



Universidade Federal do Ceará
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação (*Stricto Sensu*)

IVO CÉSAR BARRETO DE CARVALHO

**TRIBUTAÇÃO OCULTA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS: O
CUSTO SOCIAL DA REGULAÇÃO E A TRANSPARÊNCIA FISCAL**

Fortaleza

2016

IVO CÉSAR BARRETO DE CARVALHO

**TRIBUTAÇÃO OCULTA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS: O
CUSTO SOCIAL DA REGULAÇÃO E A TRANSPARÊNCIA FISCAL**

Tese de Doutorado submetida ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, na Área de Concentração Ordem Jurídica Constitucional, na Linha de Pesquisa A implementação dos Direitos Fundamentais e as Políticas Públicas, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra.

Fortaleza

2016

“Sem legitimidade não há democracia, e sem democracia não prevalece o Estado de Direito. Faltando uma e outra, falta tudo a um povo para ser livre e digno.”

(Paulo Bonavides)

RESUMO

A série de reformas promovidas no aparelho estatal brasileiro, nos anos de 1990, propiciou o desenvolvimento de um modelo de Estado com menor nível de atuação direta na economia, abrindo espaço no mercado para a exploração de certas atividades econômicas e serviços públicos, antes monopolizados pelo Estado no Brasil. Com as medidas desestatizantes e privatizantes, com suporte nas quais se realizaram as concessões, delegações e permissões de serviços públicos, dentre outras modalidades de prestação dos sobreditos serviços, criaram-se as agências reguladoras – entidades estatais dotadas de autonomia e de funções administrativas, normativas e judicantes – com as atribuições de fiscalizar e normatizar a prestação de serviços públicos, bem como de mediar conflitos entre o Poder Concedente, os prestadores de serviços públicos e os usuários. Imbuídas da obrigação de manter um serviço adequado, de qualidade e eficiente, as agências reguladoras no Brasil adotam diversos modelos tarifários, baseados em governança regulatória, mas sem poder se predeterminar um modelo regulatório ideal, haja vista os diversos parâmetros constitucionais, legais, técnicos e econômicos de regulação tarifária. Destarte, faz-se necessário discutir a tributação dos serviços públicos regulados, devendo ser detalhado o regime jurídico tributário dos serviços públicos, considerando-se a divisão de competências tributárias entre os entes políticos federados. Fixadas essas premissas, estuda-se o fenômeno da “tributação oculta ou disfarçada” nos serviços públicos, cotejando tal expressão com a definição legal de tributo no ordenamento jurídico brasileiro e, assim, identificando sua configuração em algumas espécies de contraprestações atualmente em curso nos serviços públicos prestados no Brasil, tais como valor da outorga, sobrepreço nos monopólios estatais e contraprestação de serviços de uso compulsório. Por fim, identificados os problemas da “tributação oculta ou disfarçada” nos serviços públicos regulados, deve-se perquirir o modo como a regulação pode ser instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais republicanos, bem assim instrumento indutor de políticas públicas, e de que maneira pode ser alcançada a tributação justa dos serviços públicos regulados, garantindo-se, com efeito, a dignidade humana dos usuários dos supraditos serviços. Tal busca da tributação ideal deve ser parametrizada por valores como transparência, moralidade, eficiência, consciência fiscal e cidadania fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços públicos; Regulação; Modelos Regulatórios; Tributação Oculta; Transparência Fiscal; Cidadania Fiscal.

ABSTRACT

A series of reforms promoted in the Brazilian state apparatus, in the 1990s, led to the development of a state model with a lower level of direct involvement in the economy, making room in the market for the exploitation of certain economic activities and public services before monopolized by de State in Brazil. With denationalizing and privatizing measures, from which it made concessions, delegations and permissions of public services, among other ways of providing these aforesaid services, regulatory agencies - state entities with autonomy and administrative, regulatory and judicial powers – were instituted with the powers to monitor and regulate the public services as well as to mediate conflicts between the Public Government, public service providers and users. Imbued with the obligation to maintain adequate, quality and efficient services, regulatory agencies in Brazil adopt different tariff models, based on regulatory governance, but without being able to predetermine an ideal regulatory model, given the various constitutional, legal, technical and economic tariff regulation parameters. Thus, the taxation of regulated utilities must be discussed, it should be detailed the legal tax regime of public services, taking into account the division of tax powers between federal entities. Set these assumptions, we study the phenomenon of "hidden or disguised taxation" in public services, comparing this expression with the tax legal definition in Brazilian legal system and thus identifying its configuration in some current compensation species present in Brazil public services, such as the granting value, overpricing in state monopolies and compulsory use services compensation. Finally, identified the problems of "hidden or disguised taxation" in regulated utilities, how regulation can be an instrument for achieving the fundamental objectives of Brazilian Republic should be investigated, as well as inducing instrument of public policy, and so how can a fair taxation of public services be achieved, thus ensuring the human dignity of the before mentioned services users. This pursuit of ideal taxation should be parameterized by values such as transparency, morality, efficiency, fiscal consciousness and fiscal citizenship.

KEYWORDS: Public Services; Regulation; Regulatory Models; Hidden Taxation; Fiscal Transparency; Fiscal Citizenship.

RIASSUNTO

Una serie di riforme promosse nell'apparato statale brasiliana, nel 1990, ha portato allo sviluppo di un modello di Stato con un basso livello di coinvolgimento diretto nell'economia, facendo spazio nel mercato per lo sfruttamento di talune attività economiche e servizi pubblici prima monopolizzato da Stato in Brasile. Con le misure di privatizzazione, da cui è fatto concessioni, le delegazioni e le autorizzazioni dei servizi pubblici, tra gli altri modi di fornire questi servizi sopracitati sono stati gli autorità indipendenti - entità statali con autonomia e amministrativo, normativo e giudicante - con i poteri di monitorare e regolare la fornitura di servizi pubblici, nonché per mediare i conflitti tra Concedente, fornitori di servizi pubblici e gli utenti. Impregnato con l'obbligo di mantenere un'adeguata qualità dei servizi e agenzie di regolamentazione efficienti in Brasile adottare diversi modelli tariffari, sulla base di governance regolamentare, ma senza essere in grado di predeterminare un modello normativo ideale, dati i diversi parametri costituzionali, legali, tecniche e regolazione tariffaria economica. Pertanto, è necessario discutere la tassazione delle utilities regolamentate, deve essere dettagliato il regime giuridico fiscale dei servizi pubblici, tenendo conto della ripartizione delle competenze fiscali tra i politici federali. Impostare questi presupposti, si studia il fenomeno della "tassazione nascosta o mascherata" nei servizi pubblici, confrontando questa espressione con la definizione giuridica di tributo nel sistema giuridico brasiliano e quindi identificare sulla configurazione in alcune specie di contropartita attualmente presenti nei servizi pubblici fornito in Brasile, come ad esempio il valore della sovvenzione, sovrapprezzo di monopoli di stato e la contropartita dei servizi di uso obbligatorio. Infine, individuato i problemi di "tassazione nascosta o mascherata" nei servizi pubblici regolamentate, dovrebbe essere quello di far valere il regolamento può essere uno strumento per il raggiungimento degli obiettivi fondamentali repubblicani, così come indurre strumento di politica pubblica, e quindi può essere raggiunto un giusto tassazione delle servizi pubblici regolamentate, in modo da garantire la dignità umana di utenti dei suddetti servizi. Questa ricerca di tassazione ideale dovrebbe essere parametrizzato da valori quali la trasparenza, la moralità, l'efficienza, fiscale e di sensibilizzazione della cittadinanza fiscale.

PAROLE-CHIAVE: Servizi Pubblici; Regolamento; Modelli Normativi; Tassazione Nascosta; Trasparenza Fiscale; Cittadinanza Fiscale.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFOR – Autarquia de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental do Município de Fortaleza

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AED – Análise Econômica do Direito

AGERGS – Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul

AGETRANSP – Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANP – Agência Nacional do Petróleo

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará

ARSAL – Agência Reguladora e Fiscalizadora de Serviços Públicos de Salvador

ARSBAN – Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico de Natal

ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CAGECE – Companhia de Água e Esgoto do Ceará

CAPEX – *Capital Expenditure*

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CDE – Conta de Desenvolvimento Energético

CEGÁS – Companhia de Gás do Ceará

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CIP – Contribuição de Iluminação Pública

CNEM – Conselho Nacional de Energia Nuclear

COELCE – Companhia Energética do Ceará

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CONTEL – Conselho Nacional de Telecomunicações

CR – Consumo de Referência

CREA – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia

CRM – Conselho Regional de Medicina

CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido

CTN – Código Tributário Nacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DAC – Departamento de Aviação Civil

DF – Distrito Federal

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

ECT – Empresa de Correios e Telégrafos

FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações

FUST – Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações

IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

ICET – Instituto Cearense de Estudos Tributários

ICMS – Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação

IGP – Índice Geral de Preços

IGPM – Índice Geral de Preços do Mercado

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

IPC – Índice de Preços ao Consumidor

IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo

IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano

IRAR – Instituto Regulador da Água e dos Resíduos de Portugal

IRPF – Imposto de Renda Pessoa Física

IRQN – Imposto sobre Rendimentos e Proventos de Qualquer Natureza

ISSQN – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

LGT – Lei Geral de Telecomunicações

METROPLAN – Fundação de Planejamento Metropolitano e Regional do Rio Grande do Sul

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OPEX – *Operational Expenditure*

PIS – Programa de Integração Social

PPP – Parceria Público-Privada

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

RDPE – Revista de Direito Público da Economia

RFDT – Revista Fórum de Direito Tributário

RGR – Reserva Global de Reversão

SAAE – Sistema Autônomo de Água e Esgoto

SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo

SEDEX – Serviço de Encomenda Expressa Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TE – Tarifa de Energia

TFSEE – Taxa de Fiscalização do Setor de Energia Elétrica

TUSD – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 3 |
| 2 CONCEITO, MÉTODO E LINGUAGEM NO DIREITO | 16 |
| 2.1 Breves linhas sobre método, interpretação e linguagem | 16 |
| 2.2 O que é um conceito e para que serve | 23 |
| 2.3 Fundamentos metodológicos no estudo do fenômeno da tributação | 28 |
| 2.4 A definição legal de tributo e as críticas conceituais | 31 |
| 2.5 Serviços públicos: conceito e regime jurídico-constitucional | 37 |
| 2.6 Regulação: conceito e fundamentos metodológicos | 43 |
| | |
| 3 PRESTAÇÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL..... | 52 |
| 3.1 Titularidade e execução dos serviços públicos | 53 |
| 3.2 Desestatização e privatização | 59 |
| 3.3 Concessões, permissões e outras modalidades de prestação de serviços públicos | 63 |
| 3.4 Financiamento do Serviço Público | 80 |
| 3.5 Agências reguladoras e seu papel na Administração Pública brasileira | 83 |
| 3.6 Modelos regulatórios | 96 |
| 3.6.1 <i>Teoria do Interesse Público</i> | 96 |
| 3.6.2 <i>Teoria da Falha Regulatória</i> | 98 |
| 3.6.3 <i>Teoria Econômica da Regulação ou Escola Neoclássica</i> | 100 |
| 3.6.4 <i>Teoria da Escolha Pública (Public Choice)</i> | 109 |
| 3.6.5 <i>Teoria da Organização Administrativa</i> | 112 |
| 3.6.6 <i>Há um modelo regulatório ideal?</i> | 114 |
| 3.7 Governança regulatória | 122 |
| 3.8 A regulação e a intervenção no domínio econômico | 131 |
| 3.9 Regulação tarifária dos serviços públicos | 142 |
| 3.9.1 <i>Parâmetros constitucionais e legais</i> | 142 |

| | |
|--|-----|
| 3.9.2 Parâmetros técnicos e econômicos | 150 |
|--|-----|

4 TRIBUTAÇÃO OCULTA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS.....161

| | |
|--|-----|
| 4.1 Regime jurídico tributário dos serviços públicos | 161 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 4.2 Tributação direta e indireta | 171 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 4.3 Tributação oculta ou disfarçada | 176 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 4.3.1 A configuração do "tributo oculto" ou "tributo disfarçado" | 178 |
|--|-----|

| | |
|----------------------|-----|
| 4.3.2 Espécies | 182 |
|----------------------|-----|

| | |
|--------------------------------|-----|
| 4.3.2.1 Valor da outorga | 182 |
|--------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| 4.3.2.2 Sobrepreço nos monopólios estatais | 187 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 4.3.2.3 Contraprestação de serviços de uso compulsório | 194 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 4.4 O papel das agências reguladoras em relação aos tributos ocultos | 200 |
|--|-----|

5 O CUSTO SOCIAL DA REGULAÇÃO E A TRANSPARÊNCIA FISCAL207

| | |
|---|-----|
| 5.1 A regulação de serviços públicos como instrumento para consecução dos objetivos fundamentais republicanos | 209 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 5.2 Transparência e consciência fiscal pela regulação..... | 216 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 5.3 Cidadania fiscal e tributação dos serviços públicos regulados..... | 220 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 5.4 Tributação justa dos serviços públicos e dignidade humana: a busca da tributação ideal | 226 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| 5.5 A demanda social por políticas públicas: a regulação como novo instrumento indutor | 239 |
|--|-----|

6 CONCLUSÕES.....250

REFERÊNCIAS260

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro passa por várias transformações econômico-sociais, fruto de amadurecimento de sua democracia e das decisões políticas tomadas nestas últimas décadas após a redemocratização com a Constituição de 1988. Verificam-se três grandes transformações estruturais na ordem econômica brasileira: (i) a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; (ii) flexibilização dos monopólios estatais; (iii) privatizações.¹

A despeito de os últimos governos federais possuírem representantes de partidos políticos aparentemente opostos², as premissas adotadas nas políticas macroeconômicas, pautadas na estabilização monetária – com o Plano Real³ – e regime de metas de inflação para, posteriormente, promover um desenvolvimento econômico, são, a princípio, bastante similares. As semelhanças, contudo, param nessas premissas, diferenciando-se nos instrumentos e modelos econômicos adotados. As discussões ideológicas e político-partidárias desses governos se acirram se analisadas as questões sob o ponto de vista social, na efetiva concretização de políticas públicas.⁴

Assim, nos anos de 1990, o Brasil promoveu uma série de reformas no aparelho estatal⁵, a fim de que se criassem as condições ideais para o desenvolvimento de um modelo de Estado mais enxuto, menos burocrático, mais eficiente, menos atuante na

¹ A reforma do Estado no Brasil foi bem trabalhada por Luís Roberto Barroso. Agências reguladoras: Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 285-317, jan./jun. 2003.

² O governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, eleito pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), ocorreu de 1994-2002, e o governo do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva, eleito pelo Partido dos Trabalhadores (PT), ocorreu de 2003-2010, ambos reeleitos para os seus respectivos mandatos presidenciais.

³ Acerca deste contexto histórico e teórico na reforma do Estado Brasileiro, Vinícius Marques de Carvalho explica bem essas mudanças no âmbito da reforma regulatória e dos serviços públicos no Brasil. CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

⁴ Este horizonte da política econômica brasileira foi bem explicado por Maílson da Nóbrega. Brasil: um novo horizonte. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 284-309.

⁵ Giovanni Clark é um árduo crítico das reformas neoliberais ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a transferência das riquezas nacionais ao capital estrangeiro e as vergonhosas privatizações nacionais. CLARK, Giovanni. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 70-71, abr./jun. 2009.

economia e mais regulador desta⁶. Assim, procederam-se às tão discutíveis privatizações⁷ (ou desestatizações) de empresas públicas de todos os níveis da Federação⁸. O esgotamento da atuação estatal na economia de mercado⁹, segundo a justificativa dos defensores das medidas desestatizantes, principalmente em setores nos quais o Estado prestava serviços de duvidosa qualidade (telecomunicações, energia, gás, transportes etc.), prejudicava o cidadão e atrapalhava o desenvolvimento nacional. A solução da crise da gestão administrativa, baseada em ineficiência e pressão do mercado, resultou na proposta desestatizante, com diminuição do tamanho do Estado Brasileiro¹⁰, isto com base na solução apontada pelo Consenso de Washington¹¹.

Na óptica da economia de mercado, o Estado deveria se abster de atuar em tais setores, deixando à iniciativa privada a incumbência de atuar nas mais diversas áreas da atividade econômica, bem como de prestar serviços públicos eficientes, de qualidade

⁶ Esta realidade brasileira com um novo paradigma organizacional estatal foi bem observada por Rubens Naves. **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 123.

⁷ A análise profunda dessas privatizações no Brasil e a consequente criação das agências reguladoras foi realizada por Andrea Goldstein e José Cláudio Pires, do Governo Fernando Henrique até o Governo de Luís Inácio Lula da Silva. GOLDSTEIN, Andrea; PIRES, José Cláudio Linhares. **Analysing privatisation in brazil: the role of independent regulatory agencies**. ABCDE EUROPE. Paris, France May 15-16, 2003. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/27/000265513_20040427111544/Rendered/PDF/28733.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

⁸ Maurício Tolmasquim é um dos críticos ao papel liberal desempenhado pelo Estado Brasileiro nos anos de 1990 no que tange aos serviços públicos. Com o intuito de reduzir ao máximo a intervenção estatal na economia brasileira, aliada à crise financeira do País, o autor assevera que o grande objetivo da privatização era angariar recursos financeiros a um Estado descapitalizado. TOLMASQUIM, Maurício. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia; Brasília: EPE, 2011, p. 6.

⁹ Para Elizabeth Farina, mercado “é uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca”, também se conceitua como “um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas” e, por fim, se define como “uma forma de governar as transações econômicas, é uma estrutura de governança”. FARINA, Elizabeth M.M.Q. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. XI.

¹⁰ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – conhecido como Plano “Bresser Pereira” – foi elaborado pelo Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE), e, depois de ampla discussão, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião no dia 21 de setembro de 1995. Logo em seguida, submetida ao Presidente Fernando Henrique Cardoso e implementada em novembro de 1995. Disponível em: <www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 18 jul. 2016.

¹¹ Pedro de Menezes Niebuhr lembra que “a solução apontada pelo Consenso de Washington, que culpara o intervencionismo estatal pela crise econômica do final de século, consistia na redução do Estado ao mínimo estritamente necessário à manutenção da ordem e da segurança públicas; à garantia da propriedade e dos contratos; à manutenção da concorrência; e a investimentos básicos em infra-estrutura”. (**Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56). No fim da década de 1980, no Consenso de Washington, o economista John Williamson cunhou a expressão “neoliberalismo”. (In: MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 96).

e em módicas tarifas ao consumidor, haja vista a incapacidade de realização de investimentos pelas empresas estatais e a urgência (à época) na atração de investimentos estrangeiros¹². Pregava-se um novo Estado, pautado na passagem dos serviços públicos do âmbito governamental para a órbita privada.

O Governo brasileiro, à época, foi duramente tachado de neoliberal¹³ por defender a livre economia de mercado e a livre iniciativa como os mais puros dogmas da política macroeconômica, a despeito de tais princípios estarem expressamente previstos no art. 170 da Constituição Federal¹⁴. A quebra dos monopólios estatais¹⁵, antes pilares da Constituição Cidadã, foi imensamente discutida pela sociedade, duramente combatida

¹² Em estudo do Banco Mundial sobre a governança regulatória na infraestrutura brasileira, identificou-se o fato de que, com as reformas econômicas na infraestrutura implementadas nos anos de 1990, o investimento estrangeiro superou o montante de US\$ 100 bilhões. CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. **Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of brazilian regulators**. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, 2006. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/06/01/000090341_20060601160058/Rendered/PDF/363060Regulato101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

¹³ Para Washington Peluso, o Neoliberalismo é um modelo composto de elementos tanto do Liberalismo (adotado no “Estado Mínimo”) como do Socialismo (adotado no “Estado Máximo”), cuja simbiótica estrutura é constituída no conflito entre Estado *versus* Mercado. Complementa o autor, afirmando que a ordem jurídica brasileira inaugurada pela Constituição Federal de 1988 adotou o modelo Neoliberal. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 315). O neoliberalismo designa “um conjunto de ideias em favor da economia de mercado, sintetizadas no seguinte: disciplina macroeconômica, economia de mercado, abertura comercial. Ligadas ao neoliberalismo resultaram as diretrizes de: fortalecimento dos mercados privados, desregulamentação da economia, privatização das empresas estatais; liberalização dos mercados, livre comércio internacional, redução da atuação do Estado, controle da inflação, redução do déficit público, corte das despesas sociais.” (In: MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 96).

¹⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁵ O monopólio era visto como um dos pilares de um estado intervencionista, baseado no argumento da defesa do interesse público. Luiz Anhaia Mello defendia, inclusive, a ideia de que o monopólio era uma condição econômica para os serviços de utilidade pública, cuja ausência de competição deveria ser suprida pela regulamentação. MELLO, Luiz Anhaia. **O problema econômico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo: Gráfica da Prefeitura, 1940, p. 55.

pelos partidos de oposição à época e por demais questionada pelos funcionários públicos das empresas públicas prestadoras dos anteditos serviços¹⁶.

O Estado brasileiro, centralizador e intervencionista, transformava-se num Estado descentralizador e regulamentador de várias atividades econômicas¹⁷ e de serviços públicos, que acabara de passar à iniciativa privada.¹⁸ Noutros termos, a máquina estatal não mais despendia recursos financeiros ou humanos na prestação de tais serviços diretamente à população, pois a “energia” governamental deveria se voltar à fiscalização e normatização dessas atividades, então nas mãos da iniciativa privada.¹⁹

Um dos instrumentos utilizados pelo Governo Federal para ordenar a livre iniciativa, impondo-lhe regras de atuação, que passou a prestar os serviços públicos outrora exclusivamente assumidos pelos poderes públicos foi a regulação econômica, consoante disposto no art. 174 da Constituição Federal²⁰. As concessões, delegações e permissões de serviços públicos passaram a ser fiscalizadas, normatizadas e controladas pelas chamadas agências reguladoras. Em verdade, era uma relevante inovação do aparelho estatal brasileiro, que mitigou o modelo clássico (liberal) de separação de

¹⁶ Caio Mário da Silva Pereira Neto, Filippo Maria Lancieri e Mateus Piva Adami relatam bem as críticas à política de desestatização e à reforma do Estado Brasileiro, que culminaram na criação das agências reguladoras. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva *et alii*. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 142-143.

¹⁷ De acordo com Vinícius Marques de Carvalho, a regulação nasceu no Brasil como um subproduto do movimento de privatização e da liberalização dos setores da infraestrutura, e não de um incremento da intervenção estatal na economia. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁸ Como bem esclarece Washington Peluso, as medidas de privatizações, controle de inflação, “enxugamento” do Estado e das empresas estatais, liberalização do comércio, visando ao desenvolvimento dos mercados, foram implementadas com base numa política neoliberal elaborada nos anos de 1990, sintetizada no “Convênio de Washington”. (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Op. cit.*, p. 336-337).

¹⁹ Neste sentido, Luís Cabral de Moncada anota: “É por essa razão que a regulação é uma consequência histórica da privatização e da globalização ou mundialização do mercado, com todas as respectivas consequências; liberalização do comércio internacional de bens e serviços e de capitais e privatização da produção mesmo no sector tradicional dos serviços públicos, não sendo pensável fora dela.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 55)

²⁰ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

poderes, cuja característica preponderante era um Poder Executivo forte e centralizador, jurídica e politicamente.²¹

Pedro Dutra critica aqueles que associam as agências reguladoras à ideologia neoliberal, porquanto o que ocorre é precisamente o inverso. Esta ideologia se caracteriza pela ausência ou intensa redução do Estado na economia, haja vista a livre iniciativa e a livre concorrência²² serem suficientes para a autorregulação dos mercados. Com efeito, a “regulação dos mercados econômicos é uma forma efetiva de intervenção estatal na economia e assim incontestavelmente limita, em defesa do interesse público, a livre iniciativa, ao contrário do que defendem os neoliberais, que a querem a menos preceituada possível.”²³

Com esteio nesta ação descentralizadora²⁴, as agências reguladoras caracterizam-se pela natureza jurídica autárquica, sob regime especial, com autonomia administrativa, política, funcional e orçamentário-financeira em relação ao Ente estatal que as criou.²⁵ Nesse novo modelo de Estado Regulador²⁶, tais agências desempenham funções²⁷ **administrativas** (fiscalizando a prestação dos serviços públicos delegados,

²¹ A questão envolvendo a posição das agências reguladoras na Teoria da Tripartição de Poderes e no atual Estado Democrático de Direito é profundamente discutida por Marçal Justen Filho. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 344-353.

²² A livre iniciativa e a livre concorrência são os pilares do Estado Liberal, pois calcadas na proteção da liberdade e do patrimônio individual, tendo como objetivo político-econômico a livre circulação de bens e serviços, baseada na lei da oferta e da demanda. Pedro de Menezes Niebuhr descreve o Estado Liberal, em contraposição ao Estado absolutista, como de cunho individualista e que nascera calcado sob a proteção do patrimônio individual. NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte, Fórum: 2008, p. 33.

²³ DUTRA, Pedro. Agências reguladoras: reforma ou extinção? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 193, jul./set. 2003.

²⁴ Não foi apenas este o motivo da instituição das agências reguladoras, segundo Moreira Neto, mas também para superar os antigos e frouxos controles burocráticos até então existentes sobre os serviços públicos, cujos interesses político-partidários prevaleciam sobre os interesses e argumentos técnicos. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 492).

²⁵ As características das agências reguladoras foram bem delineadas por Luís Roberto Barroso. As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **Coleção Temas de Direito Administrativo**. v. 12. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

²⁶ Para Fernão Justen de Oliveira, o Estado Regulador não deriva do Estado do Bem Estar Social, não sendo um mero aperfeiçoamento deste. Em verdade, é uma “categoria rompedora do movimento pendular que caracterizava a linha intervencionista e que o transformou em uma espiral progressiva – e recorrente a concepções ideológicas de ambos os modelos econômicos anteriormente vigentes.” OLIVEIRA, Fernão Justen. **Parceria Público-Privada: aspectos de Direito Público Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 50.

²⁷ Lucas de Souza Lehfeld alude aos poderes normativo (quase-legislativo) e jurisdicional (quase-judicial) das agências reguladoras. LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras: a participação-cidadã como limite à sua autonomia**. Tese de Doutorado em Direito do Estado. Pontifícia

concedidos ou permitidos), **normativas** (normatizando a prestação dos sobreditos serviços) e **judicantes** (julgando os eventuais conflitos surgidos entre os consumidores e as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos)²⁸.

A prestação dos serviços públicos – incumbência do Poder Público – que passou em grande parte a ser feita sob regime de concessão ou permissão, nos moldes do art. 175 da Carta Política²⁹, necessita de órgãos técnicos e autônomos capazes de fiscalizar tais contratos, promover a política tarifária, normatizar os direitos dos usuários, sempre com a obrigação de manter um serviço adequado, de qualidade e eficiente. Ao longo das últimas décadas, os serviços públicos delegados à iniciativa privada aumentaram consideravelmente em todos os níveis da Federação, influenciando nas características das instituições estatais e não estatais.

Característica marcante na regulação dos serviços públicos é a de cariz econômica. A estruturação da política tarifária e a implementação efetiva de mecanismos de revisão periódica das tarifas, com vistas à modicidade tarifária e ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, são pilares das atividades desempenhadas pela área econômico-tarifária das agências reguladoras. De modo a garantir a autonomia e o desenvolvimento de suas atividades, as agências reguladoras cobram taxas³⁰ ou tarifas³¹ de regulação das concessionárias ou das permissionárias dos serviços públicos delegados.

Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2006, p. 285. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7142>>. Acesso em: 29 out. 2015.

