsável pela

425 Veja-se: <https://agua.org.br/nossa-estrutura/>. Acesso em 07 de abril de 2022.

tomada de decisões; (II) um Conselho Fiscal que acompanha a aplicação dos recursos financeiros do Consórcio; (III) uma Secretaria Executiva, com equipes técnicas e administrativas; (IV) uma Plenária de Entidades, de função Consultiva, composta por representantes da Sociedade Civil; (V) um Conselho de Transição, que tem como objetivo conduzir o Consórcio PCJ durante a vacância dos prefeitos na presidência da entidade em função das eleições municipais.

Essa estrutura de governança tem a vantagem de associar órgãos de competências decisórias, com outros de viés técnico, que poderiam, no caso dos BRs, desempenhar funções de estruturação e acompanhamento de serviços de prestação regionalizada. Além disso, a paralisia decisória também é evitada em momentos delicados, como os das eleições municipais, através de um Conselho de Transição.

Isso não significa que a futura regulamentação federal deve recriar essas estruturas em seus Blocos. Contudo, ter em mente essas questões, de relacionamento decisório com o técnico, pode ser fundamental para criar uma estrutura de governança que permita a real gestão associada de projetos de prestação regionalizada de saneamento básico.

6. Conclusões: ainda é tempo de mudar e se readequar

Como visto nos tópicos anteriores, ainda são grandes os desafios para criar estruturas de governança que permitam a boa interlocução interfederativa e funcionalidade de órgãos que permitam a estruturação, implementação e gerenciamento de projetos de prestação regionalizada de Saneamento em Regiões Metropolitanas, Unidades Regionais e Blocos de Referência.

Contudo, ainda há tempo para avaliar os problemas e buscar a aprimoramento da governança dos diferentes mecanismos que permitem a implementação de serviços regionalizados de saneamento básico.

Pensar em órgãos de natureza técnica, que permitam a modelagem, contratação de terceiros e o gerenciamento de projetos pode ser fundamental para o sucesso de modelos regionalizados. Mecanismos que busquem evitar a concentração, bem como a paralisia decisória também são fundamentais para esse objetivo. Afinal, ainda não é tarde! Ainda há tempo para mudar, inovar e regulamentar estruturas de governança que permitam a prestação conjunta de serviços públicos, com destaque para o saneamento.

7. Referências

FORTINI, CRISTIANA. ENCAMPAÇÃO E CADUCIDADE – COMPETÊNCIA DOS CONSÓRCIOS PÚBLICOS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. BELO HORIZONTE, ANO 8, N. 30, P. 141-151, OUT./DEZ. 2007.

FORTINI, Cristiana; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo Novo Marco do Saneamento e a atividade regulatória *in* DAL POZZO, Augusto Neves. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos**. Comentários à Lei 11.107/ 2005. São Paulo: RT, 2006.

RESENDE, Natália *et al.* Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? *in* DAL POZZO, Augusto Neves. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de; COSTA, Nilson do Rosário. Incerteza e dissenso: os limites institucionais da política de saneamento brasileira. **Rev. Adm. Pública** – Rio de Janeiro 47(3):587-599, maio/jun. 2013.

CAPÍTULO 20

A REGULAÇÃO DO OFERECIMENTO DE AR CONDICIONADO NOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE PARTICULAR POR APLICATIVO: ANÁLISE DA RESOLUÇÃO SEDDCON Nº 2, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2023 DA SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO RIO DE JANEIRO

Leandro Sarai⁴²⁶

Flávio Garcia Cabral⁴²⁷

Cristiane Rodrigues Iwakura⁴²⁸

1. Introdução

Em 8 de janeiro de 2024 foi publicada a Resolução SEDDCON nº 2, de 18 de dezembro de 2023, da Secretaria de Estado de Defesa do Consumidor do Rio de Janeiro (Anexo I).

De modo geral, essa Resolução impõe às empresas responsáveis pelos aplicativos de transporte particular de passageiro que suspendam a circulação de veículos que não estejam com o ar condicionado em funcionamento. Ela ainda veda a cobrança de valor adicional em razão do fornecimento dessa comodidade sem que haja expressa previsão contratual.