²⁸ Moreira Neto prefere usar o termo *parajurisdicional* ao invés de judicante. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 493.

²⁹ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

³⁰ Marçal Justen Filho defende a natureza jurídica de taxa pela cobrança da atividade de fiscalização da entidade reguladora, pois a causa jurídica é a fiscalização destas agências em razão de suas competências regulatórias. (**O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 474-475). Egon Bockman Moreira segue este mesmo entendimento pela natureza jurídica de taxa, em face do poder de polícia desempenhado pelas agências reguladoras independentes (**Direito das concessões de serviço público** – inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros/SBDP, 2010, p. 217-218).

³¹ Em sentido oposto, Marcos Juruena Villela Souto defende a ideia de ter a remuneração da agência natureza obrigacional, cujo argumento favorável se baseia no risco da captura e aos incentivos resultantes no aumento de receita da agência em face do faturamento da entidade regulada (**Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 457-458). Corroborando a mesma tese da natureza contratual, Alexandre de Santos Aragão descarta a natureza de taxa desse valor cobrado pelas agências reguladoras, por não ser exercício de poder de polícia (*In: Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 332).

Não raro ocorre que nos preços dos serviços públicos – prestados por particulares ou por entidades públicas de outros entes federativos – ao serem instituídos os custos dessas atividades, sejam embutidos alguns tributos e encargos setoriais, posteriormente repassados aos cidadãos usuários.

Apenas a título exemplificativo, a prestação do serviço de energia elétrica é um modelo emblemático de ausência de transparência fiscal, que viola a cidadania e a dignidade humana do usuário. A conta de energia, hoje, se tornou um verdadeiro meio de arrecadação de recursos financeiros estatais, pois inclui 28 itens, entre tributos (v.g., ICMS, PIS, COFINS e CIP³²) e encargos (v.g., RGR, TUSD, TE³³), repassados ao contribuinte consumidor de energia elétrica sem que ele tenha qualquer consciência do caríssimo custo social deste bem essencial.

Caso bem interessante de tributação oculta ocorre na licitação para a concessão de um serviço público. Antes de proceder à licitação, na fase interna, o Estado situa entre os itens a serem avaliados o chamado *valor da outorga*, que consiste numa “quantia a ser paga pela empresa vencedora da licitação ao Poder Concedente, vale dizer, ao Estado outorgante da concessão”.³⁴ O problema está em que, ao elaborar sua planilha de custos da atividade desenvolvida na prestação dos serviços, a concessionária põe o *valor da outorga* como custo da atividade, repassando, portanto, o ônus para o usuário do serviço público.

³² Os tributos citados no exemplo são: imposto sobre operações relativas circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações (ICMS), contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS) e contribuição de iluminação pública (CIP).

³³ Os encargos setoriais citados no exemplo são: Reserva Global de Reversão (RGR), Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Energia (TE). A Resolução Normativa da ANEEL nº 166, de 10 de outubro de 2005, com alterações posteriores, estabelece as disposições consolidadas relativas ao cálculo da tarifa de uso dos sistemas de distribuição (TUSD) e da tarifa de energia elétrica (TE). BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa nº 166, de 10 de outubro de 2005**. Estabelece as disposições consolidadas relativas ao cálculo da tarifa de uso dos sistemas de distribuição (TUSD) e da tarifa de energia elétrica (TE). Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2005166.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

³⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 169.

A prática da chamada tributação oculta ou disfarçada em serviços públicos, além de ser discutível sob o enfoque do princípio da legalidade tributária, também não parece refletir transparência e segurança jurídicas nas ações estatais.

Partindo da premissa constitucional de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), constituindo-se seus objetivos (art. 3º) construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I), garantir o desenvolvimento nacional (inc. II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inc. III) e promover o bem de todos (inc. IV)³⁵, pretende-se estudar como a regulação da prestação dos serviços públicos essenciais aos cidadãos pode servir de instrumento para o alcance dos citados objetivos constitucionais.³⁶

A priori, a atividade executiva desempenhada pelas agências reguladoras envolve, de certo modo, a implementação das políticas públicas e diretrizes elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, ao planejar e executar determinada política pública, os gestores públicos devem sempre se pautar pelos objetivos republicanos fincados no art. 3º da Carta Política. Não diferem, assim, as agências reguladoras em seu espaço de atuação, notadamente na regulação de serviços públicos essenciais delegados, para a consecução dos mesmos objetivos constitucionais.³⁷

A prestação de serviços públicos essenciais (v.g., água, esgoto, recolhimento e tratamento de resíduos sólidos, energia elétrica, transportes etc.) deve se pautar em

³⁵ Em interessante análise sobre as fases políticas da Constituição de 1988, André Rosilho prega a noção de que o primeiro ato consiste na “Constituição onipotente” – consistente na ideia de que a realidade poderia ser transformada quase que exclusivamente pelo Direito; que as regras e princípios constitucionais seriam capazes de, por si, modificar a sociedade. Exemplo deste sentimento de onipotência constitucional brasileira reflete-se no artigo 3º, onde restaram consignados os objetivos fundamentais republicanos. ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 18-19.

³⁶ Para Geraldo Vidigal, o desenvolvimento e o bem-estar social são os objetivos maiores do Direito Econômico na organização dos mercados. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977, p. 51.

³⁷ Para Nagibe de Melo, as agências reguladoras “exercem, de dentro do Poder Executivo ou a partir do Poder Legislativo, ou ainda como uma estrutura montada paralelamente a esses poderes, funções eminentemente jurisdicionais, de modo a solucionar os conflitos próprios do Estado-providência, se referem à escolha, planejamento e execução das políticas públicas.” JORGÉ NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 70.

políticas públicas transparentes, bem delineadas e planejadas, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana. As agências reguladoras, neste ponto, desempenham papel crucial no atual Estado Democrático de Direito brasileiro, promovendo o desenvolvimento econômico e social, bem como a cidadania fiscal e, além disso, efetivando a dignidade da pessoa humana.³⁸

Por todo o exposto, justifica-se esta pesquisa para compreender como a tributação oculta ou disfarçada nos serviços públicos regulados influencia o desenvolvimento econômico e social no Brasil, ao transferir os custos tributários ou tarifários aos usuários, afeta a cidadania fiscal e viola o princípio da transparência e a dignidade da pessoa humana. Para tal intento, surgem as seguintes indagações:

- a) Como a regulação influencia na estruturação e funcionamento das instituições e/ou entidades estatais e não estatais prestadoras de serviços públicos, notadamente no que tange ao custo desses serviços?
- b) Quais os efeitos das reformas regulatórias no desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira?
- c) A regulação efetivada no Brasil é instrumento ou obstáculo à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil delineados no art.3º da Carta Magna?
- d) Como os modelos tributário e tarifário podem ser mais transparentes e justos ao cidadão contribuinte e usuário dos serviços públicos essenciais regulados? De que maneira a regulação pode despertar essa consciência fiscal?
- e) Qual o papel das agências reguladoras de serviços públicos relativamente à tributação oculta ou disfarçada inserida no custo dos serviços públicos essenciais? Em caso de violação à ordem jurídica, qual a medida ou

³⁸ Neste mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma: “As agências reguladoras, no entanto, tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material.”. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 317.

procedimento a ser utilizado pelas agências reguladoras para combater tal prática?

f) As agências reguladoras brasileiras desempenham seu papel de garantir a eficiente e adequada prestação de serviços públicos, bem como de implementação da dignidade da pessoa humana dos usuários desses serviços?

A motivação central deste estudo consiste em, fixando as premissas conceituais e metodológicas do exame do fenômeno da tributação, dos serviços públicos e da regulação, desvendar a tributação oculta ou disfarçada embutida no custo dos serviços públicos essenciais, e como a regulação pode servir de instrumento para se alcançar a transparência e a cidadania fiscal, garantindo assim a dignidade humana dos usuários desses serviços.

Intenta-se examinar detidamente de que modo ocorre a internalização nos custos dos serviços públicos das externalidades tributárias ou de outra natureza, com o fito de verificar quais o peso dessa carga para o usuário e o grau de transparência, tanto do Poder Público (seja como Poder Concedente, seja como prestador de serviços públicos) como das empresas concessionárias e permissionárias desses serviços.

A conscientização para a cidadania fiscal parte, necessariamente, da atuação estatal de maneira transparente e garantidora da segurança jurídica. A tributação excessiva de fatos geradores inerentes aos serviços públicos (v.g., quando se estipula a alíquota alta de ICMS para energia elétrica) é elemento motivador suficiente para a internalização desses tributos e outros encargos por parte das concessionárias e permissionárias de serviços públicos para posterior repasse aos usuários. A simples omissão do Poder Público quando da revisão desses parâmetros reflete descompromisso em relação à cidadania fiscal e desprezo pela dignidade da pessoa humana.

Numa análise preliminar sobre os problemas envolvendo o tema objeto desta pesquisa, espera-se descobrir, com base nas peculiaridades da organização econômica e social brasileira, os instrumentos viáveis para a efetiva prestação de serviços públicos essenciais de qualidade a toda a população, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, garantindo o desenvolvimento nacional. Enfim, a promoção do bem de todos passa, necessariamente, pela construção de uma sociedade

livre, justa e solidária, objetivos estes alcançáveis mediante a efetivação da dignidade da pessoa humana. As agências reguladoras podem atuar, exatamente, no planejamento e execução de políticas públicas voltadas para a consecução dos objetivos republicanos delineados no art. 3º da Constituição Federal.

O objetivo geral da pesquisa ora relatoriada é investigar se a regulação efetivada pelas agências reguladoras brasileiras é instrumento eficaz para a elaboração de uma metodologia tarifária mais justa, expurgando os tributos ocultos ou disfarçados, efetivando o desenvolvimento econômico e social do Estado brasileiro, garantindo a transparência nas relações estatais com o contribuinte, implementando a cidadania fiscal e promovendo o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, notadamente dos cidadãos usuários dos serviços públicos.

Como objetivos específicos, pretende-se:

- a) identificar os possíveis problemas encontrados na atuação das agências reguladoras brasileiras na fiscalização e normatização da prestação dos serviços públicos essenciais, especialmente no que concerne à tributação embutida nos custos desses serviços;
- b) propor critérios objetivos para a regulação econômica dos serviços públicos concessionários e permissionários, de modo a garantir a transparência fiscal e proteger a dignidade da pessoa humana dos usuários; e
- c) (re)formular e indicar instrumentos e parâmetros metodológicos claros e objetivos a serem adotados pelas agências reguladoras brasileiras na composição dos custos dos serviços públicos, garantindo um cálculo tarifário mais justo e evitando-se a tributação oculta ou disfarçada, a fim de se alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Considerando a natureza da pesquisa ora proposta, será empregado o *método dialético*³⁹, uma vez que, não se apegando às ideologias político-partidárias nem a

³⁹ De acordo com Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, são quatro as leis fundamentais da dialética: a) ação recíproca, unidade polar ou “tudo se relaciona”; b) mudança dialética, negação da negação ou “tudo se transforma”; c) passagem da quantidade à qualidade ou mudança qualitativa; d) interpenetração

correntes doutrinárias previamente estabelecidas, permite o cotejo da experiência com as conclusões teóricas obtidas, procurando-se no conjunto de processos a dinâmica dos institutos estudados neste experimento acadêmico e a confrontação dos argumentos contrários. Com este método, procura-se desnudar a real natureza jurídica dos tributos ocultos ou disfarçados, considerando a dinâmica em que estão inseridos nos custos dos serviços públicos essenciais no Brasil, necessitando-se assim de uma compreensão total da realidade social do País⁴⁰.

Também será empregado o *método indutivo*⁴¹, pois, partindo de características particulares das hipóteses denominadas de tributos ocultos ou disfarçados, será possível inferir a natureza jurídica destas prestações pecuniárias e se estas se adequam à definição legal de tributo albergada no artigo 3º do Código Tributário Nacional.

A primeira etapa da metodologia é o levantamento do referencial bibliográfico, mediante a consulta em bibliotecas públicas e privadas, bem como por aquisição em livrarias, locais, nacionais e internacionais. A despeito de não se pretender realizar um estudo no Direito Comparado, faz-se necessário analisar algumas experiências regulatórias em agências estrangeiras, quando cabíveis, dadas as peculiaridades normativas de cada país.

A pesquisa documental para a coleta de material complementar – tais como leis, decretos, resoluções normativas, jurisprudência, contratos de concessão etc. – será realizada *in loco*, nas instituições, órgãos e entidades, públicas e privadas, competentes para o desempenho das atividades de prestação dos serviços públicos e das particulares

dos contrários, contradição ou luta dos contrários. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

⁴⁰ Luis Henrique Zago assim explica o método dialético com a análise do real: “Em oposição ao pensamento do senso comum a dialética se propõe a compreender a “coisa em si”, construindo uma compreensão da realidade que considere a totalidade como dinâmica e em constante construção social. Ao considerar a realidade desta forma a dialética rompe com a pseudoconcreticidade, por desvelar as tramas que relacionavam a essência ao fenômeno. Foi por isso que Hegel (2007:36) preconizava: ‘O verdadeiro é o todo. Mas o todo é somente a essência que se implementa através de seu desenvolvimento’”. ZAGO, Luis Henrique. O método dialético e a análise do real. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 127, jun./2013, p. 113.

⁴¹ Segundo Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, a “indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se baseiam”. *Op. cit.*, p. 53.

funções da regulação. Ademais, não se olvida a pesquisa feita através da rede mundial de computadores, haja vista a crescente guarda e o arquivo de informações e dados disponibilizados por esses entes em razão dos princípios da publicidade, transparência e controle social.

Vale salientar que, no texto sob exame, não se pretende realizar uma análise documental apenas *intra muros*, mas se almeja efetivar trocas de experiências com docentes das mais diversas instituições de ensino superior, servidores públicos e profissionais dos setores envolvidos, tanto no plano local, como nos patamares nacional e internacional.

No que diz respeito à natureza do estudo, embora envolva um levantamento bibliográfico e embasamento teórico substancial, ele resulta de *pesquisa aplicada* ou *empírica*, porquanto sua aplicabilidade no âmbito das agências reguladoras brasileiras – nos diversos níveis da Federação – se mostra de relevante interesse social para a proteção do direito fundamental à dignidade da pessoa humana, nomeadamente dos usuários de serviços públicos essenciais.

Quanto à modalidade de abordagem, configura-se como *pesquisa quantitativa*, haja vista a necessidade de analisar todo o material coletado – desde leis, doutrina, jurisprudência e instrumentos legais (resoluções, contratos, convênios etc.), nacionais e estrangeiros – como método para obtenção dos resultados a serem aplicados pelas agências reguladoras para o País.

No que respeita aos fins, a busca proposta é mista, pois tem por escopo tanto o exame do material bibliográfico levantado, como a análise das experiências regulatórias nacionais e estrangeiras, possibilitando a (re)formulação de instrumentos aplicáveis às agências reguladoras no Brasil para a consecução dos objetivos fundamentais republicanos. Desse modo, a pesquisa é *exploratória* e *explicativa*.

Em derradeiro, no que tange aos procedimentos, a investigação é eclética. Far-se-á, inicialmente, por via de *pesquisa bibliográfica*, com o levantamento, análise, leitura e fichamento do referencial bibliográfico proposto, com identificação de argumentos relevantes, confronto de teses conflitantes, bem como obtenção de resultados sintéticos e hábeis a identificar o desenho teórico do instituto.

2 CONCEITO, MÉTODO E LINGUAGEM NO DIREITO

Cuidar de tributo e de tributação de serviços públicos, bem como de regulação desses serviços, requer do juscientista uma abordagem dos conceitos utilizados nos respectivos campos do Direito trabalhados, de modo detido e aprofundado. A precisão terminológica dos conceitos e institutos fundamentais do Direito Administrativo, Direito Regulatório e Direito Tributário faz-se sobejamente necessária, na medida em que, com base nessas premissas adotadas, trilha-se o caminho do entendimento acerca da prestação dos serviços públicos regulados, do custo para o seu financiamento e da tributação sobre eles incidentes, especialmente a chamada “tributação oculta” – objeto desta tese.

No capítulo corrente, aborda-se o método científico e sua utilidade para a compreensão – e, quiçá, elaboração – dos objetos em estudo desta tese. Até que ponto o purismo metodológico positivista é útil para compreender o Direito? Quais o papel e a natureza da linguagem para a compreensão do Direito? Fixar essas premissas metodológicas e hermenêuticas é essencial para traçar as primeiras linhas do estudo da tributação oculta ou disfarçada nos serviços públicos regulados.

2.1 Breves linhas sobre método, interpretação e linguagem

O vocábulo método possui muitos significados, contudo, preambularmente, é possível dizer que é um meio, uma ordem ou conjunto de regras a seguir. Da palavra grega *méthodos*, significa “caminho para chegar a um fim”.

Em sentido amplo, Arnaldo Parente Leite Barbosa assim conceitua o método:

Tem-se um método quando se segue um certo **caminho**, para alcançar um determinado fim. Esse fim pode ser o conhecimento ou pode ser, também, um fim humano ou vital; por exemplo, a felicidade. Nos dois casos há, ou pode haver, método. Nesse sentido, dizia Platão que é preciso buscar o caminho mais apropriado para alcançar o saber e quando se trata de saber mais alto, buscar o caminho ou circuito maior, uma vez que o mais curto seria inadequado para tão elevado fim. Também neste sentido, falava Aristóteles sobre o método.⁴²

⁴² BARBOSA, Arnaldo Parente Leite. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Fortaleza: UECE, 2001, p. 135.

Portanto, falar-se em método é contrapor à sorte ou ao acaso, é traçar etapas, procedimentos e processos racionais e claros, mediante a utilização de técnicas preestabelecidas, de modo a se alcançar um conhecimento ou um resultado. No mundo científico, a utilização de métodos passou a ser essencial para se percorrer o caminho do conhecimento, distinguindo-o do conhecimento meramente vulgar (sentidos), de modo a se pautar em abstração e na racionalidade na busca de um determinado fim.

O método cartesiano⁴³ foi utilizado durante séculos, mas também houve um grande desenvolvimento histórico do método científico. Isto porque o método permite a utilização de técnicas distintas: uma pode ser mais adequada a um ramo científico, enquanto outra é mais aproveitada noutra divisão do conhecimento. Ademais, o emprego sucessivo de uma técnica ou sua repetição pode levar a um *know-how*, de modo a alcançar o mesmo resultado com menor tempo e menos energia. Em suma, o progresso da humanidade diversificou os métodos científicos na busca da compreensão dos objetos e do conhecimento.

Como ensina Richard Palmer, o ato de interpretar tem como base o entendimento de um objeto. Esta compreensão, contudo, já molda e condiciona a interpretação, ou seja, já se parte de um método para interpretar:

Na verdade, método e objecto não podem separar-se: o método já delimitou *o que* veremos. Já nos disse o que o objecto é *enquanto* objecto. Por este facto, todo o método é já interpretação; é, no entanto, apenas uma interpretação e o objecto, visto com um método diferente, será um objecto diferente.⁴⁴

Assim, a escolha de um método científico já consiste, de início, numa delimitação do objeto de estudo, haja vista ser difícil o conhecimento absoluto de um objeto, pois este conhecimento é uma relação entre sujeito e objeto, mutável e dinâmico por natureza. Considerando o objeto como “todo ser a respeito do qual se possa tecer ou elaborar um juízo lógico”⁴⁵, a atividade do sujeito cognoscente para com este objeto é de compreensão de sua realidade, ou seja, de interpretação.

⁴³ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 49-50.

⁴⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 33.

⁴⁵ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.

Hugo de Brito Machado Segundo conceitua a atividade de interpretação de modo que a linguagem se revela como o instrumento de compreensão da realidade:

Se se entende por interpretação o processo de atribuição de sentido a segmentos da realidade, ou à “facticidade” como um todo (e não só a “textos”), sendo a linguagem a forma pela qual essa realidade é compreendida (ou mesmo *reconstruída* mentalmente) e afirmações em torno dela são constituídas, transmitidas e armazenadas, pode-se dizer que o ser humano a tudo interpreta, desde quando acorda até o momento em que perde a consciência, temporária ou permanentemente, com o sono ou a morte.⁴⁶

Assim, para compreender os métodos no Direito e sua interpretação, é necessário também perceber a linguagem jurídica utilizada nas normas de um sistema. A linguagem natural é diferente da linguagem jurídica? Para que sejam as regras jurídicas compreendidas por todas as pessoas há que se utilizar das características típicas da linguagem natural, de modo a alcançar a eficácia técnica e o controle social?

Genaro Carrió explica que não há diferenças fundamentais entre a linguagem jurídica e a de ordem natural, pois, a despeito da existência de uma certa zona de “penumbra” para a definição de alguns termos ou conceitos jurídicos, as classificações utilizadas pelos juristas tendem sempre a agrupar distintos fenômenos, mas baseados em categorias e conceitos de outras ciências, que se inspiram em ideias vulgares, ou seja, utilizados pela linguagem natural.⁴⁷

Se, entretanto, a linguagem é o uso de sinais que possibilita a comunicação, certamente, há diferenças entre a linguagem natural e a de teor jurídico. O conjunto de sinais intersubjetivos utilizado no campo do Direito difere, não completamente, dos instrumentos que possibilitam a comunicação entre duas pessoas numa relação cotidiana e coloquial. Tal fato se demonstra claramente quando pessoas leigas na área jurídica participam de uma audiência judicial ou assistem a uma transmissão de um julgamento do Supremo Tribunal Federal e não entendem certos (ou, às vezes, até mesmo muitos) termos utilizados pelos juristas em sua linguagem.

Por esta razão, tanto a juridicidade, como a interpretação e o discurso jurídico estão intrinsecamente ligadas à linguagem e à comunicação. As várias teorias da

⁴⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência**: uma introdução à Epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 29.

⁴⁷ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e Lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 49-55.

interpretação e as diversas teorias da linguagem propiciam amplo espectro instrumental hermenêutico e comunicativo. Não por outra razão, Gregorio Robles identifica no Direito um fenômeno complexo e multifacetado de um poder político e social numa organização coletiva e fruto de processos comunicativos dela decorrentes⁴⁸.

Na elaboração da juridicidade – entendida esta como o conjunto das práticas textuais jurídicas – o percurso interpretativo do discurso na hermenêutica tradicional utiliza-se dos cânones clássicos da interpretação histórica, literal, gramatical, lógica, teleológica e sistemática. Como explana Eduardo Bittar⁴⁹, o discurso jurídico pode se fazer com maior intensidade (nos planos científico, normativo e decisório) ou com menor intensidade (no plano burocrático).

Apoiado numa hermenêutica filosófica, Raimundo Bezerra Falcão⁵⁰ leciona que a interpretação é “a atividade ou o simples ato de captação de sentido”, enquanto a Hermenêutica consiste nas regras pelas quais ela se opera e no entendimento e funcionamento de suas estruturas. Abordando, porém, os limites da interpretação e da linguagem, o Jurista cearense acentua: “A Hermenêutica, em que pese à liberdade do sentido, não deve postar-se insensivelmente perante as bases éticas da linguagem. Já que o sentido é livre, é também inesgotável.”⁵¹

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a tarefa da interpretação envolve a determinação do sentido das normas, mas não se resume a simplesmente compreender um texto. O jurista deve ter como objetivo precípua ir além do significado dos textos normativos, não apenas o conhecendo, mas também lhe determinando a força e o alcance em face de um dado problema (solução de conflitos).⁵²

Neste sentido, relevante é dizer que a atividade interpretativa de um ato cognoscitivo é feita por um sujeito ou agente de interpretação e referente a um discurso. Este processo não é estático, mas dinâmico, pois não há um sentido único preexistente a

⁴⁸ ROBLES, Gregorio. **As regras do Direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do Direito. São Paulo: Noeses, 2011, p. 10.

⁴⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica**: Semiótica, discurso e Direito. 6 ed. rev., atual. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 106.

⁵⁰ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84.

⁵¹ FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Op. cit.*, p. 94.

⁵² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 252.

ser buscado ou identificado pelo sujeito cognoscente. É nesta óptica que Eduardo Bittar concebe a interpretação como

[...] atividade noética, produtora de sentido, e, portanto, necessária à caracterização dos fenômenos jurídicos. Ser produtora de sentido significa que não se constrange com o fato de ser uma atividade criadora de sentido; é menos um percurso em torno do dado apriorístico (sentido único preexistente) e mais um fazer autônomo e construtivo (recriação de sentido ao texto).⁵³

Onde há signos linguísticos, há interpretação, mas esta não pode ser considerada mera atividade de decodificação de mensagens. O lugar da interpretação jurídica é o texto jurídico, mas que deve sempre levar em consideração uma complexidade signica. Para a Semiótica, explica Eduardo Bittar, a “interpretação relaciona-se com a própria cognição, e, portanto, deve ser identificada como parte integrante de todo o processo de formação do discurso”.⁵⁴

Se a função das palavras é transmitir um sentido, pois essa a razão de sua existência, os signos são o seu significado ou conceito. Por isso, Ronaldo Xavier assinala que a “significação associa um ser, um fato, uma idéia a um signo capaz de evocá-los”.⁵⁵ Neste mesmo sentido, Ferdinand de Saussure estabelece que “o signo linguístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica”.⁵⁶ O signo é a combinação de dois elementos: o significado (conceito) e o significante (imagem acústica).

Há intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a multivocidade de sentidos dos textos jurídicos. Atualmente, os discursos jurídicos – sejam científicos, normativos, decisórios ou burocráticos – afastam a ideia do sentido jurídico unívoco, haja vista o universo da interpretação na formação da juridicidade. O sujeito da interpretação, no entanto, ao atribuir sentidos aos textos normativos e atuar na construção de sentido jurídico, não possui ampla e irrestrita liberdade nessa atuação.

Há limites para a interpretação, para a construção de sentido das normas jurídicas. Este papel não é apenas desempenhado quando o sujeito da interpretação está

⁵³ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 113.

⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 109.

⁵⁵ XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14.

⁵⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Traduz. Português. 3 ed. São Paulo: Cultrix, 1971, p. 80-81.

diante de textos jurídicos dotados de signos ambíguos e vagos, mas também de signos linguísticos também com textura mais fechada. Destarte, é possível apontar linhas delimitadoras da quadrangularidade na interpretação jurídica. Seguindo esta linha de raciocínio, Eduardo Bittar indica tais linhas gerais: a) princípios implícitos ou explícitos do ordenamento jurídico; b) hierarquia normativa e prescrições normativas; c) paradigmas teórico-cognitivos e epistemológicos fornecidos pelo ramo jurídico-científico ao qual pertence a norma em estudo; d) a semântica⁵⁷ ou intertextualidade da norma em si; e) a contextualização sociossemiótica da norma (ou seja, nos meios jurídico, social, cultural, histórico); f) a forma de expressão do texto jurídico na norma (técnicas de redação e estilo legislativo); g) quantidade de informações que veicula e o número de variáveis que envolve; h) interpretações prevalecentes e argumentações majoritárias existentes no espaço dialético.⁵⁸

Com exceção do último parâmetro apontado, corrobora-se o entendimento anteriormente exposto pela existência de restrições à possibilidade de abertura infinita e indefinida das múltiplas modalidades e sentidos do texto jurídico. É certo que a interpretação não deve ser unívoca nem submetida a critérios uniformes em todos os ramos jurídicos, mas também o universo do sujeito da interpretação não está livre de limites ou parâmetros interpretativos, pois a própria pluralidade de sentidos dos textos jurídicos é finita e também limitada.