Dispõe ainda que, enquanto as plataformas desse serviço de transporte não trouxerem informações adequadas sobre o fornecimento ou não de ar condicionado, todos os veículos deverão circular com ar-condicionado ligado e sem cobrança de valores extras diretamente do consumidor.

426 Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor credenciado da Escola da AGU; Procurador do Banco Central.

427 Pós-doutor pela PUCPR; Especialista e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP; Professor do Mestrado da UNIRIO; Procurador da Fazenda Nacional; Coordenador-Geral de Contratação Pública da PGFN.

428 Doutora e Mestre em Direito pela UERJ, Pós-Graduada em Direito Público pela UnB e em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmec/RJ, Procuradora Federal; Subprocuradora-chefe da Gerência Jurídica 4 – Processos Sancionadores, da Procuradoria Federal Especializada junto à Comissão de Valores Mobiliários.

Entre os fundamentos da Resolução estão as condições climáticas de calor intenso no Estado do Rio de Janeiro e o fato de estar havendo cobrança abusiva de tarifas adicionais e sem previsão contratual diretamente do consumidor quando o veículo oferece ar-condicionado.

O normativo desperta diversas questões. Do ponto de vista jurídico, a principal questão seria a validade da Resolução para regular o tema. Como há diversas disposições na Resolução, o exame dessa validade necessita percorrer todas elas.

Há ainda o aspecto econômico do regulamento. As normas do regulamento estariam de acordo com as leis econômicas?

A metodologia do presente estudo será hipotética-dedutiva. A hipótese trazida para a questão jurídica seria a de que as normas da Resolução seriam válidas. Do ponto de vista econômico, a hipótese seria que algumas das normas não estariam de acordo com as leis econômicas.

Para testar as hipóteses, a pesquisa irá se basear nas normas do ordenamento jurídico brasileiro, além de recorrer à doutrina e jurisprudência para complementar esse levantamento.

O texto está dividido em cinco seções, além desta introdução. Na primeira são trazidas noções sobre os limites jurídicos da regulação.

A segunda examina a Resolução SEDCON nº 2, de 2023, quanto ao cumprimento dos requisitos de validade do ato administrativo.

A terceira parte aborda aspectos jurídicos e econômicos de algumas normas da Resolução.

A quarta parte cuida de questões práticas, tomando como exemplo o aplicativo Uber. A última seção traz as considerações finais.

2. Os Limites Jurídicos da Regulação

A primeira grande questão de toda e qualquer regulação diz respeito aos limites de atuação do regulador. Se as pessoas, segundo o art. 5º, inc. II, da Constituição somente podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, é necessário determinar se uma norma infralegal pode ser válida ao impor um dever ou proibição⁴²⁹.

429 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 651-652; 665-669.

Essa questão não é exclusiva do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo nos Estados Unidos, de matriz bastante liberal e cujo ordenamento influenciou o modelo brasileiro de Estado regulador, também enfrentam dilemas como esse levando à necessidade de serem estabelecidos alguns limites para essa atuação⁴³⁰.

Atualmente, já se tem por certa a possibilidade da atuação regulatória pelo Estado, inclusive com edição, pelo Poder Executivo, de normas abstratas (STF, ADI 4874 e ADI 1668), obviamente desde que editadas dentro dos parâmetros de uma lei que lhes assegure validade.

De fato, deve-se sempre lembrar que atividade regulatória do Estado, em especial por meio de Agências Reguladoras, encontra o seu limite nas leis e na Constituição. Assim, como regra, os atos normativos emanados no exercício da função administrativa são de execução e não autônomos ou independentes, não tendo o condão de inovar de maneira primária na ordem jurídica sem estar amparados em [virtude de] lei.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu o STF no julgamento da ADI 5.906, fixando que “as Agências Reguladoras não poderão, no exercício de seu poder normativo, inovar primariamente a ordem jurídica sem expressa delegação, tampouco regulamentar matéria para a qual inexistam um prévio conceito genérico, em sua lei instituidora (standards), ou criar ou aplicar sanções não previstas em lei, pois, assim como todos os Poderes, Instituições e órgãos do poder público estão submetidas ao princípio da legalidade (CF, art. 37, caput)”.

Portanto, a atividade regulatória encontra seus limites na lei, não podendo inovar primariamente ou impor sanções sem que haja autorização ou previsão expressa demandando sua atividade normativa em caráter complementar.