Em alguns microuniversos jurídicos, a exemplo do Direito Penal e do Direito Tributário, há limites setoriais de interpretação jurídica. Explica-se a existência de tais limitações, em razão da própria natureza dos institutos, conceitos e objetos da relação jurídica tutelada. No ordenamento jurídico-tributário brasileiro, o patrimônio da pessoa – enquanto direito fundamental a ser garantido – está tutelado por normas de caráter interpretativo limitadoras do poder tributário estatal, *v.g.*, as prescrições acerca da interpretação literal⁵⁹ no artigo 111 do CTN e as normas interpretativas do fato gerador no artigo 118 do CTN.

⁵⁷ De acordo com Ronaldo Caldeira Xavier, “Semântica é o estudo do significado das palavras”. *Op. cit.*, p. 13.

⁵⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 169-170.

⁵⁹ Para Juarez Freitas, a interpretação literal é apenas uma fase da exegese sistemática. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4 ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78-79.

Interessante também é a posição de Juarez Freitas sobre a interpretação sistemática do Direito. Para o Jurista gaúcho, o “princípio da hierarquização axiológica é uma espécie de operador deôntico, por meio do qual o intérprete sistemático, formal e materialmente, constitui, por último, o sistema jurídico”⁶⁰. Assim, partindo do paradigma hermenêutico-dialético, o princípio da hierarquização axiológica consiste na verdadeira diretriz formal-material decisão para a solução prática de conflitos⁶¹. E sintetiza assim:

A hierarquização axiológica, bem realizada, é a que salvaguarda e enaltece a totalidade dos valores e dos princípios (sobretudo os sensíveis ou intangíveis), assim como deve fazê-los, sem exceção, preponderantes em relação às regras, jamais pensando o Direito como inteiramente subordinado ao disposto nas normas estritas, mas como dimanante das diretrizes supremas.⁶²

Em posição diversa da “Teoria dos Signos” (Semiótica) e a natureza instrumental da linguagem, Gadamer ressalta o caráter vivo e dinâmico da linguagem. A concepção das palavras como signos as prende como meros instrumentos de designações. Ensina Gadamer assim:

A palavra lingüística não é um signo de que se lance mão, mas tampouco é um signo que alguém faça ou dê a outro; não é uma coisa ôntica que se recebe e carrega com a idealidade do significar, com o fim de tornar visível, deste modo, outro ente. Isso é falso por ambos os lados. Antes, a idealidade do significado está na própria palavra; ela já é sempre significado. No entanto, isso não quer dizer, de outra parte, que a palavra preceda a toda experiência dos entes e se acrescente, exteriormente, à experiência já feita, submetendo-a a si. A experiência não é principalmente desprovida de palavras e secundariamente tornada objeto de reflexão, em virtude da designação, por exemplo, aos moldes de sua subsunção sob a generalidade da palavra. Antes, pertence à própria experiência o fato de ela buscar e encontrar as palavras que a expressem. Buscamos a palavra adequada, isto é, a palavra que realmente pertença à coisa, de maneira que ela própria venha à fala. Ainda que afirmemos que isso não implica uma simples relação de cópia, continua sendo verdade que a palavra pertence à coisa, tal que não é submetida à coisa, posteriormente, como signo.⁶³

Seguindo esta mesma crítica ao formalismo e ao purismo metodológicos do positivismo, Juraci Mourão Lopes Filho defende a Hermenêutica não mais como um método de compreensão de algo preexistente, mas como modo de construção de sentido (Hermenêutica Ontológica). Por essa razão, assevera o Jurista cearense que o texto

⁶⁰ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 113.

⁶¹ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 113.

⁶² FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 177-178.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 606-607.

normativo escrito não mais engloba o Direito, devendo ser a linguagem o condutor do processo de emancipação do Direito.⁶⁴ Assim complementa:

A compreensão do Direito pela perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer (no contexto da reviravolta linguística) tem por primeira consequência modificar a ontologia da norma jurídica ao lançar lúcido enfoque sobre a distinção/relação entre texto e norma. Conquanto seja comum se apontar essa diferença, a doutrina e a jurisprudência ainda não fizeram uma revisão de idéias levando em conta rigidamente essa nova perspectiva e as consequências dela decorrentes, especialmente as oriundas da compreensão de que a norma é sentido construído e não um dado apriorístico a ser alcançado pela simples atividade intelectual intermediada pela linguagem legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

A própria existência da norma ocorre *na* linguagem (que é mais do que simplesmente o texto) e não é algo que existe a par da linguagem que seria alcançado *com uma mera mediação* dela. O que se pode compreender é linguagem e esse acontecer normativo *na* linguagem faz que os momentos de conhecimento, interpretação e aplicação deixem de ser estanques, confundindo-se em um único acontecimento.⁶⁵

Corroborar-se, portanto, este entendimento de que a experiência e a compreensão constituem dados linguísticos, sendo as palavras descrições dessas experiências. A linguagem não é, todavia, somente forma (instrumental), mas também conteúdo, duas partes indissociáveis. Por este motivo, a linguagem é um fenômeno englobante, pois envolve não apenas a experiência individual e subjetiva (v.g., do intérprete, do juiz ou do legislador), mas também da cultura, da história e dos aspectos sociais e políticos de uma sociedade.

Seguindo esta premissa hermenêutica, com esteio no caráter não meramente instrumental da linguagem, mas assumindo um papel construtivo e modificador da realidade social e do Direito, é necessário seguir na análise filosófica dos conceitos.

2.2 O que é um conceito e para que serve

Indagar sobre o que é um conceito pressupõe, antes de tudo, uma análise filosófica sobre a concepção do que se entende por conceito, ou seja, analisar os distintos

⁶⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Linguagem e método: abordagem hermenêutica do Direito como alternativa ao purismo metodológico. **Revista Opinião Jurídica**. Ano VII, n. 11, 2009, p. 216.

⁶⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.*, p. 217.

discursos sobre os campos do saber, a respeito das diversas teorias que tentam explicar a sua existência.

Como bem sintetiza Alice Maria Araújo Ferreira, os nominalistas negavam a existência dos conceitos, pois seriam uma mera representação, elaboração abstrata, que poderiam variar em função dos variados discursos utilizados. Já para os realistas, os conceitos possuem existência mental e ideal (no sentido de Platão), nem sempre inteiramente captada ou representada pelo pensamento⁶⁶.

Ao longo da história, houve sempre a necessidade de as pessoas compreenderem a realidade, bem como do porvir após a morte. Essa necessidade de compreensão e dar sentido às coisas traduziu-se na criação do conceito, entendido aqui como conjunto de conhecimentos sobre dado objeto, cujo meio utilizado é a linguagem. Não se pode olvidar de que, neste momento, o conceito – ao ser traduzido em linguagem – e em uma determinada língua – delimita esse conjunto de conhecimento, que, ao mesmo tempo, o identifica a certos aspectos do objeto, mas também implica perda da multiplicidade e pluralidade de sentidos desse mesmo objeto.

Toda comunidade possui uma língua e uma linguagem particulares, características das pessoas dela componentes, que, por sua vez, evoluem na história cultural daquela comunidade. Deste modo, a língua consiste num instrumento de comunicação comum entre as pessoas de uma comunidade. Para Chaïm Perelman, a tese de que a língua é um instrumento de comunicação indispensável opõe-se tanto ao realismo quanto ao nominalismo filosófico (pois ambos procuram minimizar o papel da linguagem no conhecimento):

Para o primeiro, a linguagem é apenas um véu, apenas um obstáculo, que se deve remover para entrar diretamente em contato com a realidade, com o mundo das idéias, apreensível graças a uma experiência imediata, a uma intuição racional. O método certo seria partir das idéias claras e distintas, correspondentes a natureza simples: se forem corretamente elaboradas, serão adequadas a um real preliminar; na medida em que daí se afastam, dão origem a erros e confusões.

Os nominalistas, pelo contrário, consideram os signos e os axiomas convenções puramente arbitrárias, hipóteses que não cabe justificar, o que elimina qualquer desacordo a respeito deles. Se daí resulta uma pluralidade de

⁶⁶ FERREIRA, Alice Maria Araújo. Prefácio. In: VALLÉ-HARDY, Benoit. **O que é um conceito?** São Paulo: Parábola, 2013, p. 7-9.

línguas possíveis, não há por que escolher entre elas, e portanto fornecer razões para preferir um uso lingüístico a outro.⁶⁷

Seja com origem numa representação mental ou linguística, para Benoit Hardy-Vallé, o conceito é expresso por uma ou mais palavras e representa uma categoria de objetos, eventos ou situações. Como primeira unidade do conhecimento e do pensamento, a atividade de pensar e de conhecer está atrelada à manipulação dos conceitos.⁶⁸ Assim, por exemplo, o conceito de “cão” pode variar a cada pessoa, haja vista a representação mental de cada um, bem como partindo de um conceito científico da zoologia. De igual maneira, o conceito de “tributo” pode adquirir várias representações mentais em cada pessoa, mas possuir na linguagem técnica e científica uma acepção inteiramente distinta.

O Filósofo canadense, baseado numa teoria da Psicologia das Faculdades – síntese do modelo intelectualista e cartesiano dos conceitos –, reúne cinco aspectos na Teoria dos Conceitos: a) o invariante (o conceito é universal que representa particulares); b) o critério (o conceito deve especificar uma regra que permita estatuir sobre a inclusão da coisa na categoria); c) a aquisição e o formato (o conceito é uma representação abstrata, que pode ser adquirida por diferentes formatos); d) a organização (a existência de categorias e de subcategorias revela hierarquia conceitual); e) função (é possível perquirir para que servem os conceitos). Com base em tal sistema, ele sintetiza:

Os conceitos são universais abstratos, organizados sistematicamente, que aplicam a representação de propriedades invariantes de uma categoria a objetos particulares em função de um critério. O conceito serve diferentes funções epistemológicas (inferência, categorização, gnosiologia, linguagem) e metafísicas (taxonomia normativa e modalidade).⁶⁹

De acordo com Luiz Antônio Marcuschi, com base na Linguística de Texto⁷⁰, o conceito é um dos modelos cognitivos globais que representa um dos fatores de conexão

⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

⁶⁸ VALLÉ-HARDY, Benoit. **O que é um conceito?** Prefácio: Alice Maria Araújo Ferreira. São Paulo: Parábola, 2013, p.16.

⁶⁹ HARDY-VALLÉ, Benoit. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ De acordo com o autor, a Linguística de Texto (LT) “trata o texto como um ato de comunicação unificado num complexo universo de ações humanas. Por um lado deve preservar a organização linear que é o tratamento estritamente lingüístico abordado no aspecto da coesão e, por outro, deve considerar a organização reticulada ou tentacular, não linear, portanto, dos níveis de sentido e intenções que realizam a coerência no aspecto semântico e funções pragmáticas”. MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Linguística de texto: o que é e como se faz?** São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 33.

conceitual-cognitiva (coerência) das categorias textuais. Nesta linha, ensina o Linguista brasileiro:

Um conceito é uma constelação de conhecimentos estruturados numa unidade consistente. No seu uso, ativamos conhecimentos armazenados na *memória semântica* e na *memória episódica*. A memória semântica espelha modelos inerentes da *organização do conhecimento*, ou seja, as estruturas de eventos, fatos e experiências. Tem a função de organizar os fatos entre si. A memória episódica contém a *lembrança dos fatos*.⁷¹

Conceituar não é, entretanto, apenas uma tarefa meramente linguística. Em verdade, são as definições as estipuladoras de limites aos conceitos e às ideias. Não se pode olvidar da função dos signos linguísticos como sistema, de modo a propiciar o uso de sinais que possibilitam a comunicação. A primeira função da comunicação é partir de elementos, signos e conceitos previamente estabelecidos e entendidos por todos os sujeitos envolvidos.

Para Paulo de Barros Carvalho, o ato de definir passa pelo esforço humano de realizar uma cognição e representa-lo por intermédio de linguagem:

[...] operação lógica demarcatória dos limites, das fronteiras, dos lindes que isolam o campo de irradiação semântica de uma idéia, noção ou conceito. Com a definição, outorgamos à idéia sua identidade, que há de ser respeitada do início ao fim do discurso.⁷²

Neste mesmo sentido, Lucas Galvão de Brito atribui à definição um papel semântico, no qual há um processo comunicacional de se imputar limites linguísticos a um termo. Portanto, o conjunto de signos que se referem a um dado objeto é fixado por convenção, imperativo este necessário para o estabelecimento da comunicação. Seguindo esta óptica, vale salientar a distinção entre conceito e definição:

São propósitos das definições tanto a (i) imposição de limites à abrangência dos termos; como também, (ii) a intersubjetividade de seu alcance, submetendo conhecimento e controle coletivo, o conteúdo que se quer com um termo enunciar: o seu *conceito*. É por isso que toda definição restringe um conceito para, assim, abrir-lhe caminho à compreensão alheia.⁷³

⁷¹ MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 76.

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 120.

⁷³ BRITO, Lucas Galvão. **O lugar e o tributo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

Não difere do entendimento de Irving Copi⁷⁴ para quem as definições são símbolos cujos significados as explicam. Então, as definições possuem além das duas funções mencionadas (*estipulativas* e *aclaradoras*), diante da *ambiguidade* (quando há dois significados e o contexto não esclarece em qual dos dois se usa) e da *vagueza* (quando existem casos limítrofes de tal natureza que é impossível determinar o termo se aplica ou não a eles), também as de: (iii) aquisição de vocabulário (*definição lexicográfica*); (iv) formular uma caracterização teoricamente adequada ou cientificamente útil dos objetos a que deverá o termo ser aplicado (*definição teórica*); ou (v) como meio para influenciar as atitudes ou agitar as emoções de quem toma contato com os termos (*definição persuasiva*).

Partindo da ideia de que as palavras “são símbolos (convencionais ou arbitrários) que representam algo no mundo físico ou imaginário”⁷⁵, Tárek Moysés Moussallem acentua que o significado consiste justamente na relação entre a palavra e a realidade. Assim, o Jurista espírito-santense elabora uma estrutura lógica das definições na qual todo enunciado definitório é composto de duas partes: o *definiendum* (a palavra cujo conceito se busca definir) e o *definiens* (palavras usadas para definir)⁷⁶. Tome-se como exemplo a definição de *serviço*: o *definiendum* é a própria palavra “serviço”, enquanto que o *definiens* é “o próprio trabalho a ser executado, ou que se executou, definindo a *obra*, o *exercício do ofício*, o *expediente*, o *mister*, a *tarefa*, a *ocupação*, ou a *função*”.⁷⁷

No plano jurídico, corrobora-se o entendimento de Tárek Moussallem⁷⁸ pela existência de dois corpos de linguagem: um para o sistema do Direito Positivo e outro para o sistema da Ciência do Direito. O sistema jurídico positivo é estruturado em linguagem prescritiva de condutas, enquanto o plano científico é baseado em metalinguagem (função descritiva). Em síntese, tem-se dois tipos de definições jurídicas:

⁷⁴ COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 112-119.

⁷⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 252.

⁷⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Op. cit.*, p. 253.

⁷⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 751.

⁷⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Op. cit.*, p. 262.

a definição legal (expressa no direito positivo) e a definição científica (encontrada no âmbito da doutrina, de modo geral).

Tal distinção é essencialmente relevante para se cotejar a definição legal de tributo prevista no artigo 3º do Código Tributário Nacional, a definição legal de tributo estipulada no artigo 9º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964⁷⁹, com a definição científica de “tributo oculto ou disfarçado”, a ser tratada delineada adiante.

2.3 Fundamentos metodológicos no estudo do fenômeno da tributação

O fenômeno da tributação pode ser estudado por diversos aspectos e pontos de vista. A análise histórica é comumente utilizada, principalmente por iniciantes no exame do Direito Tributário, para se retratar a origem e evolução dos principais institutos jurídico-tributários. Fala-se desde a origem de uma nação, de um poder estatal, até se conceituar o tributo, apontando-se seus limites e espécies tributárias vigentes em um dado ordenamento jurídico.⁸⁰

Sob o ponto de vista econômico, a análise realizada no tributo é mais de caráter funcional e pragmática, ou seja, examinam-se quais os efeitos de uma determinada tributação (aumento ou diminuição de carga tributária; criação ou extinção de um dado tributo), qual o reflexo de um dado tributo (o aumento ou a diminuição de sua carga tributária) sobre certas atividades econômicas, buscando-se mais eficiência econômica⁸¹.

No plano da Ciência Política, leva-se em consideração no exame da tributação todo o contexto político a subsidiar o processo legislativo atinente àquele tributo. Assim

⁷⁹ Para Hugo de Brito Machado, os dois dispositivos legais que conceituam tributo no ordenamento jurídico brasileiro são perfeitamente compatíveis e se completam, rigorosamente, no plano jurídico. *In: O conceito de tributo no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 23.

⁸⁰ Sobre a história da tributação brasileira, é muito interessante o artigo de Alcides Jorge Costa “História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988”, resultado de sua conferência proferida no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Finanças Públicas. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112-151.

⁸¹ Para Schoueri, não existe neutralidade de norma tributária, pois impossível um tributo que não afete o comportamento dos agentes econômicos. Em verdade, deve-se falar de eficiência econômica pelo legislador ao adotar medidas – utilizando normas tributárias – para induzir comportamento de agentes econômicos, visando à própria intervenção no domínio econômico. SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-39.

sendo, importa a composição político-partidária que propiciou a mudança legislativa, a condução (ou pressão) do Executivo na votação da proposta legislativa, o resultado da votação da matéria na respectiva casa legislativa, dentre outras questões políticas.

Na questão sociológica, esta não deve se restringir apenas ao entendimento da reação à norma jurídica. A Sociologia deve abordar, de acordo com Pedro Scuro Neto⁸², o “caráter geral do Direito, as mudanças que o alteram, a seus interesses e princípios básicos, à medida que ele evolui de uma situação histórica para a seguinte.” No campo do Direito Tributário, o objeto de investigação cinge-se aos motivos e efeitos da tributação na sociedade. O fenômeno da tributação é estudado pelo Sociólogo sob o ponto de vista dos grupos sociais, quais os efeitos da carga tributária para determinadas camadas da sociedade e também quais medidas determinadas pessoas ou grupos tomam para reduzir a carga tributária num dado sistema social.

Para o Jurista, resta a análise normativa do ordenamento jurídico tributário. O exame do fenômeno jurídico, no entanto, não se deve restringir tão-somente ao da norma que compõe o ordenamento jurídico. Essa análise puramente normativa é importante, mas não a única, como apregoara Hans Kelsen:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é seu princípio metodológico fundamental.⁸³

Em verdade, a análise profunda do Direito deve ser feita com base em três aspectos básicos, de acordo com Miguel Reale (Teoria Tridimensional): normativo, fático e axiológico⁸⁴. No aspecto normativo, entende-se o Direito Positivo como ordenamento jurídico – conjunto de normas postas num dado sistema, em um respectivo território e num determinado momento. No aspecto fático, o Direito é visto como fenômeno que ocorre no mundo dos fatos em sua efetividade social e histórica. Noutros termos, o fenômeno jurídico pressupõe um fato econômico, geográfico, social, cultural, político, dentre outros. No aspecto axiológico, o Direito identifica-se com o valor de Justiça, ou

⁸² SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.1.

⁸⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 65.

seja, é por via do elemento axiológico que se confere uma significação ao fato jurídico, imprimindo-lhe certo sentido e objetivo às ações humanas. Em suma, o Jusfilósofo assevera que “tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta”.⁸⁵

Para Eduardo Bittar, com esteio na Semiótica, o discurso jurídico não pode restringir a abrangência de seu estudo ao campo exclusivo da norma. O universo jurídico possui um terreno mais largo que, ao perpassar a seara normativa, também abrange as manifestações científicas, burocráticas e decisórias:

O discurso jurídico é mais que o discurso da *normatividade* (discurso prescritivo); dizer o contrário seria compactuar com o raciocínio positivista e legalista, entendido este com um reducionismo que acaba por integralizar a dinâmica jurídica ao universo normativo. O discurso jurídico é mais que o discurso normativo, no sentido de que acolhe também em seu seio outras manifestações textuais, que não apenas aquela normativa; nele se inserem, além do *discurso jurídico-normativo*, o *discurso jurídico-burocrático*, o *discurso jurídico-científico* e o *discurso jurídico-decisório*.⁸⁶

Ruy Barbosa Nogueira há muito tempo já defende o estudo das fontes⁸⁷ do Direito Tributário atrelado à tridimensionalidade. Ele assevera que a interligação fato-valor-norma na composição jurídica é essencial para a formação do jurista⁸⁸. Do mesmo modo deve ser a análise do fenômeno da tributação, não apenas um estudo meramente dogmático, mas também que leve em consideração os aspectos históricos, econômicos, políticos e sociais envolvidos. Neste mesmo sentido, Luís Eduardo Schoueri ensina:

Por outro lado, o jurista não deve isolar seu conhecimento, sob a pretensão de laborar sobre campo infenso a influências externas. Ao contrário, o fenômeno jurídico – e especialmente a tributação – é fruto de uma experiência humana. A lei tributária surge como resultado de um fenômeno político, inspirado por questões econômicas e sociais. Compreender esta relação é fundamental para a boa análise jurídica.⁸⁹

⁸⁵ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 65.

⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Op. cit.*, p. 180.

⁸⁷ Em posição diametralmente diversa, Paulo de Barros Carvalho diferencia as fontes do Direito Positivo (“acontecimentos que se dão no plano uno e múltiplo da facticidade social, abrangendo os fatos sociais em senso estrito e os fatos naturais de que participem, direta ou indiretamente, os sujeitos de direito”) e as fontes da Ciência do Direito (“tudo aquilo que venha a servir para a boa compreensão do fenômeno jurídico, tomado como a linguagem prescritiva em que se verte o direito”). **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 75.

⁸⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 43.

⁸⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11.

Assim, no âmbito deste relatório investigativo acadêmico, o estudo da tributação, em particular daquela incidente nos serviços públicos regulados, é feito com base nos aspectos jurídicos, não se olvidando dos seus ares históricos, políticos, econômicos e sociais. Entende-se, com efeito, ser mais completa a análise da tributação dos serviços públicos regulados quando se ultrapassa o mero exame do discurso jurídico-normativo, calcado apenas na literalidade dos textos legais e sem uma análise e interpretação sistemática do ordenamento jurídico, levando-se em consideração os outros aspectos envolvidos. Em suma, a tributação é muito mais do que um fenômeno estritamente jurídico, pois é também político, econômico e social.

2.4 A definição legal de tributo e as críticas conceituais

É bastante difundida a definição legal de “tributo” contida no artigo 3º do Código Tributário Nacional⁹⁰. Sua adoção traduz-se na importância em se asseverar a autonomia do Direito Tributário perante a Ciência das Finanças e o Direito Financeiro, de acordo com Marco Aurélio Greco⁹¹. Tal distinção doutrinária, possivelmente, teve sua importância histórica para a consagração do Direito Tributário como ramo da Ciência Jurídica⁹², em sentido meramente didático, mas atualmente é passível de várias críticas e de questionamentos, principalmente, acerca das finalidades, dos objetivos dos tributos no atual contexto do Estado Democrático de Direito.

A despeito de não ser papel do legislador definir conceitos, nela estão os diversos elementos essenciais para sua configuração. Para Hugo de Brito Machado, há sim utilidade das definições normativas, pois elas buscam “eliminar, ou reduzir a vaguidade e a ambigüidade que residem nas palavras ou expressões”.⁹³ Assim, estas

⁹⁰ “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

⁹¹ GRECO, Marco Aurélio. Breves notas à definição de tributo adotada pelo Código Tributário Nacional no Brasil. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426-427.

⁹² Para Geraldo Ataliba, essa definição de tributo está correta, do ponto de vista da Ciência do Direito, pois conceitua o tributo com suas principais características, ou seja, como uma relação jurídica estritamente obrigacional *ex lege* e pecuniária. In: **Comentários ao Código Tributário Nacional** – Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 44.

⁹³ MACHADO, Hugo de Brito. **O conceito de tributo no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 11.

definições legais são excelentes instrumentos de superação de conflitos doutrinários, configurando verdadeira interpretação autêntica, segundo o Jurista.

A definição legal de tributo no Direito brasileiro está calcada, portanto, nos seguintes aspectos:

- a) ***prestação pecuniária*** – dever de cunho obrigacional, diferenciando-se de prestações de natureza pessoal e de outros deveres pecuniários compulsórios de índole privada (v.g., contratuais), em favor do Estado. Sendo prestação pecuniária, as apropriações, indenizações ou quaisquer outras entradas de caixa que não possuam o caráter prestacional em favor do Estado não se constituem tributos. Com a monetização da economia, o tributo deve ser pago em moeda, em pecúnia; este gera, em princípio, o efeito liberatório do crédito tributário.
- b) ***compulsória*** – a compulsoriedade não se confunde com a obrigatoriedade, pois enquanto esta caracteriza a natureza jurídica do vínculo entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, aquela consiste na ausência do elemento volitivo na hipótese de incidência da norma de tributação. Assim, uma vez concretizado o fato previsto na norma jurídica (antecedente), nasce o elo jurídico entre o sujeito passivo para com o sujeito ativo, mediante um comportamento obrigatório (adimplemento da obrigação tributária).
- c) ***em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir*** – prestações a serem adimplidas em pecúnia (dinheiro) ou algo mensurável em dinheiro, não se admitindo o cumprimento em bens (tributo *in natura*) ou em trabalho (tributo *in labore*); a rigor, a satisfação do crédito tributário em algo diverso de moeda somente ocorre em situações excepcionais (v.g. a dação em pagamento em bens imóveis, prevista no inciso XI do art. 156 do Código Tributário Nacional).
- d) ***que não constitua sanção de ato ilícito*** – a descrição do critério material da hipótese de incidência de uma norma tributária consiste num fato jurídico revelador de uma riqueza a ser tributada, não importando sua origem (princípio do *non olet*). É a mera existência objetiva do fato signo presuntivo de riqueza (Alfredo Augusto Becker) a ser objeto material da

norma tributária, independentemente de sua licitude ou ilicitude, ao contrário da multa que decorre de algo ilícito. A relação jurídica tributária não se confunde com a relação jurídica sancionadora, apesar das semelhanças em suas estruturas normativas, pois, como afirma Paulo de Barros Carvalho: “Como são idênticos os vínculos, isoladamente observados, é pela associação ao fato que lhe deu origem que pode ser reconhecida a índole da relação”.⁹⁴

- e) *instituída em lei* – como base de um Estado de Direito, o tributo deve ser instituído em lei, em sentido formal e material (obrigação *ex lege*); o princípio da legalidade estrita não significa apenas o ato de instituir o tributo, mas de definir todos os elementos integrantes da regra-matriz de incidência tributária (hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota), cujo corolário é o princípio da tipicidade.
- f) *cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada* – a cobrança de um tributo não está ao talante ou juízo pessoal do agente administrativo; sua vontade é elemento desnecessário para a cobrança de um tributo, pois este consiste numa obrigação *ex lege*, portanto, sua cobrança decorre da lei e não de um ato de vontade (*ex voluntate*). A cobrança de um tributo é algo racional e objetivo, não um ato discricionário.

Do exame da definição legal de tributo prevista no CTN, é possível inferir sua preocupação quanto aos aspectos estruturais do tributo, mas não com sua função. Marco Aurélio Greco suscita exatamente essa preocupação na referida definição, pois nelas não há quaisquer aspectos atinentes aos fundamentos do tributo, às suas finalidades ou às pessoas jurídicas de direito público competentes para sua instituição e cobrança.⁹⁵

Parece elementar o ato de esquadrihar a definição legal de tributo⁹⁶, contudo, é necessário ir além do dispositivo normativo, para, com base numa teoria geral de

⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 405.

⁹⁵ GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 427.

⁹⁶ Alfredo Becker (BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998, p. 256) e Sacha Calmon (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 377) rendem louvores ao conceito jurídico de tributo, haja vista a completa e incensurável noção positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

tributação, se traçar um conceito jurídico de tributo. Tal se faz necessário, haja vista a fixação desta premissa conceitual para, em seguida, identificar o chamado “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”.

Para Dino Jarach⁹⁷, os recursos tributários são aqueles obtidos mediante o exercício do poder de império do Estado, por meio de leis que criam obrigações a cargo dos sujeitos passivos. Estas leis tributárias definem a quantia a ser paga, mas também estabelecem limitações e garantias aos contribuintes.

Saldanha Sanches conceitua os tributos como “receitas cobradas pelo Estado ou por outros entes públicos para a satisfação de necessidades públicas, sem função sancionatória”.⁹⁸ Infere-se da definição do Jurista português o elemento finalístico ocorrente no conceito de tributo.

Com base numa análise da relação social *sui generis* (“*rapport politique*”), que está na origem entre o Estado e o Direito, Alfredo Augusto Becker revela que a regra jurídica tributária tem por objetivo assegurar a continuidade da relação constitucional entre o Estado e a Realidade Natural, impondo um dever jurídico à pessoa que assuma o pólo negativo daquela relação jurídica.⁹⁹ Portanto, numa análise estrita do art. 3º do CTN, o tributo se configura como um dever do contribuinte (“prestação pecuniária compulsória”), sendo esta a crítica de Becker pela ausência do caráter social da relação jurídica tributária.

Giuliani Fonrouge, ao asseverar categoricamente o caráter publicístico do tributo, traz um conceito geral de tributo como “*uma prestación obligatoria, comúnmente em dinero, exigida por el Estado em virtude de su poder de império y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público*”.¹⁰⁰ Este se aproxima bastante à definição de tributo da legislação brasileira (em sua primeira parte), mas com característica peculiar do regime jurídico de direito público. Noutros termos, o conceito de tributo não se limita

⁹⁷ JARACH, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 232-233.

⁹⁸ SANCHES, J. L. Saldanha. **Manual de Direito Fiscal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 21.

⁹⁹ BECKER, Alfredo Augusto. *Op. cit.*, p. 257.

¹⁰⁰ Em tradução livre: “uma prestação obrigatória, comumente em dinheiro, exigida pelo Estado em virtude de seu poder de império e que dá lugar a relações jurídicas de direito público”. FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. Tomo I. 9 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 249.

a descrevê-lo como prestação obrigatória, pois se agrega a esta uma característica transformadora para uma relação jurídica de Direito Público. Neste sentido, o contribuinte passa a ter, nesta relação jurídica bilateral, direitos a serem exercidos perante o Poder Público.

Estela Rivas Nieto justifica a existência das prestações patrimoniais de caráter público pelo progressivo incremento dos gastos públicos e a pressão fiscal pelo estabelecimento de novos tributos e pela majoração dos tributos em curso. Assim, caracteriza tais prestações patrimoniais: a) *“es una prestación coactiva”* (a imposição coativa é um estabelecimento unilateral da obrigação de pagamento por parte do Poder Público); b) *“cuando no existe libertad en la realización del supuesto de hecho que genera la obligación de pago de la prestación”* (a atividade do contribuinte em realizar o ato jurídico é voluntária, mas uma vez praticada produz o nascimento da obrigação); c) *“cuando la actividad o el servicio requerido sea objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vía personal o social de los particulares de acuerdo com las circunstancias sociales de cada momento”* (a hipótese do fato que dá origem ao pagamento do tributo não se pode valorar de forma livre e espontânea, porquanto o não pagamento implica renúncia de bens, serviços e atividades que são essenciais à vida privada ou social daqueles que realizam tais pagamentos); d) *“cuando existe una actuación monopolística del Estado”* (o que resulta do caráter imprescindível dos bens, serviços e atividades que ensejam a prestação patrimonial, o que não se pode considerar irrelevante; a liberdade de contratar ou não, a possibilidade de abster-se ou não da utilização de bens, serviços ou atividades monopolísticas não é uma liberdade real ou efetiva).¹⁰¹

Não se pode olvidar, entretanto, da noção de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o tributo é também definido como receita pública, de acordo com o art. 9º da Lei nº 9.430/64¹⁰². Tal definição legal, encartada nas Normas Gerais de Direito Financeiro para os orçamentos públicos no Brasil, possui um sentido econômico, não apenas

¹⁰¹ RIVAS NIETO, Estela. **Los tributos atípicos**. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 20-22.

¹⁰² “Art. 9º. Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinado-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.”

financeiro, pois consiste em quantia recebida pelos cofres públicos a título de entrada ou ingresso.

Paulo de Barros Carvalho, por outro lado, assevera ser necessário distinguir dois tipos de conceitos de tributos. O primeiro conceito de tributo é formulado com o auxílio das Ciências Econômica e das Finanças, o que leva em consideração apenas a necessidade de recursos financeiros estatais. Esta categoria doutrinária já foi alvo de imensas críticas de Giannini (Itália), Sainz de Bujanda (Espanha), Alfredo Augusto Becker e Geraldo Ataliba (Brasil). Já o segundo tipo de conceito de tributo é calcado em bases teóricas mais sólidas e de mais consistência jurídica, razão pela qual está elaborado com a necessária correção metodológica.¹⁰³

Para o Jurista paulista, embora entenda se adequar o conceito legal de tributo inserto no Código Tributário Nacional na segunda categoria conceitual, não deixa de tecer severas críticas àquela definição, haja vista sua configuração estática. Partindo da premissa de que a “norma jurídica é a proposição deôntica mediante a qual se imputa uma consequência a um antecedente ou suposto”¹⁰⁴, o tributo não é a apenas uma prestação pecuniária compulsória a ser paga ao Estado, mas também é uma relação jurídica que se estabelece entre o Estado (sujeito ativo) e alguma pessoa física ou jurídica (sujeito passivo).

Além desta característica do tributo (como relação jurídica), o legislador deve obedecer a certos critérios que compõem a própria norma jurídica. Noutros termos, há um conjunto de critérios a delimitar a hipótese (elemento descritor ou antecedente da norma), bem como outros a estrear o consequente (elemento prescritor da norma), cujo vínculo jurídico se dá consoante um juízo hipotético condicional – relação de “dever ser” (Dado o fato “A” deve ser a conduta “B”). Nesta configuração dinâmica de tributo, a relação jurídica se configura desde o acontecimento de um fato lícito que não configure acordo de vontades, considerado em si mesmo e que não se enquadre na previsão da endonorma (Carlos Cossio) ou norma secundária (Hans Kelsen).¹⁰⁵

¹⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 87.

¹⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 98.

Em arremate, entende-se que a atual definição legal de tributo prevista no artigo 3º do CTN, apesar de formalmente válida e vigente no ordenamento jurídico brasileiro, é insuficiente, do ponto de vista da Ciência do Direito, para demonstrar todos os aspectos de uma relação jurídica tributária, especialmente sua dinâmica (direitos e deveres de ambas as partes), as funções do tributo e sua destinação legal¹⁰⁶. Ainda interpretando sistematicamente referido dispositivo legal com a definição de tributo contida no art. 9º da Lei nº 4.320/64, os problemas suprapontados permanecem, deixando de ser tratados aspectos fundamentais para os contornos do tema e, precipuamente, para a identificação dos chamados “tributos ocultos ou disfarçados”.

2.5 Serviços públicos: conceito e regime jurídico-constitucional

Todo serviço pressupõe um ato de servir, ou seja, consiste na atividade material na qual o prestador realiza um ato (fazer) em prol de outrem (tomador). Tendo em vista as próprias finalidades estatais, certas atividades foram concebidas pelo Estado para serem prestadas à coletividade: estes são os serviços públicos.

A definição de serviço público não é unânime na doutrina, nacional ou estrangeira, razão pela qual recebe variações e é de delimitação difícil. O conceito de serviço público pode variar de país, modificando-se também ao longo da história. De fato, a pluralidade de conceitos sobre serviço público decorre da concepção ideológico-política do Estado e de suas finalidades, como esclarece Lucas de Souza Lehfeld.¹⁰⁷

Para Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁰⁸, a conceituação de serviço público não está ligada a questões principiológicas ou ontológicas, pois nenhuma atividade é, em si mesma, um serviço público. Noutros termos, a noção de serviço público não está

¹⁰⁶ Partindo da classificação das espécies tributárias e da corrente doutrinária e jurisprudencial dominante (quinqüipartite), entende-se que a destinação legal do produto da arrecadação de um tributo pode ser relevante para qualifica-lo (v.g., as contribuições), não tendo sido recepcionado o inciso II do artigo 4º do CTN pela atual ordem jurídica inaugurada pela CF/88.

¹⁰⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 265-266.

¹⁰⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 96-97.

vinculada à essência da atividade, mas decorre da necessidade contingencial e histórica de um determinado Estado e o grau de sua interferência naquela atividade.

Como o Estado reputou importante atribuir para si esta tarefa, não deixando à iniciativa privada, *a priori*, a satisfação dos interesses da coletividade, sob um regime que garanta a todos uma prestação adequada desses serviços, percebe-se o desenho de uma função administrativa para a disciplina dessas atividades. Noutros termos, tal disciplina corresponde ao do Direito Público.

Sob a égide do Estado Social, uma gama variada de atividades, até então de cunho privado, passou a ser prestada pelo Estado com o objetivo de satisfazer necessidades coletivas. Em oposição ao Estado Mínimo, no qual apenas as atividades essenciais eram prestadas pelo Poder Público, o Estado do Bem-Estar ampliou o conjunto de titularidade e, por conseguinte, da prestação de serviços de sua competência.

Com base nessa evolução social, o conceito de serviço público pode ser compreendido em dois sentidos: o subjetivo e o objetivo. Com efeito, leciona Lucas Rocha Furtado sobre as duas concepções de serviço público:

A concepção subjetiva do serviço público está ligada ao poder de que dispõe o Estado de assumir determinadas atividades como suas. Ou seja, o serviço é público, ou passa a ser público, em razão de a sua titularidade ser conferida ao Estado. A esse poder de tornar públicas determinadas atividades, a concepção subjetiva acrescenta outra, a de definir a organização das estruturas públicas voltadas ao exercício dessas atividades por meio das técnicas de descentralização e de desconcentração administrativas. Ou seja, a concepção subjetiva atribui ao Estado poder de definir o que é serviço público e de como será organizada a Administração Pública com vista à prestação do serviço.
[...]

Opondo-se à concepção subjetiva ou formal de serviço público, desenvolveu-se a *concepção objetiva*, segundo a qual somente podem ser qualificados como públicos os serviços essenciais, aqueles de interesse de toda a coletividade.¹⁰⁹

Hely Lopes Meirelles adota a concepção subjetiva de serviço público, ao definir: “*Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*”.¹¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera também uma concepção subjetiva, ao acentuar que a noção

¹⁰⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. p. 601.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289.

de serviço público não permaneceu estática no tempo, com ampliação de sua abrangência para inclusão de outras atividades, assim definindo serviço público como:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.¹¹¹

José dos Santos Carvalho Filho, de jeito simples e objetivo, conceitua serviço público como *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”*.¹¹² Este também adota um concepção subjetiva ou formal de serviço público. Neste mesmo sentido, Hugo de Brito Machado destaca a essencialidade do serviço público¹¹³ para a comunidade, pois, tendo em vista a importância dessas atividades, o Estado assume o ônus de prestá-las e de garanti-las sem a dependência da iniciativa privada e das leis de mercado.¹¹⁴

Portanto, em face da evolução da própria dinâmica estatal e dos institutos jurídicos envolvidos no tema, o conceito de serviço público de Alexandre Santos de Aragão traz a ideia de delegação de titularidade desses serviços:

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.¹¹⁵

A despeito das boas e fundamentadas razões do citado Jurista, não se pode concordar com a ideia de transferência de titularidade dos serviços públicos, seja para entidades públicas ou privadas. Além do próprio desenho constitucional não permitir essa

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309.

¹¹³ Para Leila Cuéllar, “essencial é aquilo que é indispensável, importante, vital, primordial, fundamental, capital. Logo, serviço público essencial consiste no serviço que é indispensável ao ser humano, à vida”. Serviço de abastecimento de água e suspensão de fornecimento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 136, jul./set. 2003.

¹¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Serviços públicos e tributação. **Interesse Público**. Porto Alegre: Notadez, Ano 7, n. 32, p. 85, jul./ago. 2005.

¹¹⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 151.

transferência, restariam abalados o regime jurídico de direito público, bem como o critério finalístico do conceito: a busca do bem-estar¹¹⁶ social ou da coletividade.

Por outro lado, Marçal Justen Filho, ao acolher uma concepção objetiva de serviço público, vincula este diretamente a um direito fundamental:

A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos.

[...]

Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público.¹¹⁷

Superando a clássica dualidade dos dois critérios atinentes aos serviços públicos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto alude ao critério funcional, por ser eminentemente jurídico e livre das flutuações conceituais e de referências sociológicas ou políticas. Destarte, em consonância com o Estado Democrático de Direito, o serviço público é “toda atividade administrativa pública” que esteja “formal, funcional e integralmente submetida à Constituição”, cujo objetivo é a “realização dos direitos fundamentais das pessoas”.¹¹⁸ Neste mesmo sentido funcional, Juraci Mourão Lopes Filho entende o serviço público como uma das espécies de atribuições administrativas, prestadas diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão nos termos do art. 175 da CF/88, que visam “a atender as demandas públicas e sociais mais relevantes”.¹¹⁹

Interessante estudo sobre o conceito de serviço público faz Augusto Durán Martínez, asseverando ser uma expressão polêmica e polissêmica. Baseado no Estado Constitucional de Direito, o Jurista uruguaio defende a substituição da dicção *serviço público* pela expressão *serviço de interesse econômico geral*, haja vista que “estos servicios responden a necesidades colectivas que deben ser satisfechas mediante

¹¹⁶ Em interessante estudo sobre as agências reguladoras e os influxos de suas atuações na performance das empresas reguladas e no bem estar-social, vide estudo de Antonio Estache e Martín Rossi sobre a análise do desenvolvimento do setor de distribuição de energia elétrica nos países em desenvolvimento. ESTACHE, Antonio; ROSSI, Martín A. **Regulatory agencies: impact on firm performance and social welfare**. Washington, DC: The World Bank Sustainable Development Network - Finance, Economics and Urban Department. February, 2008. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2008/02/06/000158349_20080206153950/Rendered/PDF/wps4509.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 689.

¹¹⁸ MOREIRA NETO, 2014, p. 470.

¹¹⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências Federativas**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 89.

prestaciones *uti singuli*, y que actúan en el mercado, sin que importe si el prestador posee o no ánimo de lucro y cuál es el titular de la actividad.”¹²⁰ Complementa, ainda, sua análise desde a transição de um conceito subjetivo para um conceito objetivo de serviço público, em razão de ter se passado de um regime de exclusividade na prestação desses serviços – como monopólio – para um regime prestacional, seja de entes estatais ou de entidades privadas, mas em concorrência. E finaliza com uma lição magistral, ao trazer o foco da questão: não se deve falar de serviço público, mas de serviço **ao público**.¹²¹

Ante todas essas noções de serviço público, é possível inferir que este pressupõe a adoção de regime jurídico administrativo ou de Direito Público¹²². Noutros termos, serviço público é aquele prestado pelo Estado ou por particulares em colaboração estatal, desde que sob o regime de Direito Público. Neste mesmo azo, são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o conceito de serviço público:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interessados definidos como públicos no sistema normativo.¹²³

O regime de Direito Público inerente a esses serviços tem por objetivo a satisfação do interesse público, de acordo com as conveniências da coletividade. A satisfação desses interesses serve tanto para assegurar uma prestação de qualidade, bem como para um controle e fiscalização do próprio Estado ou de entidade que recebeu a delegação para desempenhar tal papel.

¹²⁰ Em tradução livre: “estes serviços respondem a necessidades coletivas que devem ser satisfeitas mediante prestações *uti singuli*, e que atuam no mercado, sem que importe se o prestador possui ou não intuito de lucro e qual é o titular da atividade”. MARTÍNEZ, Augusto Durán. Estado Constitucional de Derecho y Servicios Públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 46, abr./jun. 2015.

¹²¹ MARTÍNEZ, 2015, p. 47.

¹²² Partindo desta premissa da noção de serviço público atrelado ao regime jurídico de Direito Público, André Patrus Ayres Pimenta aduz não haver dúvidas de que o serviço de distribuição de energia elétrica está atualmente submetido ao regime jurídico de serviço público, tendo em vista que a infraestrutura de distribuição desse serviço caracteriza um monopólio natural. PIMENTA, André Patrus Ayres. Aspectos regulatórios e tributários da conta de compensação de variação de valores dos itens da ‘parcela A’ – CVA. In: BORGES, Eduardo de Carvalho; LEME, Delvani (coord.). **Tributação no setor elétrico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 40.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 634.

Com esteio nessa noção de serviço público, Bandeira de Mello complementa, ao assinalar que aquele se compõe de dois elementos: a) o *substrato material* – a prestação da utilidade ou comodidade material à coletividade; b) o *aspecto formal* – consistente na noção jurídica que dá unidade ao regime de Direito Público.¹²⁴

A característica do regime de Direito Público é uma máxima entre os doutrinadores brasileiros, seja de modo expresso¹²⁵, ou de maneira implícita¹²⁶ ou de modo mitigado¹²⁷. Não se pode negar essa característica essencial do regime jurídico dos serviços públicos, contudo, o campo de trabalho há de ser necessariamente o texto constitucional.

Tanto a senda competencial na área de prestação de serviços públicos como a delimitação das competências tributárias situam-se no plano constitucional, razão por que se deve concluir pela existência de um verdadeiro regime jurídico-constitucional de ambos no ordenamento jurídico brasileiro. Isto não afasta o regime jurídico de Direito Público dos serviços públicos, mas marca uma interseção destes dois plexos normativos no patamar constitucional¹²⁸.

A crítica que se faz ao conceito de serviço público trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello correspondente à noção clássica francesa de serviço público, é por ser demasiado ampla. Nesta acepção, o conjunto de serviços públicos parece se confundir com o próprio Estado, podendo se chegar ao extremo de confundir o Direito Administrativo com o próprio Direito Público.

Assim, entende-se mais coerente, metodológica e cientificamente mais adequado ao ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de serviço público proposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando, ao superar os critérios subjetivo e objetivo

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 615.

¹²⁵ José Cretella Júnior ensina que o serviço público é exercido mediante procedimento típico de Direito Público. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 334.

¹²⁶ Hely Lopes Meirelles não traz menção expressa ao regime jurídico de direito público, não obstante não se afastar do propósito maior dos serviços públicos, qual seja, satisfazer as necessidades da coletividade. *Op. cit.*, p. 294.

¹²⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a atividade material do serviço público, dada a possibilidade de exercício por meio de seus delegados, está sob a égide de um regime jurídico total ou parcialmente público. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 99.

¹²⁸ As conclusões por um regime jurídico-tributário do serviço público na Constituição são de Cristina Lino Moreira. **Tributalidade do serviço público**. São Paulo: RT, 1985, p. 49.

clássicos da doutrina, busca um critério funcional mais adequado ao Estado Democrático de Direito no Brasil. Em suma, há de entender o serviço público como toda atividade administrativa pública, formal, funcional e integralmente submetida à Constituição, com o objetivo de realizar os direitos fundamentais das pessoas.

O conceito ora exposto encontra pleno respaldo na Constituição Federal, além de entrar em consonância com a evolução político-econômica do Estado Brasileiro, bem como em razão das próprias necessidades da sociedade brasileira. Em seguida, deve-se aprofundar o estudo da execução desses serviços públicos e das diversas modalidades de sua prestação.

2.6 Regulação: conceito e fundamentos metodológicos

O primeiro conceito a ser estabelecido neste Capítulo, como premissa essencial para o entendimento das agências reguladoras, é o de regulação. O vocábulo *regulação* não se confunde com o termo *regulamentação*.

A *regulamentação* é o ato de regulamentar, ou seja, consiste em atos gerais e abstratos expedidos por órgãos diversos do Poder tradicionalmente investido na função legislativa. A ideia de regulamentação sedimentada no ordenamento pátrio traduz-se no desempenho de uma atividade executiva de competência do Chefe do Poder Executivo da Administração Pública, após a sanção, promulgação e publicação das leis, conforme disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal de 1998. Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o regulamento é ato privativo do Chefe do Poder Executivo, expedido para a fiel e necessária execução da lei.¹²⁹ No mesmo sentido, não difere muito o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao se reportar ao poder normativo ou regulamentar¹³⁰.

Interessante é minuciar a posição de José dos Santos Carvalho Filho, pois além de ressaltar a característica da regulamentação como complementar às leis e a função de permitir sua efetiva aplicação, explica que, modernamente, em virtude da complexidades das atividades realizadas pela Administração Pública, aliado ao fenômeno

¹²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 309-311.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 86-87.

da “deslegalização” (*delegificazione*¹³¹), a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l’ordonnance*), cresce a denominada regulamentação técnica, atividade regulamentar típica das agências reguladoras, pois “incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos”.¹³²

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara explicam o dever regulamentar na regulação, mas sem abandonar o princípio da legalidade:

Normas legais incompletas não podem servir diretamente de base a atos administrativos individuais e concretos. Uma entidade ou órgão administrativo que recebe da lei uma ampla competência reguladora, a ser exercida no plano administrativo com fundamento em balizas legais de natureza aberta, evidentemente se sujeita ao *onus de normatizar*, como condição prévia do exercício concreto de seus poderes. Para uma agência reguladora, muito mais do que um poder regulamentar, existe um *dever regulamentar*.¹³³

Para Juarez Freitas, não há que se falar em “deslegalização” nem em “regulamentos regulatórios autônomos” – pois a única exceção prevista constitucionalmente está no inciso VI do art. 84 – mas na convivência harmônica da “reserva de administração ou de regulação” com o princípio da “reserva de lei”.¹³⁴

A unidade da ideia *regulação* advém da tradução do termo “regulation”, do Direito estadunidense, para o português, cujo significado, atualmente, é utilizado tanto para regulação como para regulamentação. Aliás, mesmo nos Estados Unidos, o vocábulo “regulation” possui dois significados, como esclarece Giovani Ribeiro Loss:

Tal como explica Richard Posner, mesmo nos Estados Unidos o termo *regulation* tem dois significados distintos: um em sentido amplo e outro em

¹³¹ Segundo Pizzorusso, a deslegalização (*delegificazione*) é “a intervenção legislativa destinada a permitir que matéria até então disciplinada mediante uma fonte legislativa venha a ser disciplinada mediante fonte regulamentar, revogando-se a disciplina legislativa com a entrada em vigor da disciplina regulamentar ou restringindo-a a simples indicação de princípios que devem nortear o regulamento” e, por isso, “tem por objetivo aliviar a massa de matérias disciplinadas por lei e em adotar disciplina mais orgânica e mais facilmente gestionável, seja na aplicação, seja na alteração”. *Delegificazione. Enciclopedia del Diritto (aggiornamento)*, 1999, p. 492-495, *apud*. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 250.

¹³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54.

¹³³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 33, jul./set. 2010.

¹³⁴ FREITAS, Juarez. Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). *Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto*. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009, p. 24.

sentido restrito. Entendido no sentido amplo, *regulation* significa intervenção do governo em toda a atividade econômica e social, por meio dos mais diversos ramos do direito (civil, trabalhista, tributário, penal, ambiental, antitruste etc ...). No sentido restrito, porém, *regulation* deve ser entendido como intervenção do governo na atividade econômica de forma mais intensa.¹³⁵

Calixto Salomão Filho explica a dificuldade da tradução do referido vocábulo para a língua portuguesa, haja vista a própria particularidade da palavra *regulamentação* no sistema jurídico brasileiro, cuja função é diversa, como já explanado. Ademais, assevera que a tradicional concepção do Estado Brasileiro aglomera duas funções opostas (ingerência direta na vida econômica e fiscalização dos particulares), o que aproximaria os dois termos regulação e regulamentação da tradução *regulation*.¹³⁶

De acordo com Alketa Peci e Bianor Scelza Cavalcanti, numa leitura política do Estado como estrutura organizacional complexa que garante a existência de contratos e do direito de propriedade, a regulação existe desde a própria noção de capitalismo. De certo modo, “a capacidade de o Estado regular e normatizar a vida econômica existe desde quando o próprio Estado existe”.¹³⁷

Para Bertrand du Marais, a ideia de regulação, na França, envolve três concepções distintas: técnica, político-econômica e de Sociologia Política. No sentido técnico-científico, a regulação são “todos os mecanismos para manter a constância de uma função.”¹³⁸ No senso político-econômico, a regulação é “o conjunto de técnicas para alcançar e manter o equilíbrio econômico ideal que seria exigida por um mercado que não é capaz, por si só de produzir esse equilíbrio.”¹³⁹ Sob a óptica da Sociologia Política, a regulação são “todas as operações de elaboração de regras para a sua execução e para dar

¹³⁵ LOSS, Giovanni Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21-22.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20-21.

¹³⁷ CAVALCANTI, Bianor Scelza; PECCI, Alketa. A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 10, jul./set. 2003.

¹³⁸ No original: “l'ensemble des mécanismes permettant le maintien de la constance d'une fonction.” MARAIS, Bertran du. **Droit public de la régulation économique**. Paris: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, p. 483.

¹³⁹ No original: “la régulation constitue l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimal qui serait requis par un marché qui n'est pas capable, en lui-même, de produire cet équilibre.” *Op. cit.*, p. 483.

instruções aos jogadores e resolver conflitos entre eles, quando o sistema de regras é percebido por eles como incompleta ou imprecisa.”¹⁴⁰

Já Fernando Antonio Santiago Junior, ao passo em que critica certa dose de arbítrio na atividade doutrinária classificadora, identifica três correntes doutrinárias para a ideia de regulação: (i) em sentido amplo, a regulação é uma das funções da Administração Pública, voltada para manter o funcionamento do sistema, segundo parâmetros legais estabelecidos; (ii) numa concepção intermediária, a regulação está ligada à ideia de governança e, logicamente, às entidades reguladoras; (iii) em sentido estrito, a regulação consiste numa modificação da natureza da norma, que se torna mais maleável em função da norma regulatória (“norma-objetivo”).¹⁴¹ Esclarece, ainda, o autor que a **regulamentação**¹⁴² é apenas uma das técnicas da **regulação**, que também compreende “a gestão de procedimentos licitatórios – principalmente no Brasil –, a garantia de acesso à rede, a resolução de litígios, a mediação, as manifestações de opinião e consultas, dentre outras”¹⁴³.

Para Paulo Todescan Lessa Matos, regular é exercer uma função normativa. Na regulação econômica, exercida por entidades reguladoras vinculadas ao Poder Executivo, o exercício dessa função normativa é feito com base em normas terciárias, ou seja, são “normas que não definem direitos e deveres, mas estabelecem *procedimentos* (ex: procedimentos decisórios internos aos órgãos reguladores), *guias de interpretação e aplicação de normas e instruções normativas*.”¹⁴⁴

Para Flavio José Roman, a regulação econômica significa “a intervenção do Estado na economia com a finalidade de manter as condições necessárias consideradas

¹⁴⁰ No original: “l'ensemble des opérations consistant à concevoir des règles, à en superviser l'application, ainsi qu'à donner des instructions aux intervenants et régler les conflits entre eux lorsque le système de règles est perçu par eux comme incomplet ou imprécis.” *Op. cit.*, p. 484.

¹⁴¹ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. **A regulação do setor elétrico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 26.

¹⁴² No sentido estrito do termo, Fábio Amorim da Rocha entende que as agências reguladoras exercem uma função regulamentadora, ou seja, “estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função.” **As irregularidades no consumo de energia elétrica**: doutrina, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 117.