3. Exame Jurídico da Resolução SEDCON nº 2, de 2023

Se em termos gerais e abstratos se admite a regulação, é necessário examinar em concreto se um regulamento editado obedece às balizas legais.

430 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan**: redeeming the administrative State. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2020, p. 40.

Sendo um ato administrativo⁴³¹, os primeiros requisitos a serem examinados são aqueles previstos de forma indireta no art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, ou seja: previsão de competência, observância da forma, legalidade do objeto, existência de motivos válidos e respeito à finalidade.

3.1 Exame da competência

A Resolução editada se baseia na suposta competência do Estado do Rio de Janeiro para atuar na defesa do consumidor. De fato, a Constituição Federal prevê no art. 5º, inc. XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. A defesa do consumidor também é um princípio da ordem econômica constitucional, conforme art. 170 da Constituição, mas também aqui o equilíbrio entre essa defesa e a livre-iniciativa deve ser regulada por lei, nos termos do parágrafo único desse dispositivo.

A competência legislativa para a edição de leis de defesa do consumidor é restrita à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme art. 24, incisos V e VIII, que também abrangem normas de direito econômico.

Em havendo norma federal vigente, os Estados mantêm competência apenas suplementar. Já na ausência de normas federais, há competência legislativa plena para a edição de normas, mas restritas às peculiaridades do Estado, tudo conforme os parágrafos do art. 24 da Constituição.

Tendo o Estado competência legislativa suplementar para regular o tema, foi editada no Estado do Rio de Janeiro a Lei nº 10.181, de 16 de novembro de 2023. Essa Lei, entre outras disposições, criou a Secretaria de Estado de Defesa do Consumidor - SEDCON. O art. 5º dessa Lei previu que a SEDCON teria como competência “ações relacionadas às políticas e ações voltadas à garantir que os direitos dos consumidores

431 Cabe destacar que a inclusão de um Resolução, que possui caráter normativo, no rol de atos administrativos não é questão pacífica na doutrina. Ato administrativo considerado em sentido **estrito** designaria apenas os atos unilaterais concretos expedidos no exercício da função administrativa. O ato administrativo, em sentido estrito, seria, portanto, uma norma jurídica concreta, ditada unilateralmente pelo Estado ou por quem esteja investido de prerrogativas públicas, ao nível infralegal e sujeito a controle por órgão jurisdicional (ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.24). No entanto, seguimos que em relação aos atos concretos e normativos, apesar de suas diferenças, não possuem uma distinção de relevo a justificar sua exclusão do conceito de ato administrativo.

sejam respeitados pelos fornecedores de serviços e produtos, em operações comerciais físicas e/ou digitais, mantendo assim o equilíbrio nas relações e promoção do bem comum.”

Vê-se, ainda, que a Resolução foi editada pelo titular da SEDCON, quem seja, o Secretário Estadual de Defesa do Consumidor.

Assim, numa primeira análise, o requisito da competência estaria atendido.

3.2 Requisito de forma

A Lei nº 5.427, de 1º de abril de 2009, que regula os atos e processos administrativos no Estado do Rio de Janeiro, prevê em seu art. 19 que somente será observada forma específica quando houver essa exigência em lei

Além disso, conforme dispõe o Decreto Estadual nº 28.169, de 22 de abril de 2001, resolução⁴³² é o “ato assinado por Secretários de Estado e / ou titulares de Órgãos diretamente subordinados ao Governador do Estado, visando a instruir normas a serem observadas no âmbito da respectiva área de atuação”.

Assim, o fato de o regulamento tomar a forma de resolução, em princípio, não afeta sua validade.

3.3 A presença dos motivos

A situação do clima do Estado do Rio de Janeiro é um fato notório. Os relatos de que motoristas de aplicativo estariam efetuando cobrança de tarifa adicional diretamente dos consumidores são verossímeis. Mas, sendo certo que essa cobrança, em princípio, seria ilegal, o requisito do motivo estaria atendido como forma de prevenir ilícitos.

De igual maneira, a previsão normativa da Lei Estadual nº 10.181, de 16 de novembro de 2023, funciona como elemento do motivo de direito a sustentar a validade da adoção da medida em defesa dos consumidores.

432 Cabe lembrar que, em âmbito federal, a resolução possui conformação distinta. Segundo o Decreto nº 10.139, de 2019, consta em seu artigo 2º, inciso II, que as resoluções são atos normativos editados por colegiados.

3.4 Respeito à finalidade

As normas constantes da Resolução, num primeiro exame, possuem de fato potencial para defesa do consumidor, seja por buscarem garantir um serviço de qualidade melhor, seja por tentarem impedir cobranças, em princípio, ilegais. Além disso, uma busca pela tutela do consumidor representa um dos deveres do Estado e, deste modo, uma dimensão do interesse público.

3.5 Legalidade do objeto

O exame da legalidade do objeto demanda uma análise mais detida das normas da Resolução.

O art. 1º exige fornecimento de informação adequada quanto ao oferecimento ou não de ar condicionado nos veículos que prestam o serviço. A exigência encontra fundamento no art. 4º, inc. IV, art. 6º, inc. III, e art. 31, entre outros da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC), que asseguram ao consumidor o direito de ser informado, de forma precisa, sobre os serviços ofertados.

O art. 2º veda a cobrança de tarifa adicional sem previsão contratual, segundo a Resolução, com base no inc. V do art. 39, bem como dos §§ 2º e 3º do art. 40, todos do CDC.

Vale ainda destacar que as normas previstas no CDC no art. 39, inciso III, e seu Parágrafo único, estabelecem que a disponibilização de produto ou serviço ao consumidor sem prévia informação sobre sua cobrança equipara-se à amostra grátis, portanto, não gera a obrigação de pagamento.

A previsão do inc. V do art. 39 do CDC, por sua vez, trata de cobrança de vantagem excessiva, algo que é controvertido no caso, como se verá adiante. Porém, o §4º do art. 40 do CDC é claro ao vedar cobrança sem prévio orçamento. O art. 3º da Resolução prevê que já no momento da contratação, quando houver categoria de transporte em que esteja disponível a comodidade do ar condicionado, ela deve ser oferecida sem cobrança adicional além das contratadas.

Ou seja, em princípio, é possível cobrança de valor diferenciado pela comodidade, mas não é permitido cobrança adicional posterior. O fundamento legal dessa norma pode ser o mesmo dos dispositivos

anteriores, ou seja, direito ao prévio orçamento e à informação clara. Mesmo o art. 46 do CDC veda imposição de obrigação ao consumidor quando ele não tiver consentido previamente com ela.

O art. 4º caracteriza como abusiva a cobrança de valor adicional sem justa causa, com base no inc. X, do art. 39 do CDC. Assim, se houver justa causa, é admitida cobrança adicional.

O art. 5º prevê que todos os veículos de transporte de passageiro por aplicativo, em todas as categorias oferecidas, são obrigados a manter o ar condicionado ligado e sem cobrança adicional. Já o art. 6º proíbe a circulação de veículos que não estejam com o ar condicionado em perfeito funcionamento.

Veja-se que as normas dos arts. 5º e 6º são condicionais. Elas se aplicam apenas durante o período em que as empresas operadoras dos aplicativos de transporte de passageiros não tornarem adequado o fornecimento de informações claras sobre as comodidades oferecidas pelo serviço e o respectivo preço. Mais adiante, se verá que estes dispositivos possuem duvidosa legalidade.

O art. 7º prevê a aplicação das sanções do CDC em caso de cumprimento da Resolução. Na parte em que a Resolução apenas regulamenta o CDC, essa norma possui plena legalidade.

O art. 8º apenas dispõe sobre a vigência da Resolução, a partir de sua publicação. Essa norma também possui duvidosa legalidade ao impor sua vigência imediata, considerando os impactos regulatórios. A propósito, o art. 8º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, prevê que “a vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão.”

4. Aspectos Jurídicos e Econômicos dos Arts. 5º e 6º da Resolução

Como asseverado no item anterior, os arts. 5º e 6º da Resolução apresentam controvérsia em torno da sua legalidade, merecendo tratamento à parte e especial destaque na medida em que são normas dispendo sobre deveres e proibições, porém sem fundamento legal claro para tanto.