¹⁴³ SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁴ Além das terciárias, o autor alude ainda às normas *primárias* (normas que estabelecem obrigações) e *secundárias* (aquelas que preveem direitos e deveres, especificando condicionamentos e restrições já previstos nas normas primárias). *In*: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 169-170, out./dez. 2005.

ótimas para o desenvolvimento dos negócios”.¹⁴⁵ Além desse pressuposto de forte atuação com reflexos diretos sobre a atividade econômica, a regulação envolve um tipo especial de atuação administrativa, “marcada pela flexibilidade, consensualidade, setorização, atuação técnico-especializada na abordagem da matéria e, até mesmo autonomia na relação com a direção central do Executivo.”¹⁴⁶

De acordo com Lucas de Souza Lehfeld, a regulação econômica possui uma concepção singular, ao englobar dois fenômenos distintos, mas complementares: “primeiro, a redução da intervenção estatal direta na economia e, segundo, o crescimento dos atos de concentração econômica em função da flexibilização do monopólio do Estado em setores agora privatizados”.¹⁴⁷

Sob o prisma do Direito Econômico, Washington Peluso relaciona as palavras *regulamentação* e *regulação* aos limites estatais para atuação do poder econômico. A *regulamentação* existe nos regimes onde o domínio econômico é exercido pelo poder estatal, ou seja, há uma tendência para o “Estado Máximo” (Estado Regulamentador ou Empresário). Por outro lado, a *regulação* ocorre quando o poder econômico exercido pelo Estado se torna menor, ou seja, há uma tendência para o “Estado Mínimo” (pautado na livre iniciativa e na livre concorrência).¹⁴⁸

Seguindo nesta linha do Direito Econômico e registrando sua evolução do conceito de regulação, Alexandre Santos de Aragão define a

[...] regulação da economia como o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.¹⁴⁹

Em um discurso mais crítico à política neoliberal e ao chamado “novo direito público da economia”, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massoneto aludem à regulação como um dos instrumentos do direito econômico, capaz de oferecer instrumentos para a

¹⁴⁵ ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

¹⁴⁶ ROMAN, Flávio José. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁴⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 315.

¹⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212.

organização do processo econômico capitalista de mercado. Com efeito, para os autores, o discurso regulatório do Direito Econômico deve partir de um dado externo: “a estratificação social e as formas de dominação decorrentes da manipulação do excedente”. Somente instrumentalizando esta virtude, a regulação poderá servir como instrumento ao desenvolvimento e a formação de um Estado democrático.¹⁵⁰

De jeito conciso e objetivo, e com fundamento no direito ao desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas define regulação como

[...] intervenção indireta e proporcional do Estado-Administração no âmbito de relevantes atividades econômicas e no campo de serviços públicos, tendo como desiderato a obtenção de pressupostos qualitativos e quantitativos para o desenvolvimento sustentável, aquele capaz de viabilizar o bem-estar das gerações presentes sem impedir o bem-estar das gerações futuras.¹⁵¹

Esta mesma identificação de conceitos plurívocos de regulação foi utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. No julgamento do Conflito de Atribuições nº 35, em voto-vista, o ex-ministro Célio Borja utilizou a dicção “poderes regulatórios” no sentido de *atividade normativa específica*, distinta da atividade normativa típica do Poder Legislativo:

O cartesianismo da classificação exaustiva das funções do Estado, fundado na suposição de que todas as atividades e atos dos poderes públicos inserir-se-iam numa das três espécies, logo defrontar-se-ia, historicamente, com a impossibilidade organizacional de deferir a um único órgão a exclusividade de um só tipo de atuação, e com o imperativo existencial do surgimento de novos e diferenciados encargos do Estado, notadamente o de tutelar relações econômicas de natureza privada, através do exercício dos chamados **poderes regulatórios**.

Esses revestem, simultaneamente, a natureza do poder de polícia e da atividade normativa; daquele porque visam a tutela de certos bens individuais e sociais, mediante atos que se exaurem quando alcançados o seu fim imediato, participam, também, de algumas notas do conceito de norma, especialmente a da generalidade, quando alcançam uma pluralidade de sujeitos e lhes conferem direitos e lhes impõem deveres e obrigações, sempre com vistas à consecução dos fins referidos. (...) Logo se perceberá em cada um deles (art. 4º) a **natureza regulatória** a que, acima, aludiu-se. Porque são atos de competência da Administração e seu conteúdo se aproxima do que é próprio do poder de polícia, não há que se ver neles, *data vêniam*, o objeto de uma delegação legislativa, pois não se pode dar a outrem o que não se possui.¹⁵² (informa-se realce)

¹⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 144-146, jan./mar. 2009.

¹⁵¹ FREITAS, Juarez. Direito da regulação: avaliação de impactos de longo prazo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 279, jan./fev. 2015.

¹⁵² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Conflito de Atribuições nº 35, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 2.12.1987, p. 81-82. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25588>>. Acesso em: 19 set. 2015.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, respeitante à constitucionalidade da lei que limitava os aumentos das mensalidades escolares, o ex-ministro Moreira Alves utilizou o termo “regular” no sentido de *controlar*:

Na atual Constituição, além de se manter, no parágrafo 4º do artigo 173 o princípio de que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise ... ao aumento arbitrário dos lucros”, atribuiu-se ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, ao se dispor no *caput* do artigo 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Não se limita esse dispositivo (parágrafo 4º do art. 173 da CF) declarar que o Estado desempenhará, na forma da lei, as funções que não são normativas, mas sim executivas – de fiscalizar, incentivar e planejar (esta de modo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado) a atividade econômica, mas acentua que o exercício dessas funções decorre da posição do Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica”. É certo que, entre as funções executivas que esse dispositivo confere, neste terreno, ao Estado, não consta do texto constitucional vigente a de controle a que aludia, na esteira dos anteriores, o projeto final da comissão de sistematização (art. 203, *caput*), mas a retirada desse controle *in concreto*, que daria a possibilidade de ingerência direta do Estado na vida das empresas, não diminuiu o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, papel esse que se situa no terreno da normatividade e não da execução. E, portanto, para conciliar o funcionamento da livre-iniciativa e do princípio da livre-concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da Justiça social, pode o Estado, por via legislativa, **regular** a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.¹⁵³ (grifou-se)

Por fim, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 422.941, atinente aos possíveis prejuízos econômicos advindos da fixação de preços pelo Poder Executivo no setor sucroalcooleiro, o Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, usa a dicção “regular” no sentido de *organizar a atividade econômica*:

[...] Verifica-se, portanto, que, quando o Governo Federal interveio na economia sucroalcooleira para **regular** a concorrência e fixar os preços finais de venda dos produtos, o fez de maneira desarrazoada, porque impôs aos produtos preços menores que aqueles necessários ao custeio da produção.¹⁵⁴ (impôs-se negrito)

Para Maurício Tolmasquim, as atividades regulatórias no âmbito dos serviços públicos devem ser tomadas tanto do ponto de vista da regulação propriamente dita desses

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 3.03.1993, p. 52-53. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em: 19 set. 2015.

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 422.941-2/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 5.12.2005, p. 688. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368446>>. Acesso em: 19 set. 2015.

serviços como da definição de critérios e diretrizes políticos. Noutros termos, entende-se por atividades regulatórias “a competência para editar normas abstratas infralegais, adotar decisões discricionárias e compor conflitos num setor econômico.”¹⁵⁵

Do exposto até agora, no atual ordenamento jurídico brasileiro, entende-se ser mais adequado cunhar a unidade ideativa **regulação** em sentido amplo, ou seja, como uma das funções da Administração Pública moderna, cujo objetivo é garantir o funcionamento do próprio sistema (no caso, dos serviços regulados ou de interesse geral), com base em parâmetros legais previamente estabelecidos.

Fixada a premissa de que a regulação econômica é uma das funções da Administração Pública e um dos modos de atuação estatal, cabe reconhecer a existência, no Brasil, de um Estado Regulador¹⁵⁶. Noutros termos, a opção do Estado brasileiro pela não intervenção direta, em grande parte das atividades circunscritas ao domínio econômico-social, traduz-se numa das características essenciais da regulação, bem como na relação jurídica que se pretende firmar entre os sujeitos públicos e privados.

Por esta razão, Marçal Justen Filho infere ser a regulação a opção preferencial pela intervenção indireta:

A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste *não* no exercício direto e imediato pelo Estado de *todas* as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos.¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 35-36.

¹⁵⁶ Ideia também defendida por Marcelo Figueiredo (**Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.), Juarez Freitas (Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). **Regulação**: normatização da prestação de serviços de água e esgoto. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009, p. 18), André Rodrigues Cyrino (**Direito Constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação adequada da constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 38.) e Leonardo Vizeu Figueiredo (**Lições de Direito Econômico**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 44). Ao contrário, Egon Bockman entende ser impróprio falar-se em “Estado Regulador” no Brasil, tendo em vista que várias empresas dos mais importantes setores econômicos são públicas, portanto, o inverso do “Estado mínimo”. MOREIRA, Egon Bockman. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 109. No mesmo sentido, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo entende que as reformas administrativas dos anos de 1990 são insuficientes para caracterizar, no Brasil, um Estado Regulador. (**Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 38-39).

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 639.

Em análise global de outros aspectos sociais, econômicos e políticos da evolução e das características do Estado, J.J. Gomes Canotilho entende que o chamado “Estado Social” já foi objeto de inúmeras *adaptações não convencionais* – seja pela integração comunitária, seja pela globalização econômica – razão pela qual o Estado não tem mais condições de assumir suas tradicionais tarefas sociais e econômicas. A faceta moderna do Estado Social é o Estado Regulador de serviços públicos essenciais:

De uma forma crescente, a própria regulação e supervisão é confiada a *entidades administrativas independentes* (...) não directamente subordinadas ao poder político governamental. A socialidade estatal subjacente às prestações de **serviços de interesse económico geral** é *pública* na medida em que a regulação dessa prestação assenta em *regras públicas* definidas por entidades públicas directa ou indirectamente legitimadas. A razão desta mudança quanto a responsabilidade estatal pela regulação de serviços económicos de interesse geral não assenta apenas em premissas ideológicas (“menos Estado, melhor Estado”, “autoregulação da economia contra planificação estatal”, “concorrência económica como expressão da liberdade”) mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas outrora inseridas no “núcleo duro” de tarefas do Estado (serviços essenciais, investigação, emprego) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, experiências técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho do Estado. (...) A *liberalização* e a *privatização* dos serviços económicos de interesse geral não significa, de resto, a despedida do Estado e a inexistência de regras públicas. Pelo contrário, os *sistemas ou redes de infraestruturas* indispensáveis à gestão dos serviços de interesse económico geral são sistemas próximos do estado e de outras entidades reguladoras (por exemplo, a Comunidade Europeia) assentes em formas mistas de estruturas regulativas, nas quais a *autoregulação privada* e a *intervenção pública regulativa* se combinam e ganham eficácia.¹⁵⁸

Em suma, a regulação em sentido estrito – como atividade normativa, disciplinadora – consiste hoje em uma verdadeira necessidade estatal, com base em entidades públicas independentes, aptas a disciplinar certas atividades econômicas e serviços públicos. O Brasil é um Estado Regulador, cujas balizas constitucionais estão delineadas no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, cujo exame está mais bem aprofundado no item 3.9 deste relatório de pesquisa acadêmica.

Estabelecidos os fundamentos metodológicos no estudo do fenômeno da tributação, com especial enfoque na definição legal de tributo e nas críticas conceituais dessa definição, bem como do conceito e regime jurídico dos serviços públicos, além do próprio conceito e fundamentos metodológicos da regulação, passa-se a estudar a prestação e a regulação desses serviços públicos prestados no Brasil.

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 352.

3 PRESTAÇÃO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

O Estado desenvolve as mais diversas atividades em prol da sociedade brasileira. Hodiernamente, pode-se destacar três principais modos de atuação estatal: de polícia, prestacional e de fomento.

A atividade ou poder de polícia consiste numa prerrogativa do Poder Público de impor restrições ou limites ao exercício das liberdades individuais. José dos Santos Carvalho Filho assevera que o poder de polícia é “*a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade*”.¹⁵⁹

A atividade prestacional deve ser entendida de modo oposto, pois a ideia não é restringir ou limitar (sentido negativo), mas criar utilidades à disposição da coletividade (sentido positivo) para satisfazer as necessidades da população (v.g., abrir uma escola, posto de saúde ou um hospital).

A atividade de fomento parte do mesmo pressuposto prestacional, ao criar utilidades ou benefícios à sociedade, no entanto, vai além, pois está voltada à livre iniciativa e à livre concorrência, como bem explica Lucas Rocha Furtado:

Por meio da atividade de fomento, o Estado identifica no âmbito privado as atividades privadas cuja exploração possa gerar maiores benefícios para a coletividade e nelas interfere com o propósito de incentivar ou de promover o seu incremento por meio da utilização de um conjunto de técnicas jurídicas próprias, com vista à realização de interesses de toda a sociedade.¹⁶⁰

Marçal Justen Filho acrescenta às atividades de polícia, prestacional e de fomento, outros dois modos de atuação estatal: a *regulação econômico-social* e a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado*. De acordo com o autor, a “regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.”¹⁶¹ Em

¹⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 73.

¹⁶⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 594-595.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 637.

sentido similar, Juraci Mourão defende como quarta espécie de atribuição administrativa estatal a de *intervenção na economia*, seja de modo direto (exercício de atividades econômicas por empresas estatais), ou indireto (regulação do mercado).¹⁶²

Estipuladas as espécies de atividades desenvolvidas pelo Estado, faz-se necessário delinear todos os aspectos essenciais da atividade prestacional de serviços públicos brasileiros, de modo a se entender a regulação dos serviços públicos delegados no Brasil.

No federalismo brasileiro, a Constituição de 1988 distribuiu entre as entidades autônomas federadas um campo de atuação governamental, ou seja, suas áreas de competência. Dentre estas competências, interessa a este experimento investigatório aquelas delineadas para a área de prestação de serviços.

Cabem, portanto, à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios o exercício da competência para a prestação de serviços públicos, seja por via da exploração direta ou mediante autorização, permissão ou concessão a pessoa física ou jurídica de Direito público ou privado.

Antes mesmo de analisar as modalidades de prestação dos serviços públicos no País, no entanto, é mister firmar algumas premissas sobre a titularidade e a execução dos serviços públicos no Brasil. O ponto de partida para tanto não poderia ser outro senão o texto constitucional.

3.1 Titularidade e execução dos serviços públicos

Partindo do interesse da coletividade, sob a égide de um regime jurídico administrativo, pode-se garantir que os serviços públicos são da titularidade do Estado. Este, em princípio, por ser titular, presta tais serviços em prol da coletividade.

No exame do texto constitucional, percebe-se a clara divisão das competências dos entes federados na área de prestação de serviços. O critério da partilha

¹⁶² LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op. cit.*, p. 89.

constitucional das competências para a instituição dos serviços públicos é o da titularidade destes em razão de seus interesses predominantes.

Destarte, com base no princípio da predominância dos interesses, norteador da repartição de competências entre as unidades federadas, são de competência da União as matérias de interesse geral ou nacional; aos estados cabem os temas de interesse regional; e aos municípios estão reservados os assuntos de interesse local¹⁶³. Para José Afonso da Silva, esta “distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal”.¹⁶⁴

No âmbito da União, a Carta Federal de 1988 conferiu-lhe, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços públicos, consoante disposto no artigo 21:

- X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
- XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
- XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
 - a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) portos marítimos, fluviais e lacustres;
- [...]
- XXIII – serviços nucleares de qualquer natureza.

Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, a Constituição Federal reservou-lhes poderes remanescentes¹⁶⁵, ou reservados, conforme terminologia adotada no §1º do artigo 25. Também lhes separou competência exclusiva para “*explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da*

¹⁶³ WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 14, out./dez. 2007.

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 479.

¹⁶⁵ Esta terminologia é a mais indicada segundo José Afonso da Silva. **Comentário contextual à constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 288.

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 327.

31 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 327.

lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.” (art. 25, §2º). Apenas em relação aos estados, também lhes cabem os serviços públicos de interesse comum das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, criadas por lei complementar (art. 25, §3º).

Por fim, quanto aos municípios, o artigo 30 da Lei Maior estabeleceu-lhes a competência genérica para “*organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local*”, fazendo claro destaque ao “*de transporte coletivo, que tem caráter essencial*” (inciso V), bem como “*prestar [...] serviços de atendimento à saúde da população*” (inciso VI).

A expressão “interesse local” é bastante discutida na doutrina por sua incerta precisão terminológica. Para Moreira Neto, o interesse local deve ser entendido como predominante e não exclusivo, tendo em vista as transformações tecnológicas que podem afetar a evolução dos serviços públicos e ampliar sua base de prestação.¹⁶⁶

Para Leila Cuéllar, é muito difícil, na prática, estabelecer a natureza estritamente local de um serviço e isto não implica dizer, necessariamente, que tal serviço é unicamente da competência do município, pois um serviço de natureza local pode estar vinculado a interesses estaduais e nacionais, tornando-o um serviço público de interesse comum, *v.g.*, o serviço público de saneamento básico (art. 23, IX, CF).¹⁶⁷

Gilmar Ferreira Mendes corrobora a interpretação de que “assuntos de interesse local” significam de interesse predominantemente municipal, “já que não há fato local que não repercuta, de alguma forma, igualmente, sobre as demais esferas da Federação”.¹⁶⁸ Neste mesmo sentido, Eros Roberto Grau considera que um serviço essencialmente local não significa dizer seja unicamente da competência do município:

A afirmação de que um serviço público – um interesse, um problema – é de (*peculiar*) *interesse local* não supõe a afirmação de que seja ele considerado como único e exclusivo do Município. É fora de dúvida que tudo quanto seja

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, 2014, p. 476.

¹⁶⁷ CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão de fornecimento. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 134-135, jul./set. 2003. No mesmo sentido: 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/FGV, 2011, p. 354.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 872.

de interesse local – municipal, pois – reflete-se, em última instância, como de interesse estadual e federal. Em contrapartida, não há interesse estadual ou federal que não respeite, também, ao interesse dos Municípios. O que distingue o peculiar interesse local daqueles é a circunstância de ser ele de caráter *predominantemente local*.¹⁶⁹

Pode-se inferir, assim, a ideia de que o princípio da *predominância do interesse* é a diretriz constitucional norteadora da repartição de competência das entidades políticas, tendo como critério o interesse afeto a cada uma delas. Como bem explica Uadi Lammêgo Bulos, porém, tal princípio não consegue resolver a unanimidade das situações submetidas ao seu crivo, razão pela qual a Constituição Federal adota a técnica da repartição de competências entre os entes federativos.¹⁷⁰

Outro ponto interessante é a possibilidade da execução destes serviços mediante prestação por particulares em colaboração com o Poder Público. Assim, é assente na doutrina a divisão da tarefa para execução ou gestão dos serviços públicos em direta e indireta. Na execução direta³⁰, a Administração Pública acumula as situações de titular e de prestador de serviços (centralização), enquanto na execução indireta os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas (descentralização)³¹.

A descentralização, que não se confunde com a desconcentração (processo interno no qual há a substituição de um órgão por outro ou outros da própria Administração Pública), pode se processar, segundo José dos Santos Carvalho Filho, por duas maneiras básicas tradicionais: *delegação legal* e *delegação negocial*. Na delegação legal, o instrumento de descentralização é a lei (que delega e cria a entidade executora do serviço), ao passo que na delegação negocial o instrumento contratual é que permite a transferência da execução dos serviços públicos, mediante concessão ou permissão.

Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, pautados na ideia de delegação negocial, defendem a possibilidade de contratação da empresa estatal para a prestação de serviços públicos, o que não configuraria uma concessão de serviço público. A delegação negocial, apesar de sempre pautada no princípio da legalidade e no regime jurídico administrativo, decorre de uma opção legislativa do ente federado, ao criar outra

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122.

¹⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 765.

pessoa jurídica, integrante da Administração Indireta, à qual restou transferida a atribuição para a prestação do serviço público. A concessão de serviço público prescinde da licitação pública, não obstante também respeitar o princípio da legalidade e o regime jurídico de Direito Administrativo.¹⁷¹

Por estas razões, asseveram Sundfeld e Souza que a modalidade de delegação negocial se demonstra muito mais útil à autossuficiência financeira da empresa estatal, além de garantir ao Estado (Administração Central) a manutenção de certas políticas sociais, v.g., subsídios tarifários aos usuários dos serviços públicos. Portanto, esse “contrato de delegação” possui três grandes características:

*i) Estipulação contratual do valor da tarifa a que a empresa estatal tem direito, comprometendo-se o ente controlador a garantir-lhe tal valor, que deverá corresponder a um justo preço pelo serviço público prestado pela empresa estatal aos usuários (isto é, a um preço de mercado); ii) a definição contratual de metas de desempenho e qualidade a serem cumpridas pela empresa estatal na prestação dos serviços; iii) a previsão contratual do poder de o ente controlador criar uma subvenção ao usuário, definindo, o próprio ente controlador, qual a parte da tarifa que será efetivamente cobrada do usuário e, assim, qual a parcela dela que será subvencionada pelo ente controlador.*¹⁷²

Para Hely Lopes Meirelles¹⁷³, Diógenes Gasparini¹⁷⁴ e Lucas Rocha Furtado¹⁷⁵, a própria titularidade dos serviços públicos é passível de transferência, quando criadas autarquias, fundações e empresas públicas para tal desiderato. Nestes casos, com a transferência de titularidade do serviço público, o trespasse da atividade a essas entidades administrativas acarretará não somente o ônus da execução, mas também toda a responsabilidade oriunda dessa descentralização. Para os citados autores, a descentralização de serviços públicos pode se dar por outorga e por delegação. A outorga consiste na transferência legal da própria titularidade do serviço. Na delegação, não ocorre transferência de titularidade, mas tão-somente da execução do serviço.

¹⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. A superação da condição de empresa estatal dependente. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 40-41, out./dez. 2005.

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. A superação da condição de empresa estatal dependente. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 35, out./dez. 2005.

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 331.

¹⁷⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 269-270.

¹⁷⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 618.

Discorda-se do posicionamento antes exposto, pois se entende que, mesmo nos casos de descentralização por delegação legal, não se transfere a titularidade dos serviços públicos, mas tão-somente a execução destes. José dos Santos Carvalho Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁷ sustentam, de igual modo, que não há transferência de titularidade nesses casos, pois esta é “exclusiva do poder político” e “inequívoca expressão de poder político e administrativo”, portanto, “irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa”.¹⁷⁸

A ruptura dessa clássica execução dos serviços públicos é feita, paulatinamente, na medida em que o Estado atribui também a particulares a possibilidade de prestar alguns desses serviços. Deve-se também salientar que, nestes casos, de modo indubitável, que a titularidade dos serviços públicos remanesce com o Poder Público.

Lucas Rocha Furtado critica bastante essa ruptura da titularidade dos serviços públicos, seja na quebra da exclusividade destes pelo Estado, ou pela ausência de uma clara sistemática do legislador constituinte acerca de alguns serviços públicos, tais como saúde, educação, assistência social, previdência social, desporto e cultura. Exemplifica com a saúde, afirmando que este serviço é de relevância pública (art. 197, CF), mas também sua assistência é livre à iniciativa privada (art. 199, CF). Daí a pergunta: a prestação de serviços na área da saúde é serviço público ou é atividade privada? Se público for este serviço, os particulares somente poderiam desempenhar tal atividade mediante delegação, o que não se configura na prática no Brasil.¹⁷⁹

Para solucionar este problema de ordem conceitual e doutrinária, diferentemente de Lucas Rocha Furtado, Marçal Justen Filho aduz que o conceito de serviço público integra três aspectos: material ou objetivo, o subjetivo e o formal. O ângulo material consiste na satisfação das necessidades coletivas essenciais. A subjetividade desse aspecto relaciona-se à própria atuação desenvolvida pelo Estado. Já o aspecto formal consiste na aplicação do regime jurídico de Direito Público.¹⁸⁰ Segue o autor, estabelecendo a premissa de que o aspecto formal (regime jurídico de Direito

¹⁷⁶ MOREIRA NETO. *Op. cit.*, p. 475.

¹⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 643-644.

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 329.

¹⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Op. cit.*, p. 603.

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 691.

Público) depende dos outros dois – objetivo e subjetivo. Não obstante, sob o ponto de vista lógico, o aspecto material ou objetivo é mais relevante do que os outros dois:

O serviço público é de titularidade do Estado, mas daí não segue que todo e qualquer serviço prestado pelo Estado seja “serviço público”. Nem é correto (ao menos perante o direito brasileiro) afirmar que o serviço se qualifica como público *porque* de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado *por ser* público. Portanto, a atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico-jurídico, o serviço é público *antes* de ser estatal. [...]

Em síntese: um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal, nem por ser desenvolvido sob regime de direito público. Essas duas são consequências da existência de um serviço público.¹⁸¹

Após a vasta análise doutrinária, entende-se ser o serviço público de titularidade estatal, não sendo possível esta ruptura e transferência a particulares, ainda que com colaboração com o Poder Público. Outrossim, corrobora-se a ideia de Marçal Justen Filho, para quem a titularidade estatal e regime jurídico de Direito Público são consequências e não causas para se determinar um serviço como público. Em verdade, é a essencialidade dos direitos fundamentais o vetor a ser garantido e alcançado com a prestação dos serviços públicos.

3.2 Desestatização e privatização

Em meados dos anos de 1980, uma “onda” de privatização ocorreu no mundo ocidental, transformando as características da Administração Pública desses países e promovendo uma nova tendência em seus conceitos e institutos. Segundo Odete Medauar, as noções de liberalização, desregulamentação, privatização¹⁸² e desestatização, além de não serem precisas e serem utilizadas indistintamente, estão conectadas à execução e à disciplina legal dessas atividades.¹⁸³

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 691-692.

¹⁸² Gaspar Ariño Ortiz aduz que a palavra “privatização” encerra significado e fenômenos diversos: a) *político* (processo de mudança da sociedade e do Estado); b) *jurídico* (transferência de propriedades estatais aos particulares, devolução de serviços geridos pelo Poder Público para a gestão privada e a utilização de formas privadas de gestão); c) *econômica e financeira* (o alto custo para manutenção das empresas públicas e a necessidade de redução do déficit público). ORTIZ, Gaspar Ariño. **Lecciones de administración (y políticas públicas)**. Madrid: Iustel, 2011, p. 830-833.

¹⁸³ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 248.

Assim, para a autora, a *liberalização* consiste na “supressão de normas estatais incidentes sobre determinadas atividades dos particulares e por vezes a modificação do conteúdo dessas normas”.¹⁸⁴ Amparada em estudos de Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, ensina que a *desestatização* “significa mais autonomia da sociedade para decidir seu destino, com menos presença do Estado”.¹⁸⁵ Nesse sentido, a desestatização pode se dar mediante desregulamentação ou privatização. A *desregulamentação (deregulation)* “consiste na eliminação total ou parcial de normas estatais incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas”.¹⁸⁶ Por fim, segundo os referidos estudos, a *privatização* abrange, em sentido amplo, “vários mecanismos de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado; em sentido restrito, diz respeito à transferência de empresas estatais ao setor privado”.¹⁸⁷

O primeiro fenômeno implementado no Brasil com o objetivo de redesenhar a participação e o papel do Estado como prestador de serviços públicos foi a desestatização.¹⁸⁸ Com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi instituído o Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogado pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997¹⁸⁹, que manteve, basicamente, as mesmas premissas e aspectos do programa inicial. O art. 1º da referida lei dispõe sobre os objetivos fundamentais do Programa:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 248.

¹⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 249.

¹⁸⁸ Ao contrário de um modelo anterior de estatização, no qual o “Estado assume a atividade na área econômica determinada, criando os órgãos e entes para tal fim”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 445.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm#art35>. Acesso em: 10 set. 2015.

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Percebe-se claramente, portanto, que as finalidades do Programa levam a uma readequação do papel do Estado na economia, bem como de sua relação com a iniciativa privada, levando em conta o foco do setor público nas áreas mais essenciais para a consecução das prioridades nacionais, e o fortalecimento do setor empresarial, tendo em vista a dinâmica e a competitividade inerentes ao mercado.¹⁹⁰

Washington Peluso, numa análise percuciente em termos político-econômicos, critica bastante os resultados obtidos em face dos objetivos anunciados no dispositivo legal ora focalizado. Acentua que o citado art. 1º, por se tratar de norma-objetivo, vincula o legislador às finalidades lá previstas e compromete a confiança depositada pelo detentor do direito ou destinatário da norma – o cidadão, que passaria a ter direito de recorrer ao Poder Judiciário para reclamar do não alcance dos objetivos legais inerentes ao Programa Nacional de Desestatização.¹⁹¹

Vale salientar a diferença entre "desestatização" e "privatização". De modo claro e objetivo, Carvalho Filho anota: "*desestatizar* significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que *privatizar* indicar tornar algo privado, converter algo em privado."¹⁹² Já Washington Peluso, apontando também a imprecisão terminológica, refere-se ao fenômeno da *desestatização* aludindo à extinção das empresas criadas por lei, pelo e para o Estado, enquanto a *privatização* consiste no retorno ao particular das

¹⁹⁰ O processo de privatização também foi realizado em vários outros países, a exemplo da Argentina, cujas finalidades buscadas se assemelham às brasileiras. Neste sentido, Héctor Belisario Villegas reúne as seguintes vantagens das privatizações: a) eliminação do gasto público (na medida em que desaparecem os aportes estatais para cobrir déficit operativo e de financiamentos); b) novos investimentos (as empresas privatizadas e as empresas concessionárias devem realizar investimentos para modernização e expansão); c) aumento de eficiência (a melhoria se alcança através de uma utilização mais racional de pessoal, de compras de insumos por preços menores e por um sistema mais adequado de decisões empresariais); d) redução da dívida externa (ao utilizar-se da capitalização da dívida externa, ela se reduz sem ocasionar efeito inflacionário). VILLEGAS, Hector Belisario. **Curso de Finanzas, Derecho Financeiro y Tributário**. 9 ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 72.

¹⁹¹ SOUZA, 2005, p. 366-367.

¹⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 333.

empresas privadas que lhe pertenceram anteriormente, mas que teriam passado à propriedade do Estado por motivos diversos.¹⁹³

Egon Bockman Moreira, ao trabalhar os conceitos de desestatização e privatização, parte das premissas de serviços públicos e das atividades econômicas. Assim, preconiza que a transferência de empresas, bens e serviços públicos à iniciativa privada pode ser feita de modo *formal* ou *substancial*. Caso o Estado persista como titular da empresa, bem ou serviço, transferindo à iniciativa privada apenas a atividade executiva ou de gestão, tem-se a chamada *desestatização formal ou de gestão*. No caso de o Estado abdicar da titularidade desses bens, empresas ou serviços, há a chamada *desestatização substancial ou absoluta*, também chamada de *privatização*.¹⁹⁴

O art. 2º, §1º, alínea *b*, da Lei nº 9.491/97, revogada da Lei nº 8.031/90, traz, entretanto, uma definição legal de "desestatização", que aproxima esse vocábulo do sentido de "privatização" definida na lei anterior revogada:

Art. 2º (...)

§ 1º Considera-se desestatização:

a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;

b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. (grifamos)

c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

Pode-se depreender, deste novo conceito de desestatização, o fato de que a estratégia governamental está calcada em três pontos principais: (i) alienação de direitos ou poder de participação nas deliberações de empresas públicas ou sociedades de economia mista; (ii) transferência de execução de serviços públicos para a iniciativa privada; (iii) transferência de direitos sobre bens públicos.

Para Fernando Facury Scaff, o processo de privatização somente seguiu adiante em face de modificações ocorridas na constituição econômica formal (conjunto de todas as normas referentes à matéria econômica em uma Constituição). Assim, o Brasil

¹⁹³ SOUZA, 2005, p. 366.

¹⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockman. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros/SBDP, 2010, p. 20-21.

passou de uma economia de mercado nacionalista e com forte planejamento estatal para o oposto, ou seja, intensiva participação de capital estrangeiro, em razão da abertura da economia brasileira pautada no fenômeno da globalização.¹⁹⁵

Corolário inexorável desta nova estratégia governamental - transformação dos serviços descentralizados por delegação legal em serviços descentralizados por delegação negocial - foi a criação das agências reguladoras. Assim, no Brasil, principalmente após a Lei nº 9.491/97, surgiram várias agências reguladoras para os mais diversos setores de infraestrutura e serviços, tais como energia elétrica (ANEEL¹⁹⁶), telecomunicações (ANATEL¹⁹⁷) e petróleo (ANP¹⁹⁸), estas no âmbito federal, bem como no âmbito estadual (ARSESP¹⁹⁹, AGERGS²⁰⁰, ARCE²⁰¹) e municipal (ARSAL²⁰², ARSBAN²⁰³, ACFOR²⁰⁴).

3.3 Concessões, permissões e outras modalidades de prestação de serviços públicos

Datam do final do século XIX e início do século XX, no Brasil, as primeiras concessões para o atendimento dos mais importantes e dispendiosos serviços públicos,

¹⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 96, jul./set. 2003.

¹⁹⁶ Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

¹⁹⁷ Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, criada pela Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. (Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

¹⁹⁸ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, criada pela Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. (Disponível em: <<http://www.anp.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

¹⁹⁹ Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP, criada pela Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007. (Disponível em: <<http://www.arsesp.sp.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

²⁰⁰ Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS, criada pela Lei Estadual nº 10.931, de 9 de janeiro de 1997. (Disponível em: <<http://www.agergs.rs.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

²⁰¹ Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, criada pela Lei Estadual nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997. (Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

²⁰² Agência Reguladora e Fiscalizadora de Serviços Públicos de Salvador – ARSAL, criada pela Lei Municipal nº 6.267, de 20 de setembro de 2001. (Disponível em: <<http://www.arsal.al.gov.br>>. Acesso em 15 mar. 2016)

²⁰³ Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal – ARSBAN, criada pela Lei Municipal nº 5.346, de 28 de dezembro de 2001. (Disponível em: <<http://www.natal.rn.gov.br/arsban/>>. Acesso em 15 mar. 2016)

²⁰⁴ Autarquia de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental do Município de Fortaleza – ACFOR, criada pela Lei Municipal nº 9.500, de 25 de setembro de 2009. (Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br/acfor>>. Acesso em 15 mar. 2016)

tais como luz, água, esgoto, gás, telefone, transportes urbanos e ferroviários.²⁰⁵ O cuidadoso tratamento constitucional da matéria, contudo, somente adveio com a Constituição Federal de 1988, numa tentativa de trazer soluções modernas para os problemas atinentes aos serviços públicos no Brasil, mediante o somatório e o compartilhamento de esforços entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Após a experiência do Estado-Providência – restando evidenciada a clara incapacidade do Poder Público de realizar todas as atividades públicas primárias, bem como de desenvolver atividades empresariais complexas, cujas soluções se demonstraram de caráter e grau de eficiência próprias da iniciativa privada – o instituto da concessão ressurgiu na atual ordem jurídica, traçando os quadrantes mais claros de atuação tanto do Poder Público como da iniciativa privada, no fomento público e nas mais diversas atividades econômicas.

Feito este breve introito, é mister analisar os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se definir sua natureza jurídica, características, princípios e finalidades.

Hely Lopes Meirelles define o contrato de concessão de serviços públicos como “o documento escrito que encerra a delegação do poder concedente, define o objeto da concessão, delimita a área, forma e tempo da exploração, estabelece os direitos e deveres das partes e dos usuários dos serviços”.²⁰⁶ A concessão é conceituada por Moreira Neto como um “*contrato administrativo através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares, sob regime misto: público e privado*”.²⁰⁷ Na relação jurídica da concessão, há três partes: o Poder Público concedente, o concessionário e o usuário.²⁰⁸ Há responsabilidade solidária entre o Poder Público concedente e o concessionário na prestação de serviço público ao usuário.

²⁰⁵ MOREIRA NETO, 2014, p. 481.

²⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 342.

²⁰⁷ MOREIRA NETO, 2014, p. 483.

²⁰⁸ Romeu Felipe Bacellar Filho também corrobora a natureza contratual das concessões de serviços públicos. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 25-37.

Para Moreira Neto, são características da concessão de serviços públicos: imperatividade, validade (presunção de veracidade e juridicidade), eficácia (decorrente da presumida validade), exequibilidade (possibilidade de ser executada de imediato), executoriedade (atributo inerente à Administração Pública no zelo pelo interesse público), bilateralidade (referente à produção dos efeitos na prestação do serviço público), comutatividade (equivalência das prestações recíprocas), onerosidade (existência de obrigações de valor econômico) e instabilidade (quanto à existência e ao conteúdo da relação contratual).²⁰⁹

Em sentido diverso, Celso Antônio Bandeira de Mello não entende ter a concessão de serviço público natureza contratual, mas sim de ato convencional. Com base no instituto da concessão, o Estado outorga o exercício de um serviço público a outrem que o prestará, por sua conta e risco, nas condições fixadas unilateralmente pelo Poder Público. Para a exploração deste serviço público, o prestador será remunerado, geralmente mediante tarifas a serem cobradas aos usuários dos serviços, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.²¹⁰

Vitor Rhein Schirato entende ter a concessão de serviço público natureza contratual, fundamentando-se sobre dois pressupostos: a) a manifestação de vontade do particular prestador do serviço é fundamental para a formação do vínculo contratual com o Poder Concedente; b) o fato de o particular prestador do serviço não ter ampla liberdade de discussão das cláusulas e condições, por serem estas estabelecidas unilateralmente pelo Poder Público, não desnatura o vínculo, por ser um *contrato de adesão*.²¹¹

As concessões de serviços públicos nada mais são, para Vitor Rhein Schirato, do que “mecanismos de contratação de um particular para que este, em nome e lugar do Estado, preste um serviço público”²¹². As concessões são verdadeiras modalidades de privatização, em sentido amplo, de atividades econômicas públicas, transferindo-as a

²⁰⁹ MOREIRA NETO, 2014, p. 483-484.

²¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 641.

²¹¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 199-200, out./dez. 2005.

²¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 148.

particulares.²¹³ Complementa, ressaltando a necessidade de proceder à diferenciação de tal conceito dos efeitos da concessão (direitos e obrigações impostos ao particular, contrapartidas, garantias, dentre outras condições da avença). E finaliza, asseverando que as concessões de serviços públicos são obrigações de *fim*, e não de *meio*.²¹⁴

Fixada premissa quanto à natureza contratual da concessão de serviços públicos, é necessário abordar os princípios constitucionais vetores da concessão. De acordo com Moreira Neto²¹⁵, são princípios constitucionais setoriais atinentes à concessão de serviços públicos: a) da licitação; b) da contratação; c) da participação dos usuários; d) da tarifa política; e) do serviço adequado.

O princípio da *licitação*, previsto no art. 175 da vigente Carta Federal²¹⁶, atribui condição de validade à contratação pública e é regido pelos critérios da legalidade, igualdade, publicidade, moralidade, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório²¹⁷. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no dispositivo constitucional citado.

Na lei de concessões e permissões, inferem-se duas modalidades de concessão (art. 2º): a de serviços públicos (inciso II) e a de serviço público precedida de execução de obra pública (inciso III). Em ambos os casos, a modalidade licitatória estabelecida é a de concorrência.²¹⁸ A peculiaridade da licitação nas concessões de serviços públicos é o julgamento do certame, cujos critérios a serem seguidos são aqueles

²¹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 223.

²¹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 150.

²¹⁵ MOREIRA NETO, 2014, p. 484-485.

²¹⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

²¹⁷ BRASIL. Lei Federal 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: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

²¹⁸ Ressalva-se apenas a concessão na prestação de serviços de telecomunicações, cuja modalidade licitatória é o leilão, consoante disposto na Lei Federal nº 9.074/95. BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorgas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

previstos no art. 15 da Lei nº 8.987/95. De resto, a licitação segue os ditames da Lei nº 8.666/93²¹⁹.

O princípio da *contratação*, disposto no inciso I do parágrafo único do art. 175 da CF/88²²⁰, consiste no próprio instrumento da transferência de execução do serviço público, cujas características são o risco privado, a terceirização e a reversibilidade²²¹. Os riscos do negócio consistem na álea ordinária do contrato de concessão de serviço público, cabendo a este e não ao Poder Público ser alvo de eventuais prejuízos decorrentes de ineficiência, negligência ou imperícia na manutenção e prestação dos serviços públicos²²². Em verdade, percebe-se ser diminuta a área de abrangência da álea ordinária no Direito brasileiro, por se restringir apenas a questões de incapacidade técnica do concessionário de serviço público, ao passo que a álea extraordinária está toda resguardada pelos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Baseado na ideia de justiça econômica, bem como pautado na realização dos objetivos republicanos contidos na Constituição – precisamente o da prevenção das desigualdades sociais – Hely Lopes Meirelles aproxima os conceitos de equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro:

Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar

²¹⁹ BRASIL. **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

²²⁰ “Art. 175. (...) Parágrafo único – (...). I – a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”.

²²¹ Cf. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²²² Exemplo expresso de risco da gestão privada da atividade concessionada encontra-se na Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009 (Lei do Gás), que trata das atividades relativas ao transporte de gás natural. Em seu artigo 3º, resta clara que a “atividade de transporte de gás natural será exercida por sociedade ou consórcio cuja constituição seja regida pelas leis brasileiras, com sede e administração no País, **por conta e risco** do empreendedor”. (grifou-se)

os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro.²²³

Apesar, no entanto, da clássica e valiosa lição de Hely Lopes Meirelles, os conceitos há pouco referidos são distintos. De acordo com André Luiz Francisco da Silva Vital, o equilíbrio financeiro está refletido no resultado de uma fórmula matemática a que está submetido o valor do contrato, ao passo que o equilíbrio econômico se refere aos parâmetros econômicos inseridos nesta equação. A justa remuneração do objeto contratual resulta da conjugação do equilíbrio nos dois conceitos.²²⁴

O princípio da *participação dos usuários*, decorrente do direito fundamental à participação democrática, esculpido no parágrafo único do art. 1º da Carta Magna, é direito do usuário exigir serviço público de qualidade, bem como seu dever zelar pelos equipamentos públicos, o que legitima a participação do usuário nas decisões pertinentes aos serviços públicos; tal princípio se caracteriza pela publicidade, fiscalização (art. 30, parágrafo único, Lei nº 8.987/95), cooperação e liberdade de escolha dos usuários entre os prestadores de serviços (art. 7º, inciso III, Lei nº 8.987/95).

O princípio da *tarifa política* significa que a fixação da remuneração dos serviços públicos envolve não somente um caráter meramente econômico (tais como custos, remuneração da concessionária, expansão e aperfeiçoamento dos serviços) como também um aspecto político, segundo o inciso III do art. 175 da Constituição²²⁵, de modo a garantir uma generalidade na cobertura dos serviços, acessibilidade dos custos e harmonização dos interesses econômicos de todos os envolvidos; tal princípio se caracteriza pelo equilíbrio econômico-financeiro, pela modicidade tarifária²²⁶ e pela lucratividade.

A política tarifária na concessão de serviços públicos deve se pautar nas regras estabelecidas nos artigos 9º a 13 da Lei nº 8.987/95.²²⁷ A tarifa do serviço público

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 199.

²²⁴ VITAL, André Luiz Francisco da Silva. O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 21, out./dez. 2011.

²²⁵ “Art. 175 (...). III – política tarifária;”.

²²⁶ Segundo Vitor Rhein Schirato, o princípio da modicidade é aquele “segundo o qual a tarifa cobrada dos usuários pela fruição dos serviços deverá ser a menor possível para a adequada remuneração do prestador dos serviços”. *In: A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, p. 80, mar./abr. 2005.

²²⁷ Note-se que os arts. 8º e 12, que estão inclusos no Capítulo IV – Da Política Tarifária, foram vetados.

é fixada de acordo com o preço da proposta da vencedora da licitação, haja vista ser “o menor valor da tarifa do serviço a ser prestado” um dos critérios a serem considerados no julgamento da licitação (art. 9º, c/c art. 15, inc. I). Evidente é que a tarifa proposta não pode ser a mesma durante toda a execução do contrato de concessão do serviço público, cabendo a aplicação de mecanismos de revisão tarifária (previstos na lei, no edital e no contrato) para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, §2º, Lei nº 8.987/95).

A remuneração básica do concessionário de serviço público advém das tarifas cobradas diretamente aos usuários dos sobreditos serviços. Estas tarifas correspondem, a princípio, aos custos de operação e manutenção dos serviços públicos, razão pela qual refletem o preço da proposta vencedora da licitação. Por este motivo, as tarifas devem ser módicas, isto é, “acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade”.²²⁸ A modicidade das tarifas não significa preços baixos, mas um valor razoável, adequado e suficiente para cobrir os custos da prestação dos serviços públicos.

A fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviços públicos, mantendo as condições iniciais da proposta do licitante vencedor do certame, a Lei de Concessões estabelece a necessidade de haver mecanismos de revisão das tarifas dos serviços públicos. Aliás, essa é uma das cláusulas essenciais ao contrato de concessão: o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas (art. 23, IV, Lei nº 8.987/95).

É mister distinguir, portanto, o mecanismo da revisão e o do reajuste das tarifas. Reajustar significa apenas atualizar a tarifa, mantendo os fatores iniciais de sua composição. É a maneira de alterar o valor nominal da tarifa, mas sem mudanças substanciais, sem elementos novos em sua composição. Geralmente, essa recomposição tarifária acompanha a variação normal dos preços dos insumos utilizados na prestação dos serviços públicos, existindo na atual realidade macroeconômica brasileira variados

²²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 673.

indicadores econômicos e financeiros de medida da inflação, que podem refletir os mais variados setores da atividade econômica (ex: IPC, IPCA, IGPM, IGP, INPC, etc.)

Por outro lado, a revisão tarifária é “uma *reconsideração ou reavaliação do próprio valor original* tomado em conta *como adequado* para enfrentar equilibradamente os encargos”.²²⁹ Na revisão, há uma alteração substancial da tarifa, e não mera mudança numérica. Fatores supervenientes podem influenciar e representar causas efetivas de revisão das tarifas públicas, tais como: a) alteração unilateral do contrato (art. 9º, §4º, Lei nº 8.987/95); b) medidas supervenientes tomadas pelo Poder Público, mas não na qualidade de poder concedente (situações chamadas de fato do príncipe²³⁰, v.g., a elevação de tributos previstas no §3º do art. 9º); c) ocorrência de eventos imprevisíveis que afetam o equilíbrio econômico dos contratos (situações chamadas de teoria da imprevisão²³¹).

Nada obstante a obrigatoriedade legal de tarifas módicas, há previsão legal para fontes alternativas, complementares ou acessórias de receitas pelo concessionário de serviços públicos (art. 11, Lei nº 8.987/95). Desde que previstas também no edital de licitação e no contrato, os concessionários de serviços públicos podem auferir outras receitas, dado o caráter lucrativo inerente ao negócio, pela veiculação de publicidade, exploração de áreas de subsolo ou contíguas à obra pública, dentre outras.

O princípio do *serviço adequado* consiste numa obrigação constitucional genérica atinente às prestações de serviços públicos, cujo objetivo é prover a maior satisfação possível de todos os usuários, tomados individual e coletivamente. Deste

²²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 674.

²³⁰ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pela Teoria do Fato do Príncipe, “o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, *por ato seu*, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário”. *Op. cit.*, p. 677.

²³¹ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, pela Teoria da Imprevisão, “o Poder Público deve arcar *parcialmente* – e não integralmente, como no caso da teoria do fato do príncipe – com os prejuízos que resultam para o concessionário de acontecimento (fato ou ato) *imprevisível*, ao qual os contraentes não hajam dado causa, e que provoque *profundo* e *substancial* desequilíbrio da equação econômico-financeira, tornando ruína, embora *não impossível* (que este seria o caso da força maior), a prestação do serviço para o concessionário.” *Op. cit.*, p. 677.

princípio derivam oito operativos: generalidade, continuidade, regularidade, atualidade, eficiência, segurança, cortesia e competitividade.²³²

Exatamente por ser prestado em benefício da coletividade, o interesse público é diretriz norteadora da concessão de um serviço público a ser prestado a todos, em caráter geral, indistintamente. Os serviços públicos concessionados só se mostram adequados quando abrangem a população em geral, propiciando a todos a possibilidade de usufruir do serviço, mediante o pagamento das tarifas. Isto não obsta a existência de tarifas diferenciadas em função das características dos serviços e dos usuários (art. 13, Lei nº 8.987/95). Ademais, é possível a estipulação de subvenções tarifárias ou faixas de isenção de tarifas para certos segmentos de usuários (ex: cidadãos de baixa renda).

A continuidade deriva precisamente da essencialidade do serviço, como bem aponta Leila Cuéllar: “O princípio da continuidade deriva da natureza essencial, indispensável do serviço público, bem como do interesse geral que o serviço satisfaz.”²³³ A regra da continuidade do serviço públicos somente pode ser excepcionalizada, ou seja, o serviço poderá ser interrompido em situação de emergência ou após prévio aviso, quando (art. 6º, §3º): “motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações” (inciso I) e “por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (inciso II).

Regularidade é a qualidade de ser regular. Afirmar ser um serviço regular é dizer que sua prestação é normal, sem irregularidades. Por sua vez, a continuidade se refere mais ao aspecto temporal, ou seja, a prestação do serviço público deve ser realizada, via de regra, sem interrupções, a regularidade diz respeito ao aspecto qualitativo; o serviço regular é aquele prestado sem anomalias, sem diferenças abruptas quanto ao seu conteúdo, seja em face dos usuários ou em razão do local onde for prestado (ex: serviço público de boa qualidade em bairros nobres e de péssima qualidade, ou inexistentes, em bairros periféricos).

A prestação do serviço público concedido deve se manter sempre atualizada, ou seja, buscando implantar as técnicas, equipamentos e instalações mais modernos, bem

²³² Cf. art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

²³³ CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 140.

como promover a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §2º, Lei nº 8.987/95). Em verdade, a busca permanente por novas técnicas e/ou equipamentos e instalações mais modernos consiste justamente na preocupação em se prestar um serviço público pautado pelo interesse da coletividade.

Sobre a importância das concessões de serviços públicos para a infraestrutura atual do Brasil, Vitor Rhein Schirato obtempera, independentemente de concepções político-econômicas adotadas, não haver uma crise do Estado Brasileiro, mas da infraestrutura brasileira. Acentua que o País não dispõe de capacidade financeira e material para solucionar o enorme déficit de sua infraestrutura, o que atestaria e comprovaria a falência do modelo estatizante, razão pela qual defende, de modo impositivo, a parceria com a iniciativa privada para a realização das finalidades públicas.²³⁴ Assim conclui:

Por isso, não temos qualquer temor em falar que a adoção da concessão de serviço público para a reforma, a ampliação e a criação de infraestrutura no Brasil está longe de representar uma crise do Estado, mas, sim, está a representar instrumento precioso para a satisfação dos interesses públicos. Em decorrência desta conclusão, é precioso, sempre, ver o instituto da concessão como instrumento para a solução de problemas existentes, e não como empecilho para a realização das necessidades coletivas.²³⁵

As parcerias com a iniciativa privada constituem mecanismos de racionalização do uso de recursos públicos, acarretando menos dispêndios financeiros estatais, mas visando a um alcance efetivo do interesse público e das necessidades coletivas.

Eficiência é uma virtude que denota a capacidade de algo produzir um efeito real. Serviço público eficiente é aquele prestado que atende aos anseios dos usuários, aos objetivos, em face dos quais fora criado.

Interessante perspectiva metodológico-filosófica sobre a eficiência faz Fernando Araújo, quando da análise econômica dos contratos. Tendo em vista as atuais sociedades abertas e pluralistas, o Jurista português procura dar primazia ao valor *eficiência*, pautado na doutrina do *Law and Economics*, aproximando-o do valor justiça. Noutros termos, a estabilidade das relações contratuais se baseia na vinculação e

²³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 142-144.

²³⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 145.

confiança entre as partes, no menor nível possível dos custos de transação, na liberdade de trocas balizadas comutativamente e no justo preço.²³⁶

Neste sentido, nos contratos de concessão de serviços públicos, a solução jurídica da eficiência é garantir a otimização dos recursos, evitando desperdícios em razão de sua escassez, preservando o equilíbrio do contrato e proporcionando a realização material do objeto contratual, qual seja, a prestação do serviço público aos usuários.

Segurança é a ação ou efeito de tornar seguro, firme, estável. Serviço público prestado com segurança é aquele em que não há riscos para o usuário, livre de perigos ou danos para sua condição física. Dependendo do serviço público prestado, o grau de risco varia para o usuário, devendo este ser avisado dos eventuais perigos no correto uso do serviço, no manuseio de equipamentos e/ou instalações e nas manutenções das estruturas.

Cortesia é o atributo ou característica daquilo que se exprime de modo cortês. Serviço adequado existe quando se identifica, em sua prestação, a educação no trato com os usuários daquele serviço. Não adianta a verificação de um serviço cumpridor de horários, por exemplo, mas prestado com ausência de urbanidade, com incivilidade e sem o fino trato por parte dos prestadores – seja do próprio Poder Público (na prestação direta), seja dos delegatários (nas concessões e permissões).

Competitividade é a qualidade de quem é competitivo, capaz de enfrentar uma competição comercial, seja por oferecer preços mais baixos, seja pela eficiência, ou por outros atrativos. Em verdade, a característica da competitividade nos serviços públicos existe apenas num ambiente de livre mercado, e não em regime de monopólio. Não se pode inferir, contudo, que nos regimes monopolistas não se possa identificar um serviço adequado. Tudo vai depender das regras referentes ao modo de prestação do serviço e do modelo regulatório adotado.

De acordo com Marçal Justen Filho, há três espécies de concessões: a) concessão propriamente dita; b) concessão-descentralização; c) concessão-convênio.²³⁷ Quando o Estado transfere a prestação do serviço público a particular, sendo este

²³⁶ ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos. Parte III: O anti-seguro. O incentivo à eficiência e a separação dos objetivos de prevenção do risco e de reparação do dano. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 56-57, out./dez. 2007.

²³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 125.

incumbido da organização e produção das atividades, segundo critérios econômicos previamente estabelecidos pelo próprio concessionário, tem-se a concessão propriamente dita. Exemplo deste tipo de concessão tem-se na prestação dos serviços de energia elétrica no Brasil, *v.g.*, pela Companhia de Energia Elétrica do Ceará (COELCE), conforme se depreende do objeto de seu Contrato de Concessão²³⁸ e nos Sistemas de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias no Estado do Rio de Janeiro.²³⁹

Na concessão-descentralização, como o próprio nome indica, ocorre uma descentralização na prestação do serviço público de um Ente Central para um ente integrante da Administração indireta. Um exemplo deste tipo de concessão é a prestação de serviços públicos de saneamento básico (água e esgoto) realizados pelos Serviços Autônomos de Água e Esgoto (SAAEs), *v.g.*, o SAAE de Guarulhos, no Estado de São Paulo²⁴⁰. Assim caracteriza Marçal Justen Filho esse tipo de concessão:

Não há transferência de gestão do serviço para órbita alheia, nem existem interesses distintos de concedente e concessionário. Não existe um concessionário, como sujeito com interesses próprios. A prestação do serviço não é retirada da órbita administrativa do sujeito que é titular para sua prestação.²⁴¹

Já na concessão-convênio, há uma soma de esforços e interesses entre dois ou mais entes federativos, com o intuito de desempenhar suas funções administrativas e

²³⁸ A Cláusula Primeira – Do Objeto do Contrato de Concessão de Distribuição nº 01/98 – ANEEL regula a exploração dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica objeto da concessão de que é titular a Concessionária. No tocante aos limites da concessão, vale destacar a Quarta Subcláusula da Cláusula Primeira: “A CONCESSIONÁRIA aceita que a exploração dos serviços de energia elétrica que lhe é outorgada deverá ser realizada como função de utilidade pública prioritária, comprometendo-se a somente exercer outra atividade empresarial com prévia comunicação à ANEEL e desde que as receitas auferidas, que deverão ser contabilizadas em separado, sejam parcialmente destinadas a favorecer a modicidade das tarifas do serviço de energia elétrica, que será considerada nas revisões de que trata a Sétima Subcláusula da Cláusula Sétima deste Contrato.”