Salienta-se que não se está aqui afirmando a inexistência de fundamento legal, mas sim o fato de que este não se apresenta de forma clara e previamente definida, logo, identificável *a posteriori*, a partir de uma necessária avaliação sobre as circunstâncias do caso concreto.

Em relação às normas do CDC que podem fundamentar esses dispositivos estão, por exemplo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, no inc. I do art. 4º do CDC.

Outras normas importantes, já mencionadas acima, seriam as que impõem o dever de informar adequadamente o consumidor. Se o consumidor pede o serviço e o veículo que irá atendê-lo possui ar condicionado, parece legítimo, em princípio, que ele espere que essa comodidade já esteja incluída no preço, até porque, pelas condições climáticas do Rio de Janeiro, não seria comum alguém usar o serviço sem ar condicionado. Essa expectativa estaria de acordo com a boa-fé.

A controvérsia, contudo, está ligada a fatores econômicos. É inquestionável que o uso de ar condicionado gera um custo. Se há diferença de custo entre o serviço com ar condicionado e sem ar condicionado, é natural que ambos os serviços possuam preços distintos.

Se for imposto ao prestador de serviço que preste o serviço com ar condicionado, mas recebendo um preço equivalente ao serviço sem ar condicionado, essa imposição poderá tornar o serviço inviável economicamente. Obviamente que uma conclusão quanto a essa inviabilidade demandaria uma análise pormenorizada de custos, algo que fugiria do objetivo deste estudo.

Nada obsta que o prestador do serviço possa oferecer um serviço com ar condicionado sem cobrar por ele. Se o custo superar o preço, poderá haver um decréscimo patrimonial. A propriedade é um direito disponível do prestador. Ocorre que a opção por esse oferecimento deve decorrer de sua autonomia de vontade.

A depender das circunstâncias, se o serviço se tornar inviável, isso poderá acarretar redução da sua oferta. Se houver uma demanda maior do que essa oferta, o consumidor, além de ter dificuldade para obter o serviço, também arcará com um preço maior⁴³³.

433 PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005, p.17-48.

Pode-se sustentar que, havendo eventual falha de mercado, haveria legitimidade da atuação estatal buscando um equilíbrio, ou seja, buscando sanar a falha. No caso concreto, a atuação buscaria garantir que os serviços prestados possuam valores previamente estipulados com claras informações sobre as comodidades oferecidas. O ponto aqui, contudo, é a cautela que deve haver na ação estatal para que ela, além de não solucionar o problema, não venha a agravá-lo.

Normativamente, vale lembrar que é dever da Administração Pública tratar os agentes econômicos de forma justa e previsível, conforme art. 4º-A da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

No caso, é previsível que seria irregular cobrar um valor adicional do consumidor sem orçamento prévio ou sem contrato.

Mas não era previsível impor o dever de fornecer o ar-condicionado sem cobrança adicional em relação ao serviço com preço que não comportasse a oferta de ar-condicionado. Também não era previsível a determinação para imediata suspensão da circulação de veículos sem essa comodidade.

5. Aspectos Práticos

Outros aspectos envolvendo principalmente os arts. 5º e 6º da Resolução também precisam ser tratados. O principal deles seria a efetividade dessas normas.

Supondo que um motorista de aplicativo possua um veículo sem ar condicionado e continue circulando, a empresa operadora que permita essa conduta estará descumprindo o art. 6º. Mas, na prática, como será a prova da infração?

É improvável que a empresa operadora do aplicativo vá realizar uma vistoria em todos os veículos. Caso exija que os motoristas apresentem um atestado de vistoria, essa exigência pode gerar um custo para os motoristas de um lado e, por outro, há possibilidade de falsificação do documento. A possibilidade de falsificação também pode ocorrer se for exigida mera declaração do motorista. Além disso, tanto a declaração, quanto o laudo técnico e mesmo a vistoria da própria operadora do aplicativo somente têm como aferir a situação do aparelho de ar condicionado no momento presente. Pode ocorrer de no dia seguinte o aparelho

parar de funcionar. E o fato de o veículo possuir ar condicionado não garante que o motorista vá acioná-lo.

Suponha-se agora que como solução a fiscalização fique a cargo do consumidor. Essa solução não afastaria a possibilidade de o consumidor mentir. Mesmo que ele faça uma denúncia verdadeira que de que o veículo utilizado não estava com o ar-condicionado funcionando, como ele faria para provar?

A palavra do consumidor, por ser parte interessada, não poderia ser suficiente para fins de apenamento da empresa.

Se o consumidor é a parte vulnerável em relação à empresa, também não se deve olvidar que os motoristas também estão em situação de desigualdade com ela.

E mesmo a fiscalização por parte do Estado é problemática e custosa. Seria viável colocar fiscais nas ruas para pararem veículos e checarem se o interior está na temperatura agradável?

Se o custo imposto pela medida estatal tornar inviável o serviço, de duas uma. Ou o serviço deixará de ser prestado, fato que prejudicaria os consumidores. Ou os prestadores irão burlar ou descumprir a regra. Nesse caso, ainda que haja autuação, haveria o custo de cuidar dos trâmites dos processos punitivos, cujo número é imponderável.

Numa situação ideal, é a concorrência, principalmente de novos entrantes, que oferece a melhor solução para o problema. Novas empresas gerenciadoras de aplicativos, que ofereçam custo mais baixo para os motoristas, permitindo-lhes oferecer ar condicionado sem prejudicar a própria remuneração, seria uma situação ideal. Medidas estatais para favorecer novos entrantes talvez fossem mais efetivas do que as medidas impostas, que, embora de alguma forma justificáveis, podem ser ineficazes.

Mesmo que o aplicativo ofereça informação adequada sobre o serviço prestado e respectivo preço, dificilmente haverá como garantir que o motorista estará com o serviço conforme a oferta do aplicativo. Caso não esteja, o consumidor eventualmente poderá prestar reclamação via aplicativo e a empresa de aplicativo poderá, por exemplo, descredenciar o prestador.

Tirando esses aspectos, não há como negar que a fiscalização das empresas de aplicativo é mais viável. Há reduzido número de empresas que prestam o serviço. É fácil o Estado acessar os aplicativos e conferir se as informações necessárias são oferecidas adequadamente.

Para demonstrar esse aspecto, no tópico abaixo é examinado um caso concreto.

5.1 Da experiência do aplicativo de transporte de pessoas UBER - Análise meritória sobre a necessidade de regulação do oferecimento de ar condicionado nos veículos de transporte particular por aplicativo

A interface do aplicativo Uber demonstra de forma interessante a possibilidade de serem criadas diferentes faixas de cobrança sobre o serviço de transporte de pessoas oferecido, com base em especificidades que variam desde o tipo de veículo, o ranqueamento do motorista a partir da avaliação dos usuários, a rapidez no atendimento ao solicitante, dando-lhe preferência, e a variação do valor ofertado nos horários de maior demanda.

Partindo-se de tudo o que foi até agora dito em relação à obrigação de informar o consumidor de forma clara e previamente à utilização dos serviços, pode-se observar, a partir da experiência oferecida pelo aplicativo Uber, que existe uma tentativa de se fazer a conformação informacional aos ditames da Lei.

Passa-se então a analisar como é a interface e as informações oferecidas pelo aplicativo Uber ao consumidor.

Na tela do aplicativo do Uber a seguir, constata-se a oferta do serviço de transporte em diferentes faixas de preço, com a criação de categorias “Black”, “Comfort”, “UberX” e “Prioridade”.



No entanto, ao especificar cada categoria, nota-se que a informação sobre a justificativa em relação ao maior preço ofertado é insuficiente. Observe-se, inicialmente, como está descrita a categoria mais cara, denominada como “Black”:



A categoria “Black” corresponderia a “viagens diárias de alta qualidade”, mas, ao se detalhar a informação, não se contempla a descrição do serviço especificando-se o que seria “alta qualidade”. Seriam os carros são mais novos, ou os motoristas mais bem avaliados? Haveria a obrigatoriamente de ter ar-condicionado no carro? Existiria algum tipo de comodidade adicional?

O usuário é simplesmente remetido a uma tela (a seguir) na qual o valor é descrito, de forma detalhada em sua composição – o que demonstra transparência sobre o preço ofertado, mas ainda não em relação ao serviço:

Detalhamento do preço	
O preço será o valor exibido antes da viagem, ou calculado conforme os preços abaixo e outras cobranças aplicáveis (tais como regulação municipal, pedágios, custo fixo e eventuais cobranças de aeroportos).	
Preço base	R\$ 4,80
Preço mínimo	R\$ 10,02
+ por minuto	R\$ 0,34
+ por quilômetro	R\$ 1,56
Valor estimado de cobranças extras	R\$ 1,00
Valor adicional pelo tempo de espera, que pode ser aplicado se seu motorista tiver que esperar mais de 2 minutos: R\$ 0,19.	
Em viagens com várias paradas, haverá uma cobrança adicional de até R\$ 0,64 por minuto em cada parada.	

Em relação às demais categorias o aplicativo descreve apenas que a “Prioridade” garante um “embarque priorizado”, “Uber X” se refere a “viagens baratas” e “Comfort” oferece “melhores carros e experiência premium”. No entanto, são todos conceitos subjetivos, não havendo qualquer parâmetro objetivo prévio que possibilite ao consumidor exigir ou não ar-condicionado em sua escolha:



Prioridade 1.4 **R\$ 13,24**
Previsão de chegada: 10:12 · Seu motorista está a 1 min de distância
Embarque Priorizado



UberX 1.4 **R\$ 8,99**
Previsão de chegada: 10:13 · Seu motorista está a 2 min de distância
Viagens baratas



Comfort 1.4 **R\$ 12,29**
Previsão de chegada: 10:12 · Seu motorista está a 2 min de distância
Melhores carros e experiência premium

Por todo o exposto, com base na experiência do consumidor representada pela navegação no aplicativo Uber, evidencia-se que as informações prestadas em relação ao detalhamento do serviço prestado ainda

são insuficientes, tornando justificável, do ponto de vista meritório, a existência de uma regulamentação na forma da Resolução objeto do presente estudo, que exige especificação expressa sobre a utilização do ar-condicionado ao longo da viagem ofertada.

Enfim, é factível implementar a norma que impõe o fornecimento de informações adequadas.

6. Conclusões

A atividade regulatória do Estado é fundamental para a devida organização social. Uma maior ou menor interferência regulatória, contudo, depende de diversos fatores, bem como o perfil jurídico, econômico e político de determinado Ente Público.

No tocante ao caso analisado nesse artigo, qual seja, a edição da Resolução SEDDCON nº 2, de 18 de dezembro de 2023, da Secretaria de Estado de Defesa do Consumidor do Rio de Janeiro, que buscou impor regras relacionadas à utilização do ar condicionado às empresas responsáveis pelos aplicativos de transporte particular de passageiro, nota-se justamente o exercício desse exercício regulatório pelo Estado.

Em relação aos elementos que compõem essa Resolução, entendida como espécie de ato administrativo, observa-se que se estruturam dentro dos pressupostos de validade exigidos para a declaração da vontade administrativa.

Os aspectos econômicos, porém, demonstram maiores complicadores. Se, de uma perspectiva, é possível que o Estado intervenha na atividade econômica, deve-se averiguar, de outra, se essa interferência não gera mais falhas de mercado do que a opção em não regular. Impor nova exigência de prestação de uma comodidade, de cumprimento imediato, sem que seja possível a cobrança de nenhum valor adicional (desde que previamente comunicado ao consumidor), parece ser uma interferência que acaba por desequilibrar indevidamente as relações econômicas.

Além disso, no que concerne a aspectos práticos de efetivação da Resolução, apura-se que, de um lado, é faticamente possível cumprir a exigência normativa de fornecimento de informações adequadas. Por outro, o aspecto da fiscalização é de difícil concretização. Para o Estado até pode ser viável aferir o cumprimento do dever de informação. Porém, não parece factível que o Estado consiga fiscalizar todos os veículos para aferir se os veículos estão efetivamente fornecendo a comodidade

do ar condicionado mediante prévio aviso, inclusive do preço. Por isso, o controle desse fornecimento parece ser mais bem efetivado pelas próprias empresas responsáveis pelos aplicativos de transporte urbano.

O que se nota das linhas tracejadas até então é que a regulação, tal como as normas jurídicas como um todo, transitam entre o fático e o normativo, não sendo de fácil tarefa conseguir o ponto ideal entre esses dois sistemas.

7. Referências

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Leme: Mizuno, 2023.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the administrative State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2020.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SECRETARIA DE ESTADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DO RIO DE JANEIRO

ATO DO SECRETÁRIO

RESOLUÇÃO SEDDCON Nº 02 DE 18 DE DEZEMBRO DE 2023

TRATAM-SE DE MEDIDAS CONTRA COBRANÇAS ADICIONAIS NÃO PREVISTAS CONTRATUALMENTE POR PARTE DAS PLATAFORMAS VIRTUAIS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PARTICULAR POR MEIO DE APLICATIVO AOS CONSUMIDORES, BEM COMO A FALTA DE INFORMAÇÕES CLARAS NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pela legislação em vigor, e

CONSIDERANDO:

- o Processo nº SEI-240001/000030/2023;
- o artigo 5º da Lei Estadual nº 10.181, de 16 de novembro de 2023;
- que a relação jurídica entre os usuários e as empresas fornecedoras de serviços de transporte particular por meio de aplicativo é de consumo e, portanto, submete-se obrigatoriamente às normas de proteção aos direitos do consumidor;
- a competência concorrente do Estado do Rio de Janeiro para expedir normas e fiscalizar o fornecimento e consumo de bens e serviços, conforme disposto no artigo 24, V, da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 55, caput e parágrafo 1º, da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990;

- os direitos básicos do consumidor, como o da liberdade de escolha, da informação clara e precisa sobre os serviços e da garantia contra práticas abusivas na disponibilização e no fornecimento de serviços, conforme disposto no artigo 6º, II, III e IV da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990;
- as condições climáticas do Estado do Rio de Janeiro com o agravamento das ondas de calor, e
- ainda que a ausência de informação clara quanto a utilização ou não do ar-condicionado do veículo em algumas categorias disponíveis nos aplicativos de transportes de passageiros, vêm ocasionando cobranças abusivas contra os consumidores do Estado;

RESOLVE :

Art. 1º - As plataformas de aplicativos de transportes de passageiros, devem fornecer no momento da contratação do serviço de transporte pelo usuário, informação clara e precisa quanto ao uso ou não de ar condicionado nos veículos em todas as categorias de serviços disponíveis no aplicativo.

Art. 2º - Fica vedada, por ser prática abusiva, a cobrança de valor adicional pela utilização de ar-condicionado automotivo sem a expressa previsão contratual, nos termos do inciso V do artigo 39, bem como dos §§ 2º e 3º do artigo 40, todos da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 3º - Nas categorias de serviço que a plataforma de aplicativo de transporte de passageiro facultar ao motorista o uso ou não do ar-condicionado, deverá disponibilizar ao consumidor no momento da contratação do serviço tal faculdade e que o uso do ar-condicionado não implicará em cobranças adicionais frente àquelas já contratadas.

Art. 4º - Será considerada abusiva a cobrança de qualquer valor adicional que eleve sem justa causa o preço do serviço, nos termos do inciso X do artigo 39, da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 5º - Enquanto não houver a adequação das plataformas de serviço de transporte de passageiro por aplicativo, quanto a clareza das informações sobre o uso ou não do ar-condicionado em todas as categorias dos serviços disponíveis, todos os veículos prestadores de serviço deverão circular com ar-condicionado ligado, sem cobrança de valores extras diretamente ao consumidor, independentemente da categoria do serviço contratado.

Parágrafo Único - Neste período, apenas será tolerada a não utilização do ar-condicionado, quando esta for uma opção do passageiro.

Art. 6º - Os veículos cujo aparelho de ar-condicionado não estiver funcionando por qualquer que seja o motivo, deverá ter sua circulação suspensa pela plataforma de aplicativo até que a adequação das informações ao consumidor seja implementada ou o aparelho de ar-condicionado do veículo esteja em perfeito funcionamento.

Art. 7º - O descumprimento das disposições da presente resolução por parte das empresas fornecedoras de que trata esta Resolução implicará nas sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, respeitada a ampla defesa e o devido processo legal, sem prejuízo de outras sanções por parte das autoridades competentes.

Art. 8º - A presente Resolução entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro 18 de dezembro de 2023

GUTEMBERG DE PAULA FONSECA

Secretário Estadual de Defesa do Consumidor