²³⁹ Os Sistemas de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro foram concedidos à iniciativa privada, sendo atualmente prestados pelas seguintes empresas, respectivamente: CCR Barcas, Supervia, MetrôRio, CCR Via Lagos e Rota 116. Tais serviços são prestados mediante concessão (não se verificam permissões, a despeito da possibilidade legal), sendo regulados e fiscalizados pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, conforme disposto na Lei Estadual nº 4.555, de 6 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.agetransp.rj.gov.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁴⁰ O SAAE de Guarulhos é organizado sob a forma de autarquia municipal, com personalidade jurídica de direito público, sede e foro na cidade de Guarulhos, o Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) de Guarulhos foi criado em 30 de junho de 1967 com a força da Lei nº 1.287. Dentro dos limites estabelecidos em lei, o SAAE de Guarulhos dispõe de autonomia administrativa, financeira e patrimonial. Vide sítio eletrônico: <<http://www.saaegarulhos.sp.gov.br:8081/sobre-o-saae-guarulhos>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 125.

políticas, conjuntamente, na prestação de um serviço público, cujo fundamento constitucional é o artigo 241. E complementa Marçal Justen Filho:

Para buscar a realização desse interesse comum, atribui-se o desempenho do serviço a um sujeito específico, integrante da Administração Pública. Racionaliza-se o desempenho do serviço público e se atenuam inconvenientes derivados da pluralidade de ordens políticas e a fragmentação administrativa.²⁴²

Com base na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007²⁴³, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, define-se a *gestão associada* como a “associação voluntária de entes federados, por convênio de cooperação ou consórcio público, conforme disposto no art. 241 da Constituição Federal” (art. 3º, inciso II). A concessão-convênio, assim chamada por Marçal Justen Filho, é justamente a modalidade da gestão associada, como uma das modernas maneiras de prestação de serviços públicos²⁴⁴. Vale salientar, ainda, que, no caso de gestão associada, há possibilidade de adoção dos mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação (art. 24, Lei nº 11.445/2007).

Um exemplo deste tipo de concessão é a prestação de serviços públicos de saneamento básico (água e esgoto), *v.g.*, pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE em vários municípios cearenses. Em face da obrigatoriedade de formulação de políticas públicas de saneamento básico, bem como da necessidade de definição de um ente responsável pela fiscalização e pela regulação dos sobreditos serviços (arts. 8º e 9º, inciso II, Lei Federal nº 11.445/2007), diversos municípios cearenses, necessariamente mediante autorização legislativa local – aqueles que não prestavam diretamente os serviços de saneamento básico (água e esgoto) – celebraram convênio de cooperação com o Estado do Ceará, de modo que os mencionados serviços fossem prestados pela CAGECE. Ademais, na mesma lei municipal, restou autorizada também a municipalidade a firmar convênio com a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado

²⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 125.

²⁴³ BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

²⁴⁴ Para fins deste trabalho, prefere-se a expressão “gestão associada” à “concessão-convênio”, pois aquele primeiro define melhor as características e as diretrizes expressas no art. 241 da Carta Magna para o moderno federalismo de cooperação. A despeito dessa opção, as outras duas modalidades de concessão trazidas por Marçal Justen Filho são perfeitamente aplicáveis e distinguíveis uma da outra.

do Ceará – ARCE, com a finalidade de delegar a esta a regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Nas chamadas concessões impróprias (concessão-descentralização e concessão-convênio), Marçal Justen Filho entende pela desnecessidade de realizar licitação, por não estarem sujeitas ao disposto no artigo 175 da Constituição Federal, haja vista inexistir outorga de serviço público:

A atribuição dos serviços público a uma entidade integrante da Administração Indireta, no caso de descentralização, não caracteriza concessão nem permissão. Não há, por isso, necessidade de prévia licitação. Nem seria possível cogitar de disputa, tendo em vista que a Administração não está em busca de uma proposta mais vantajosa. A Administração nada receberá como contrapartida da atribuição do serviço, o qual não será desempenhado por particulares, por conta e risco próprios – mas por entidade sob controle do próprio ente titular da competência para prestação do serviço. Trata-se de mera técnica de gerenciamento da atividade pública, como visto acima.

Algo similar pode ser apontado quando a outorga fizer-se em virtude de convênio, em que se associam diversas pessoas políticas para melhor desempenho dos próprios serviços. Tampouco haveria sentido de realizar-se o convênio, as pessoas políticas conjugaram seus esforços, criarem entidades para prestação de serviço público que interessa a todas elas e, em seqüência, promoverem licitação para os mesmos serviços. Se é juridicamente viável o convênio e podem diversas pessoas políticas associar-se para ampliar a eficiência na prestação de seus serviços públicos, nem se caracteriza concessão nem incide o dispositivo que impõe a prévia licitação.²⁴⁵

Se não há outorga de serviço público nas chamadas concessões impróprias, permanecendo o controle da atividade com o próprio ente público titular do serviço, revela-se desnecessária a realização do procedimento licitatório, haja vista sua obrigatoriedade estar vinculada à contratação de terceiros (art. 2º da Lei nº 8.666/93). Ainda que estas entidades concessionárias consistam em pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, criadas por lei e tenham autonomia financeira, administrativa, funcional e orçamentária, são, na prática e na realidade brasileiras, um “braço do Estado” na prestação de serviços públicos.

Por último, mister é asseverar que as concessões no Brasil se difundiram como um dos instrumentos mais utilizados pelos entes federados nos mais diversos setores de serviços (v.g., saneamento básico, transportes, energia elétrica, telefonia) e infraestrutura (v.g., petróleo, rodovias, portos e aeroportos). No que tange aos serviços

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 192.

públicos, as concessões realizadas, fruto das reformas estatais dos anos de 1990, tinham e tem como claro objetivo tornar o Estado mais enxuto, menos burocrático e mais eficiente, legando à iniciativa privada a realização de tais atividades, mas não se olvidando do fato de se cuidar do interesse público.

Além das concessões de serviços públicos, também se mostra necessário tecer algumas considerações acerca da permissão de serviços públicos. Tradicionalmente, a permissão consiste num ato discricionário da Administração Pública que aquiesce em relação à prática de um ato pelo particular, voltado ao interesse público. Portanto, é um ato unilateral do Poder Público.

Não obstante essa característica da unilateralidade, a doutrina administrativista mais moderna vislumbra um “embrião de bilateralidade” nas permissões, considerando-as como atos administrativos negociais²⁴⁶ ou atos receptícios.

No que diz respeito às permissões de serviços públicos, o art. 175 da Constituição Federal de 1988 cuidou de submetê-las ao mesmo regime contratual das concessões de serviços públicos, em especial ao prévio procedimento licitatório. A aproximação jurídica dos dois institutos, especialmente ao aplicar a característica contratual às permissões de serviços públicos, foi e continua sendo ponto de inúmeras críticas doutrinárias.²⁴⁷

A despeito das objeções doutrinárias, a desnaturação do instituto da permissão não se restringiu ao seio constitucional. Com a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos), a permissão restou definida como uma “delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. (Art. 2º, inciso IV)

Em verdade, mantida a equiparação do regime jurídico contratual com a concessão, a permissão de serviço público foi caracterizada como um *contrato de*

²⁴⁶ MOREIRA NETO, 2014, p. 174.

²⁴⁷ Neste sentido, a crítica de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “se tanto a *concessão* como a *permissão* fossem, ambas, modalidades *contratuais*, não haveria distinção alguma a ser feita, e o legislador constitucional teria sido superfetatório. A única exegese constitucional razoável seria, portanto, aquela que *preservasse a autonomia do instituto*, enquanto *ato unilateral* da Administração”. *Op. cit.*, p. 494.

*adesão*²⁴⁸, restando nítida a vontade do legislador federal de submetê-la também ao regime e à sistemática das licitações e contratações públicas (Lei Federal nº 8.666/93).

José dos Santos Carvalho Filho entende que a questão da natureza contratual da permissão de serviços públicos está pacificada em face da dicção legal prevista na Lei nº 8.987/95, inclusive também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴⁹, razão pela qual reúne apenas dois pontos distintivos entre os dois institutos: a) *quanto ao ente contratante* – “enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica”; b) *quanto à natureza do título* – enquanto a delegação é dotada de precariedade, a concessão não transpõe tal atributo.²⁵⁰

Como exemplo de permissão de serviços públicos sujeitos à atuação de uma entidade reguladora, pode-se indicar a prestação de serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, na modalidade complementar, no Estado do Ceará. A Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001, dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará²⁵¹. Tal serviço de transporte é classificado em regular e por fretamento (art. 3º). O regime de exploração dos serviços regulares se dá por meio direto (próprio Estado) ou mediante concessão e permissão (art. 4º). As permissões são formalizadas mediante termo de permissão, precedida de licitação, observadas as normas legais, regulamentares e pactuadas (art. 4º, §3º)²⁵². A diferença entre a adoção do regime de concessão e o de permissão para os serviços de transporte rodoviário de passageiros no Estado do Ceará se fixa no meio de transporte utilizado – concessão para linhas operadas por ônibus; permissão para linhas

²⁴⁸ Art. 40 A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

²⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIn nº 1.491-DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 01.07.1998. Brasília: STF, 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1491&processo=1491>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 397.

²⁵¹ CEARÁ. Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2001. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/leis?download=146%3Alei-estadual-13094-de-120101-&start=40>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

²⁵² Redação dada pela Lei Estadual nº 14.288, de 06 de janeiro de 2009.

operadas por miniônibus, veículos utilitários de passageiros e veículos utilitários mistos, conforme o disposto no §6º do artigo 4º.²⁵³

Também se verifica prestação de serviços públicos mediante permissão (além da concessão) no Serviço de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros no Estado do Rio Grande do Sul, cabendo à Fundação de Planejamento Metropolitano e Regional – METROPLAN as atividades de planejamento, coordenação, fiscalização e gestão do sistema (art. 7º, inciso I, da Lei Estadual nº 11.127, de 09 de fevereiro de 1998²⁵⁴) e à Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS regular esse serviço de transporte (art. 3º, parágrafo único, alínea g, da Lei Estadual nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997²⁵⁵).

O modelo tradicional de prestação dos serviços públicos descrito anteriormente, seja pela gestão direta, seja pela indireta, demonstra suas falhas, haja vista (i) a dinâmica das relações jurídicas envolvendo os administrados e a Administração Pública (Direta e Indireta), (ii) a evolução dos modos de organização societários, perante as transformações político-econômicas de um mundo globalizado; (iii) crescentes demandas da coletividade por novos e melhores modos de atendimento do interesse público.

²⁵³ “§ 6º As linhas radiais, diametrais e regionais, quando operadas por ônibus, serão outorgadas mediante concessão, e quando operadas por miniônibus, veículos utilitários de passageiros e veículo utilitário misto serão outorgadas por permissão. (Redação dada pela Lei nº 14.288, de 06 de janeiro de 2009)”

²⁵⁴ “Art. 7º - À Fundação de Planejamento Metropolitano e Regional - METROPLAN, como órgão de planejamento, coordenação, fiscalização e gestão do sistema instituído por esta Lei, compete privativamente: I - propor as concessões, permissões e autorizações de uso do transporte metropolitano coletivo de passageiros, a serem firmadas pelo Estado;”. RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual nº 11.127, de 09 de fevereiro de 1998. Institui o Sistema Estadual de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros - SETM, cria o Conselho Estadual de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros - CETM e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.127.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

²⁵⁵ “Art. 3º - Compete à AGERGS, a regulação dos serviços públicos delegados prestados no Estado do Rio Grande do Sul e de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual. Parágrafo único. A atividade reguladora da AGERGS será exercida, em especial, nas seguintes áreas: [...] g) transportes intermunicipais de passageiros, inclusive suas estações; (Redação dada pela Lei nº 11.292/98)”. RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2010.931.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

Antes monopólio do Estado, a execução administrativa dos interesses públicos passou por uma descentralização com diversos graus e modalidades distintas. Além da tradicional execução, pela Administração Pública, dos interesses públicos – seja direta, seja indiretamente – Moreira Neto indica a possibilidade de execução pela administração privada de interesses públicos, graças à abertura do espaço público não estatal a pessoas jurídicas de Direito Privado.²⁵⁶

Para enfrentar e tentar sanar estes problemas, várias experiências são implementadas com a finalidade de promover a adequada e eficiente prestação de serviços públicos, tudo com vistas ao interesse da coletividade, tais como gestão associada, convênios administrativos, contratos de gestão (organizações sociais), gestão por colaboração (organizações da sociedade civil de interesse público) e parcerias público-privadas.

3.4 Financiamento do Serviço Público

Fixadas as premissas acerca do conceito, natureza jurídica, titularidade e prestação dos serviços públicos no Brasil, necessário se faz referir às múltiplas modalidades de financiamento do serviço público. A adoção de um modelo jurídico de prestação do serviço pela Administração Pública corresponderá a um tipo de fonte de financiamento dessa prestação. Assim, do ponto de vista da origem dos recursos financeiros necessários ao custeio da prestação do serviço público, há os modelos da prestação direta, da concessão comum e o da concessão patrocinada.

No da prestação direta, o serviço público é prestado diretamente ao usuário pela própria Administração Pública sem qualquer custo. Em verdade, as despesas relativas ao serviço são custeadas pelas receitas gerais oriundas da arrecadação dos tributos ou demais fontes de receita pública. Pode-se inferir, então, que o custeio dessa modalidade de prestação de serviço público é arcado por toda a coletividade (usuários e não usuários). Exemplo de serviço público, no Brasil, prestado diretamente ao usuário

²⁵⁶ MOREIRA NETO, 2014, p. 139-140.

pela própria Administração Pública é a saúde pública, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Interessante ilação, sob o enfoque econômico, faz Fernando Vernalha Guimarães sobre o custeio do serviço público na modalidade de prestação direta:

Sob um prisma econômico, a hipótese pelo custeio do serviço público por receitas gerais advindas (também e principalmente) de impostos retrata a transferência de riqueza dos não-usuários para os usuários, uma vez que só esses contribuem para o consumo do serviço público. Desse modo, os não-usuários passam a financiar o custeio do serviço público sem usufruir de seu consumo. Sendo o uso da infra-estrutura um fato econômico, presuntivo de riqueza, é certo que seu custeio exclusivamente por receitas gerais importa na transferência de riqueza dos não-usuários aos usuários.²⁵⁷

Além do enfoque econômico, infere-se também o ponto de vista social da redistribuição de riquezas na adoção do sistema de prestação direta dos serviços públicos, haja vista a transferência de riquezas dos mais ricos para os mais pobres, demonstrativa do princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Neste sentido é a observação de Marçal Justen Filho: “o serviço público gratuito é suportado por meio de valores extraídos compulsoriamente dos segmentos da população titulares de maior riqueza”.²⁵⁸

Por fim, caracteriza-se o custeio do modelo da prestação direta de serviço público pela técnica da progressividade, na medida em que a maior parcela dos recursos financiadores do serviço público advém do segmento da população de maior riqueza. O aprimoramento da técnica da progressividade no custeio do serviço público prestigia o princípio da solidariedade.

No modelo concessório comum, o financiamento da prestação do serviço público é arcado pelos usuários desses serviços, restando, portanto, desonerados os não usuários. Destarte, em vez dos custos dos serviços público serem arcados pela receita geral dos impostos, por toda a coletividade (como no modelo de prestação direta), no modelo de concessão, a prestação do serviço público é financiada por aquele que efetivamente consome o serviço e na proporção que o faz, revelando aí o princípio do benefício ou da retribuição.

²⁵⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O custeio do serviço público: a concessão patrocinada como via à implementação de tarifas sociais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 121, jan./mar. 2009.

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 70.

Aludindo ao princípio do benefício no modelo concessório, Fernando Guimarães explica que a remuneração dos serviços públicos pode ser feita mediante taxas ou tarifas, sendo exceção o regime da gratuidade. Ante a insuficiência de recursos para o custeio de todas as prestações de serviço público,

[...] o oferecimento generalizado de prestações de utilidade pública (divisíveis, inclusive) sem custo aos usuários esbarraria na sua impraticabilidade ante a inexistência de receitas públicas suficientes ao seu custeio. Alude-se então à reserva do possível, como o reconhecimento de que os recursos públicos são escassos e insuficientes a garantir todos os direitos e a custear todas as prestações estatais em benefício da comunidade.²⁵⁹

Com o advento da concessão patrocinada, pela Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), estipulou-se um sistema misto de financiamento do serviço público, ou seja, a estrutura remuneratória da concessão compreende recursos públicos oriundos de receitas estatais (portanto, financiada por toda a sociedade – usuários e não usuários) como receitas tarifárias (como prestação pecuniária paga pelos usuários).

Para Fernando Magalhães, a concessão patrocinada pode servir como instrumento de financiamento da socialização do serviço público, suprindo deficiências em projetos economicamente inviáveis. Quando o Poder Público opta por alguma isenção ou redução tarifária (v.g., tarifas sociais), a estrutura tarifária da concessão pode se tornar deficitária, cabendo neste caso a concessão patrocinada para equilibrar o financiamento da prestação do serviço público e garantir a socialização desse serviço.²⁶⁰ Sobre a tarifa social, o mesmo autor explica:

A chamada tarifa social consiste num preço político oferecido a determinadas classes de usuários cuja situação sócio-econômica seja impeditiva ou restritiva do acesso ao serviço público. É um preço artificialmente fixado (na acepção de traduzir-se numa diferenciação tarifária não amparada em critérios exclusivamente econômico-financeiros ou nos custos de produção do serviço) no objetivo de proporcionar o acesso ao serviço público a populações mais carentes. Essa espécie de tarifação justifica-se no objetivo da socialização do serviço público, franqueando o acesso a utilidades essenciais a determinados grupos com menor poder aquisitivo. A hipótese é usual em serviços de uso generalizado por toda a coletividade, cuja prestação se mostre socialmente relevante e mantenha estreita relação com a dignidade da pessoa humana, como no abastecimento de água, energia elétrica etc. – e é incomum em setores em que o conjunto de usuário é mais restrito, como nas atividades de manutenção de rodovias.²⁶¹

²⁵⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 123.

²⁶⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 123-124.

²⁶¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 124.

Para subsidiar as tarifas sociais nos serviços públicos, a receita financeira pode advir tanto da estrutura tarifária e remuneratória da concessão (portanto o subsídio é internalizado no sistema concessório) como de fontes externas (pela complementação de recursos públicos). O subsídio interno à tarifa social pode ser oriundo das receitas geradas por tarifas regulatórias (receita adicional utilizada na regulação de serviço público como instrumento de extrafiscalidade – v.g., a instituição de tarifas de energia elétrica mais caras nos horários de pico, de modo a custear as tarifas reduzidas nos outros horários a certas camadas da população) ou pela oneração tarifária a determinados grupos de usuários (a estratificação tarifária obedece ao princípio da capacidade contributiva dos usuários – v.g., tarifa especial imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas no Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica, implementado pela Medida Provisória nº 2.152/2001).

O déficit no custeio da prestação do serviço público também pode ser financiado por fontes externas à operação. Fernando Magalhães aponta três hipóteses de fontes externas para o mencionado financiamento: a) vinculação econômica da concessão a receitas alternativas e de projetos associados (v.g., receitas alternativas, complementares e acessórias previstas no art. 11 da Lei nº 8.987/95 – Lei Geral das Concessões); b) fundos de financiamento do serviço público (constituídos por recursos dos concessionários de serviços públicos, “destinados a cobrir os déficits na prestação do serviço público ocasionados pela implementação de políticas de socialização e universalização”²⁶², v.g., o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, criado pela Lei nº 9.998/2000); c) subsídios providos pelo Poder Público.

3.5 Agências reguladoras e seu papel na Administração Pública brasileira

Observa-se que a introdução, no ordenamento brasileiro, da figura da agência reguladora promoveu uma ruptura com o modelo administrativo adotado desde a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.²⁶³ Tal modelo representava um Estado

²⁶² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Op. cit.*, p. 132.

²⁶³ Pedro Dutra aponta, entretanto, a existência de órgãos reguladores desde a década de 1930, no Brasil: em 1931, o Departamento de Aeronáutica Civil (DAC); em 1933, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); em 1938, o Conselho Nacional do Petróleo; em 1939, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica; em 1941, o Conselho Nacional de Ferrovias; em 1956, a Comissão Nacional de Energia

Liberal, tanto no plano político quanto no jurídico, cuja visão de ordenamento é a pirâmide kelseniana de normas hierarquicamente organizadas.²⁶⁴

Esse modelo pressupunha a organização administrativa de maneira piramidal, enquanto a gênese das agências reguladoras, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, guarda relação com uma administração policêntrica. É o que sustenta Gustavo Binjenbojm²⁶⁵:

No contexto britânico, a instituição de administrações independentes – as primeiras surgidas já no século XIX – é fenômeno intrinsecamente relacionado ao peculiar modelo de organização político-administrativa do país, que pode ser caracterizado, em oposição do modelo *piramidal* europeu continental, como *policêntrico*.

Nesse breve panorama histórico, passando do Estado Liberal (direito em pirâmide), pelo Estado Social (direito em dossiê²⁶⁶) e chegando ao Estado Pós-Moderno (direito em rede²⁶⁷), constata-se que o Estado transferiu à iniciativa privada a responsabilidade pela prestação de certos serviços públicos e a execução de atividades econômicas antes nas mãos estatais, seja por meio de desestatizações, mediante privatizações, flexibilizações de monopólios ou por via de delegações (concessões e permissões), tendo em vista a sua ineficiência e morosidade. É justamente neste ambiente que surgem as entidades reguladoras, dotadas de independência, ausência de

Nuclear (CNEM); em 1962, o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); em 1976, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Op. cit., p. 191.

²⁶⁴ Apesar de a introdução formal das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro ter sido feita pela Constituição Federal de 1988, a ideia de regulação (ou “regulamentação”, para alguns doutrinadores) feita por comissões já era defendida no Brasil desde os anos de 1940. Neste sentido, vide Luiz de Anhaia Mello (**O problema econômico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo: Gráfica da Prefeitura, 1940, p. 81) e Bilac Pinto (**Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 37-39).

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro, 2. ed., Renovar: 2008, p. 245.

²⁶⁶ Miriam Wimmer explana a figura do direito “em dossiê”, no âmbito do Estado Social, no qual “a singularidade dos casos concretos e a lógica das decisões particulares prevaleciam sobre a generalidade e abstração do código.” Noutros termos, no Estado Social, a lógica e a coerência do ordenamento ficaram sobrepujadas pelo papel do juiz e do Judiciário na criação e concretização dos direitos. WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 189, out./dez. 2007.

²⁶⁷ Manuel Castells elucida a figura do chamado “Estado-Rede”, caracterizado pelo compartilhamento de autoridade em uma rede, pelas desigualdades políticas entre seus membros e pelas assimetrias no processo decisório. CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 407, v. 3.

subordinação hierárquica e com poderes normativos relativamente amplos, cujo objetivo primordial é regular tecnicamente determinados setores da atividade econômica.

Com a mudança de perspectiva do Estado, outrora concebido como fim, agora havido como meio ou instrumento para o atendimento de interesses públicos, Pedro de Menezes Niebuhr explana o modelo do Estado Regulador:

Nesse sentido, para a série de serviços públicos e intervenções na ordem econômica e social que ainda haveriam de ser empreendidas pelo governo, diretamente ou através de figuras que lhe fizessem as vezes, a atividade administrativa antes centralizada e hierárquica, agora delega autoridade aos administradores públicos transformados em gerentes mais autônomos, organizando-se em poucos níveis hierárquicos.

Já em relação às atividades passíveis de delegação à esfera privada, a desestatização não poderia vir desacompanhada de instrumentos que possibilitassem um amplo controle da sociedade sobre a atividade desenvolvida. Explica-se: não é porque determinado agente privado passa a ser prestador de serviço público, que a atividade em si perde a natureza de serviço público, ou escapa ao regime público. Com o fim de regular toda a atividade pública agora delegada, o Estado muda da feição prestadora para a reguladora, concentrando-se na tarefa de regular, fiscalizar e sancionar, sem praticar a gestão propriamente dita.²⁶⁸

Miriam Wimmer também explica muito bem esse panorama histórico e contextualiza as agências reguladoras no Estado pós-moderno, com base no direito em rede:

Tais mudanças geram importantes reflexos sobre o direito, reduzindo a capacidade explicativa dos modelos tradicionais. O modelo piramidal do direito, caracterizado pela hierarquia, pela linearidade e pela arborescência, passa a conviver com um modelo mais negociador, cooperativo e conciliador, menos linear e marcado pela pluralidade de centros de poder. Como resposta à dupla crise de perda de poder e de perda de legitimidade dos Estados, surge a figura do *Estado-Rede*, caracterizado pela multilateralidade de suas ações e pela descentralização de suas instituições. O poder se divide em múltiplos subsistemas, aproximando-se da idéia de “neomedievalismo institucional”. O direito se torna mais flexível e consensual. Cada vez mais, o direito “estatal” se vê sujeito à concorrência por outras fontes normativas, tanto no âmbito intra-estatal quanto na esfera transnacional.²⁶⁹

Considerando o fato de que a administração sistêmica defende maior flexibilidade e eficiência, centrando-se na ideia de finalidade, mantendo-se o foco nos resultados, e não nos processos em si, percebe-se que as alterações havidas na figura

²⁶⁸ NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Op. cit.*, p. 61.

²⁶⁹ WIMMER, Miriam. *Op. cit.*, p. 191-192.

autárquica foram idealizadas em busca de uma aproximação com os preceitos da administração gerencial²⁷⁰. Alexandre Santos de Aragão ensina que

As agências reguladoras independentes são a sede por excelência da manifestação do processo de consensualização e flexibilidade pelos quais vem passando o Direito Administrativo contemporâneo. Como as normas concernentes às agências reguladoras são instrumentos da realização de políticas públicas que devem incidir em uma sociedade complexa, a regulação se tecnicizou: apenas através da melhor técnica os meios podem ser corretamente avaliados em sua realização de adequação e realização dos fins.²⁷¹

Assim, as agências reguladoras adotaram a descentralização política, orçamentária e administrativa, organizando-se em poucos níveis hierárquicos, numa tentativa de abandonar a estrutura piramidal até então adotada. As agências foram concebidas como entes de Estado, e não de governo, guardando o devido distanciamento do restante do Poder Executivo a fim de resguardar a autonomia referida.²⁷²

Esta autonomia da agência reguladora, entretanto, deve estar acompanhada da devida responsabilidade dos reguladores por suas ações, conforme explicam Warrick Smith e Ben Shin, em relatório do Banco Mundial:

Measures to provide regulators with a degree of insulation from the political process have to be reconciled with the need to ensure regulators remain accountable for their actions. While the appropriate balance between autonomy and context, common measures include: accountability will vary from context to: a) permitting removal of regulators in the case of proven misbehavior; b) prescribing duties and obligations as clearly as possible in law, and providing an effective appeal process; c) prescribing high standards of transparency in regulatory proceedings; d) prescribing rigorous public reporting requirements, including requirements to publish annual reports; e) prescribing legislative scrutiny of agency budget proposals.²⁷³

²⁷⁰ O modelo gerencial da administração distancia-se do patrimonialista, buscando-se uma nova relação do Estado com os agentes econômicos, visando, basicamente, um papel maior para a iniciativa privada, uma introdução de maior competição em setores antes monopolizados, a garantia de universalização de serviços públicos essenciais e, por fim, a busca da eficiência e qualidade na prestação desses serviços públicos, pautados em procedimentos menos burocráticos e com foco em resultados. PEREIRA NETO *et alii*, 2014, 144.

²⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro, 2. ed., Forense: 2005, p. 320.

²⁷² Interessante é diferenciar a autonomia da independência. Esta diz respeito à autodeterminação de seus objetivos e dos instrumentos para alcançá-los. Já a autonomia pressupõe a capacidade de se organizar, de funcionar e gerir por meios próprios, com origem em atribuições legais previamente fixadas. As agências reguladoras objeto desta tese são independentes e autônomas; entretanto, há entidades reguladoras que não são independentes (ex: INMETRO e INPI), bem como existem entidades independentes, mas que não são reguladoras (ex: universidades públicas).

²⁷³ Em tradução livre: “Medidas que fornecem aos reguladores um degrau de antecedência ao processo político deve se conciliar com a necessidade de garantir que os reguladores sejam responsabilizados por

O conceito de *accountability* – entendido este como um dos princípios norteadores não apenas das agências reguladoras, mas também das modernas administrações públicas calcadas no modelo sistêmico e policêntrico (em rede) – é bastante complexo e não possui uma tradução literal para o vernáculo pátrio. O termo “responsabilidade” explica apenas parte da abrangência daquela expressão de alta densidade político-jurídica, como esclarece Marçal Justen Filho:

A *accountability* relaciona-se à idéia de que todo aquele que exerce competências estatais tem de responder perante outrem pelos próprios atos e por seu desempenho. Mas a expressão “responder” tem de ser interpretada não apenas como o dever de reparar perdas e danos, mas também significa um vínculo de dependência material e imaterial, em virtude do qual alguém está obrigado a prestar contas a outrem. Quanto maiores e mais intensos os instrumentos pelos quais um sujeito está subordinado a outro, tanto maior a *accountability*. Essa dependência se traduz numa ampliação da confiabilidade que o dependente merece. [...] Portanto, *accountability* é um conceito que compreende as idéias de *responsabilidade*, *dependência* e *confiabilidade*.²⁷⁴

Além da *accountability*, a questão da autonomia é elemento intrínseco à identificação das agências reguladoras. Caracterizada como uma das dimensões da governança regulatória, pelo Banco Mundial²⁷⁵, a autonomia funcional das agências reguladoras se desdobra, de acordo com Moreira Neto, na (i) *autonomia política dos dirigentes* (nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, previamente aprovados pelo Poder Legislativo, com mandatos estáveis e de prazo determinado), (ii) *autonomia técnico-decisional* (com preponderância das decisões técnicas sobre a discricionariedade político-administrativa, desde que garantida a inexistência de recurso hierárquico impróprio ao Poder Executivo); (iii) *autonomia normativa* (submissão dos serviços públicos e das atividades econômicas à disciplina das normas expedidas pelas agências reguladoras);

suas ações. Durante o equilíbrio apropriado entre autonomia e contexto, medidas comuns incluem: a) permitir a remoção dos reguladores no caso de mau comportamento comprovado; b) prescrever deveres e obrigações os mais claros possíveis nas normas e fornecer um processo recursal efetivo; c) prescrever altos padrões de transparência nos procedimentos regulatórios; d) prescrever rigorosos requerimentos de relatórios públicos, incluindo requerimentos para publicar relatórios anuais; e) prescrever votação legislativa para aprovação das propostas orçamentárias da agência”. Relatório *Economic Notes*, do Departamento para a Região da América Latina e Caribe do Banco Mundial, produzido por Warrick Smith e Ben Shin, p. 2. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1995/09/01/000009265_3970311123201/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

²⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 138.

²⁷⁵ CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. *Op. cit.*, p. 5.

(iv) *autonomia gerencial, orçamentária e financeira* (de modo a garantir o real controle de suas ações, sem a interferência, direta ou indireta, do Poder Executivo).

Na mesma senda, Sérgio Guerra defende a característica estrutural de rede ou policêntrica (não piramidal) e a autonomia das agências reguladoras:

Estas atividades demandam personalidade jurídica de Direito Público, com a flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária. [...]

A principal característica dessas entidades, sem prejuízo da diversidade das áreas que regulam, foi o afastamento da clássica estrutura hierárquica dos ministérios e da direta influência política do Governo, com certo grau de autonomia. E essa autonomia está diretamente ligada a sua caracterização como última instância decisória na esfera administrativa.²⁷⁶

A administração sistêmica prima pela descentralização política, mediante a transferência de atividades e recursos financeiros, e pela descentralização administrativa, por via da delegação de autonomia para outros centros, diluindo a estrutura hierárquica piramidal em poucos níveis hierárquicos.

A preocupação na pauta do debate sobre a moderna Administração Pública é a eficiência que, transportada para qualificar a atuação regulatória, conduz a discussão obrigatoriamente para os instrumentos disponibilizados às agências reguladoras para atingir seus objetivos, na medida em que consiste na obtenção do melhor resultado com o menor dispêndio de recursos possível. A eficiência, tida como outra dimensão da governança regulatória²⁷⁷, conduz o controle de resultados, não só em termos de economicidade²⁷⁸, quantidade e qualidade, mas também pela real satisfação do usuário de serviços públicos.

²⁷⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 112-113.

²⁷⁷ CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. *Op. cit.*, p. 3.

²⁷⁸ O termo *economicidade* é utilizado aqui sob o ponto de vista do Direito Administrativo, ou seja, na obrigação de a Administração Pública gerir os recursos públicos do modo mais eficiente e razoável, numa verdadeira extensão do princípio da moralidade (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 54). Sob a óptica do Direito Econômico, ao contrário, a *economicidade* significa maior vantagem nas decisões da política econômica, o economicamente justo. (SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 32)

Tanto a *eficiência* (alcançando resultados pretendidos a um custo mínimo) como a *efetividade* (na produção do resultado pretendido) são diretrizes para uma regulação de alta qualidade. Traçando esta mesma senda em estudo para o Banco Mundial, Stephen Rimmer desenvolve a ideia de como se dá a regulação de alta qualidade:

*High quality regulation also involves consultation with stakeholders and a high level of transparency during the policy development and implementation phases. The importance of these qualities of effectiveness, efficiency and transparency lies in the fact that all government action involves trade-offs between different uses of resources to achieve stated objectives and outcomes. Thus, if a key goal of policy action is to maximize social welfare, the most efficient and effective policy options should be chosen.*²⁷⁹

Neste âmbito da eficiência e governança regulatória, há certa dificuldade em se mensurar, apropriadamente, os resultados da atividade regulatória. Em estudo pelo Banco Mundial, Jon Stern e John Cubbin denotam distintos objetivos da regulação, dependendo do tipo de país – se desenvolvido ou em desenvolvimento – para se mensurar essa eficiência regulatória. Assim, em se tratando de países desenvolvidos (v.g., Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e a maioria dos países europeus), são os objetivos da regulação: a) aumentar eficiência e qualidade dos serviços; b) reduzir custos, tanto operacionais quanto de investimentos; c) reduzir preços ao consumidor final para que estes correspondam aos custos econômicos da oferta; d) permitir às empresas e aos investidores terem a expectativa de uma normal taxa de retorno; e) fazer cumprir os objetivos da política de concorrência e prevenir abusos de mercado em setores potencialmente competitivos; f) reduzir as margens de excesso de capacidade; g) manter a obrigação do serviço universal.²⁸⁰

²⁷⁹ Em tradução livre: “Regulação de alta qualidade também envolve consulta com os acionistas e um alto nível de transparência durante o desenvolvimento das políticas e implementação das fases. A importância dessas qualidades da efetividade, eficiência e transparência repousa no fato de que toda ação governamental envolve trocas entre diferentes usos de recursos para alcançar objetivos e resultados declarados. Então, se um objetivo-chave da ação política é maximizar bem-estar social, as opções políticas mais eficientes e eficazes devem ser escolhidas”. RIMMER, Stephen. **Better regulation for growth: governance frameworks and tools for effective regulatory reform**. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713045004/Rendered/PDF/556390WP0Box031tion0Policy01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

²⁸⁰ STERN, Jon; CUBBIN, John. **Regulatory effectiveness: the impact of regulation and regulatory governance arrangements on electricity industry outcomes**. Washington, DC: World Bank Policy Research Working Paper 3536, Março 2005, p. 27. Disponível em: <

Nos países em desenvolvimento, entretanto, os objetivos regulatórios são bastante diversos, aproximando-se tão-somente dois primeiros anteriormente reunidos. Assim, os autores indicam como objetivos da regulação nestes países: a) propiciar o aumento dos níveis de investimento na maior parte dos setores de infraestrutura (energia, saneamento básico, transportes etc.) tanto para manter e melhorar a qualidade dos serviços prestados, bem como para estender os serviços a áreas e pessoas destes desprovidos; b) aumentar os preços dos serviços públicos, de modo a equalizar os custos econômicos desses serviços (incluindo-se os custos de capital, custos de investimento, taxas de retorno etc.) aos preços relativamente baixos cobrados nesses países. Vale destacar, contudo, o fato de que o simples aumento de preço não é o objetivo imediato da regulação desses serviços públicos, mas o meio pelo qual se alcançará o resultado regulatório almejado, qual seja, a eficiência e a qualidade dos serviços públicos prestados.²⁸¹

As justificativas para a atuação das agências reguladoras, especialmente no caráter normativo da regulação econômica, estão objetivamente explanadas por Paulo Todescan Lessa Mattos e superam eventuais problemas de legitimidade na edição de normas (típicas do Poder Legislativo). As agências reguladoras possuem: (i) o conhecimento específico e detalhado de determinados fenômenos sociais e o funcionamento de certas atividades e sistemas econômicos (*expertise*); (ii) capacidade operacional para analisar e decidir sobre os aspectos técnicos e econômico-tarifários de determinado setor regulado (eficiência); e (iii) com fundamento nas normas primárias estabelecidas pelo Poder Legislativo competente, a delegação do poder normativo necessária para efetivar o arcabouço normativo a ser regulado, fiscalizado e implementado, com o objetivo de garantir os interesses da coletividade.²⁸²

Tais problemas de legitimidade das agências reguladoras quanto ao seu poder normativo são sempre levantados em todos os países em desenvolvimento, nos quais as reformas regulatórias são implementadas. Em estudo do Banco Mundial, Delia Rodrigo e Stephen Rimmer apontam exatamente estas mesmas dificuldades e questionamentos em

wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/03/11/000012009_20050311141647/Rendered/PDF/wps3536.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

²⁸¹ STERN, Jon; CUBBIN, John. *Op. cit.*, p. 28.

²⁸² MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 171.

países como Coreia do Sul, México e Sérvia, ressaltando que o foco das mudanças em governança leva a reestruturação das instituições e os processos governamentais, propiciando assim a necessária delegação de atribuições dos políticos e dos ministros aos tecnocratas das agências reguladoras.²⁸³

Além disso, a Administração moderna foca no atendimento do cidadão, e não no da própria burocracia. Nesse sentido, passa do controle rígido àquele conforme os resultados, sendo o êxito, ao lado da democratização dos processos, o instrumento de legitimação dessa administração. Citado por Alexandre Santos de Aragão²⁸⁴, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva informa que

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceitas pelos seus destinatários.

Para Lucia Del Picchia, o princípio legitimador das normas jurídicas expedidas pelas agências reguladoras (bem como seus procedimentos) está justamente no princípio democrático, razão pela qual se deve afastar um pouco da visão formalista e apriorística da função legislativa típica do Poder Legislativo e, até mesmo atípica, do Executivo.²⁸⁵ Noutros termos, o caráter democrático do processo de criação de normas regulatórias não está no processo político-legislativo tradicional, mas no atual papel do Estado no desenho das políticas públicas, atrelado à atividade reguladora estatal na formulação de políticas econômicas para os setores regulados, haja vista o conhecimento técnico aprofundado das questões e dos agentes envolvidos e a avaliação dos efeitos desses processos decisórios sobre todos os interesses em jogo (Estado, mercado e sociedade).

²⁸³ RODRIGO, Delia; RIMMER, Stephen. **Better regulation for growth: institutions for regulatory governance**. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010, p. 5. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713033451/Rendered/PDF/556350WP0Box0310Governance01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

²⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 436.

²⁸⁵ PICCHIA, Lucia Del. Poder normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 358.

A essência jurídica do atual processo administrativo reside justamente, segundo Egon Bockman Moreira, na efetiva participação das pessoas privadas na formação dos atos estatais. Por este motivo, a atividade administrativa necessita ser mutável, ou seja, “a certeza da mudança é uma premissa da segurança”. Portanto, a atividade normativa regulatória deve disciplinar o comportamento dos agentes econômicos privados ou de delegatários de serviços públicos, contudo, a edição normativa se dá após regular processo administrativo, garantida a participação popular mediante consultas e audiências públicas. É por meio desse processo administrativo que as agências reguladoras legitimam a sua função.²⁸⁶

A tomada de decisões é outra dimensão importante na governança regulatória, que afeta o controle da regulação no qual os procedimentos administrativos são realizados. Os procedimentos administrativos que envolvem as tomadas de decisões regulatórias devem reduzir ao mínimo o nível de discricionariedade das autoridades responsáveis, o que traduz a diminuição do risco regulatório e o *enforcement* de suas decisões.

Nem todos asseguram, contudo, neutralidade política ou legitimidade das decisões das agências reguladoras independentes. Natalino Irti critica a dissimulação política das autoridades independentes, baseado na ideologia do economicismo e nas leis de mercado:

Autoridades independentes, enquanto conseguem o resultado seguro de empobrecer a administração pública, são estreitas, em alternativa: ou não possuem resistência adequada de problemas de decisão: ou a perder a neutralidade, escolhendo os interesses das partes em conflito e revelando assim a sua natureza política inerente. Mas, neste caso, trata-se de politização irresponsável, não sujeita a controle nem dos poderes do Estado, nem do controle eleitoral: o sistema democrático (porque é disto que se fala hoje na história da Europa) teria gerado em seu ventre territórios inquestionáveis, onde a decisão política - sob a proteção do tecnicismo econômico ou da objetividade naturalista - se desenvolveria com absoluto arbítrio.²⁸⁷

²⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockman. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 103-110, jan./mar. 2009.

²⁸⁷ IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Terza edizione. Milano: Laterza, 2004, p. 38. No original: “Le autorità indipendenti, mentre conseguono il sicuro risultato d'impoverire la pubblica amministrazione, si trovano strette in un'alternativa: o di non possedere forza di decisione adeguata ai problemi: o di perdere la neutralità, scegliendo gli interessi di parti in conflitto e rivelando così la loro intrinseca politicità. Ma in tal caso si tratta di politicità irresponsabile, non sottoposta a controllo né dei poteri dello Stato né del giudizio elettorale: il sistema democratico (poichè di questo si parla nell'odierna

Luís de Moncada não chega a criticar com tanta veemência a independência das autoridades reguladoras, mas alerta para a noção de que tal regulação não deve ser autossuficiente. Noutros termos, o “Estado não pode dispensar-se de regular a regulação”²⁸⁸, pois esta não pode ficar apartada dos objetivos gerais da política econômica do próprio Estado.

Neste mesmo sentido, conclui o Banco Mundial, baseado na *accountability*²⁸⁹, que os órgãos reguladores devem garantir, não somente, a transparência e publicidade de suas decisões, mas, também, a possibilidade de reforma delas, envolvendo procedimentos claros para tanto. Outrossim, não se pode olvidar da possibilidade de outros mecanismos de supervisão, tais como do próprio Poder Legislativo (por meio de comissões específicas) e do Ministério Público. Por fim, também não se pode esquecer da possibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras por parte do Poder Judiciário²⁹⁰.

Uma das questões constitucionais mais emblemáticas pertinentes às agências reguladoras é a relativa aos limites de sua função reguladora. Tal embate tem reflexo no âmbito do poder regulador em face do princípio da legalidade.

De um lado, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹¹, Lúcia Valle Figueiredo²⁹² e Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹³ entendem que a atividade reguladora desenvolvida por essas agências tem estrito limite no princípio da legalidade; ou seja, o poder de regulamentar das agências reguladoras cinge-se aos chamados regulamentos

storia d'Europa) avrebbe generato nel proprio seno territori insindacabili, dove la decisione politica - sotto schermo di tecnicismo economico o di naturalistica oggettività - si svolgerebbe con assoluto arbitrio.”

²⁸⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Op. cit.*, p. 57.

²⁸⁹ Em 1997, o Governo Britânico criou um grupo de trabalho independente, sem qualquer vinculação governamental, mas sob a supervisão do Departamento de Negócios, Investimentos e Reforma Regulatória, chamado de *Better Regulation Task Force* (posteriormente substituído por uma comissão permanente denominada *Better Regulation Commission*). Na conclusão de seus trabalhos, restaram definidos os princípios regulatórios aplicáveis à Grã-Bretanha: transparência, *accountability*, proporcionalidade, consistência e objetividade. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407162704/http://archive.cabinetoffice.gov.uk/brc/upload/assets/www.brc.gov.uk/principlesleaflet.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²⁹⁰ CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. *Op. cit.*, p. 7.

²⁹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.*, p.159-160.

²⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.144.

²⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 397-398.

administrativos ou de organização, não podendo, portanto, invadir competência legislativa.

Por outro lado, Marçal Justen Filho²⁹⁴, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹⁵ e Floriano de Azevedo Marques Neto²⁹⁶, ao admitirem as figuras das agências reguladoras além das previstas constitucionalmente, vislumbram a ideia de que na nova ordem jurídico-constitucional de 1988, somada à evolução do Direito Público contemporâneo, ocorre um fenômeno de “deslegalização” e o exercício de “poder delegado” por meio das agências reguladoras, não havendo qualquer invasão de competências legislativas por parte delas quando da produção de normas e edição de regulamentos específicos.

No âmbito da ordem constitucional brasileira, segundo Marcelo Figueiredo, as agências reguladoras, em face do regime constitucional, exercem “*uma competência regulamentar, ‘reguladora’ subordinada, de segundo grau*”, pois ele não vê “*espaço normativo para o exercício de outros poderes que não os normativos secundários*”.²⁹⁷

Em sentido contrário, Carlos Ari Sundfeld admite a possibilidade de os regulamentos inovarem na ordem jurídica, principalmente em matéria de alto grau técnico quando não contempladas exaustivamente na lei, ao afirmar categoricamente: “negar a possibilidade de um tal poder normativo é rejeitar a regulação e, conseqüentemente, o intervencionismo estatal que lhe é inerente”.²⁹⁸ Por este motivo, a lei pode definir *standards* ou parâmetros genéricos para a conduta normativa do Executivo, com origem nos quais podem ser editados regulamentos dotados de maior especificidade.

Nesta mesma esteira de entendimento, Flávio José Roman argui, ao tratar da discricionariedade técnica na regulação econômica, que as agências reguladoras são entidades técnicas especializadas, “relativamente alheias ao comando político, seja

²⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.392-393.

²⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações no Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 171-172.

²⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 205.

²⁹⁷ FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. Coleção Temas de Direito Administrativo. v.12. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 269.

²⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 291.

administrativo ou legislativo”. Outrossim, asserer que é insustentável a dispensa da legalidade como argumento a justificar a tecnicidade das decisões regulatórias, contudo, não se pode olvidar do problema relativo à incapacidade dos parlamentares para resolver questões regulatórias de complexidade e técnica detalhada.²⁹⁹

Leonardo Vizeu Figueiredo também aduz a este papel normativo das agências reguladoras, mediante deslegalização (doutrina alemã), delegação normativa (doutrina francesa) ou desgradação hierárquica (doutrina portuguesa):

[...] na qualidade de ente da Administração Pública, a Agência Reguladora não se limita a ser um mero executor da lei, aplicando-a *ex officio*, consoante clássica lição de Miguel Seabra Fagundes, exercendo um papel de regulador de mercado, no sentido de corrigir suas falhas e garantir a coexistência harmoniosa e pacífica de todos os entes que o compõem (Governo e Operadores e Consumidores). [...]

Para tanto, ocorre verdadeira delegação normativa, na própria lei instituidora da Agência, transferindo a competência para normatização técnica de mercados do campo da lei para a seara dos atos administrativos infralegais, uma vez que tais matérias não são objeto de competência legislativa privativa do Congresso Nacional, tampouco de suas Casas Legislativas, não estando sob a égide da estrita reserva legal.

Perfazendo-se um estudo da deslegalização por meio da teoria da norma, fácil perceber que a mesma opera efeitos, tão somente, no campo de aplicabilidade, que se trata de delimitação do campo de efeitos da norma jurídica. Isto é, o veículo de existência, validade, eficácia e efetividade continua sendo a lei *stricto sensu*, ato exclusivo do Poder Constituído Legislativo. Todavia, **no que se refere à aplicabilidade da norma, esta será delimitada, no que se refere a seus aspectos técnicos e não políticos, por meio da edição de um ato normativo derivado do Poder Constituído Executivo, nos termos e limites previstos na delegação que a lei traz.**³⁰⁰

Independentemente da denominação do fenômeno normativo, é pacífico o entendimento, no plano internacional, sobre a competência das agências reguladoras para a normatização técnica, haja vista a delegação normativa por parte do Poder Executivo. Em arremate, defende-se a singularidade ímpar do poder normativo das agências reguladoras, indo além da função clássica de complementação ou regulamentação das leis em sentido estrito, para adquirir certa margem de discricionariedade técnica na regulamentação geral das matérias atinentes à atividade regulada.

²⁹⁹ ROMAN, Flávio José. *Op. cit.*, p. 126-127.

³⁰⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6 ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

3.6 Modelos regulatórios

O estudo das teorias da regulação é fundamental para a discussão dos modelos regulatórios aplicados atualmente no Mundo, notadamente no Brasil. Esse tema desperta muito mais interesse entre os economistas e pouco é discutido entre os juristas, razão pela qual se entende essencial aprofundar as pesquisas em torno dos fundamentos da regulação jurídica.

Dentre as principais escolas que discutem o funcionamento do Estado na Economia, destacam-se: Teoria do Interesse Público, Teoria da Falha Regulatória, Teoria Econômica da Regulação e Teoria da Organização Administrativa.

3.6.1 Teoria do Interesse Público

A Escola do Interesse Público (*“Public Interest” Theory*) defende a necessidade de regulação com origem no conflito entre os agentes econômicos privados e o interesse público. O Estado é chamado a intervir na economia para limitar e controlar as atividades econômicas praticadas pela iniciativa privada, quando há serviço ineficiente, preços abusivos e/ou desequilíbrio de mercado.

Para a referida Escola, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse do mercado, como bem explica Lucas Lehfeld. A regulação, em uma dimensão ampla (intervenção estatal no mercado), tem por objetivo alcançar o bem público, embora ressalte o autor ser tal conceito de concreção difícil, haja vista as diversas dimensões política, jurídica e econômica.³⁰¹

Segundo essa teoria, a intervenção estatal na economia e na sociedade é essencial para se garantir a distribuição de riquezas, manter a sociedade igualitária e propiciar um desenvolvimento sustentável. Críticos ao liberalismo econômico e à ideia de que a eficiência econômica seria alcançada pelo próprio mercado (*“mão invisível”*, segundo John Maynard Keynes), a doutrina do Interesse Público prega exatamente o fim

³⁰¹ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 82.

do abstencionismo estatal, regulando a economia (“mão visível” do Estado, de acordo com Vital Moreira) de modo a suprir as falhas de mercado.

Assim, algumas normas têm por finalidade redistribuir recursos de um grupo para outro ou proteger algumas pessoas da ação coletiva promovida por grandes grupos. Por causa do problema da ação coletiva, explica Cass R. Sunstein³⁰², as normas reguladoras possuem o papel de garantir direitos relevantes para determinados grupos da sociedade, tornando-os inalienáveis (ex: direitos trabalhistas, normas sobre saúde e segurança). Por outro turno, o Jurista estadunidense explica que

[...] um dos paradoxos do Estado Regulador é que os esforços para redistribuir recursos por meio da regulação tendem a prejudicar os menos favorecidos ou, de qualquer modo, tendem a ter efeitos complexos, muitos dos quais não desejados e perversos. O mercado é extremamente criativo para superar esforços regulatórios que pretendam transferir recursos.³⁰³

Um exemplo da aplicação dessa Teoria do Interesse Público é encontrado na regulação dos serviços de água e de resíduos em Portugal, realizada pelo Instituto Regulador da Água e dos Resíduos – IRAR. Jaime Baptista, Dulce Pássaro e Rui Santos explicam a necessidade da regulação dos mencionados serviços num regime de monopólio nas terras lusitanas:

Quando existe um serviço público que constitui um monopólio natural, o Estado, através da Administração Central, da Administração Local ou de uma Empresa Pública, pode assumir, para além da propriedade, a sua gestão e exploração de modo a garantir a satisfação do **interesse público** e dos consumidores, sem tirar proveito da sua condição de monopolista para oferecer um serviço de menor qualidade a um preço superior ao que resultaria de um mercado concorrencial. Esta opção implica contudo que o Estado se assuma interessado e capaz de executar uma gestão eficiente e eficaz e direccionada para o **interesse público**.³⁰⁴ (grifo nosso)

³⁰² Rodrigo Luís Kanayama, pautado na atuação do Estado e o grau de intensidade da relação com os sujeitos pertencentes à sociedade, identifica Cass R. Sunstein como ligado a um paternalismo libertário, corrente intermediária entre o liberalismo de John Stuart Mill e o paternalismo coercitivo de Sarah Conly. Assim explica a essência da corrente doutrinária: “A aplicação do paternalismo libertário não é contraditório ao liberalismo (...). É um complemento. Pela constatação de que as pessoas não fazem escolhas racionais, ou escolhas que atendem, realmente, seu melhor interesse, elas podem ser dirigidas, incentivadas, com um empurrão, a tomar o rumo certo. Não se viola o direito de escolha; mas se incentiva a escolha racional”. In: Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, p. 223, abr./jun. 2013.

³⁰³ SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 43-44.

³⁰⁴ BAPTISTA, Jaime Melo; PÁSSARO, Dulce Álvaro; SANTOS, Rui Ferreira dos. O modelo de regulação das águas e resíduos em Portugal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 105, jul./set. 2003.

Considerando o monopólio natural, a regulação consiste num mecanismo de controle de eficiência dos serviços públicos prestados, reproduzindo um “mercado de competição virtual”³⁰⁵, assegurando a manutenção do interesse público. Exemplo clássico de monopólio natural, decorrente da inviabilidade econômico-financeira da estrutura dos serviços, é o serviço de saneamento básico.

Giovani Ribeiro Loss critica a posição de Calixto Salomão, que aproxima a Escola do Interesse Público à Escola do Serviço Público, pois entende serem elas divergentes:

A Escola do Interesse Público parte de duas premissas econômicas básicas: a primeira, de que o mercado é extremamente frágil e por isso inapto a operar de forma eficiente sem algum tipo de regulação estatal; a segunda, de que a regulação estatal tem um baixo custo para a sociedade. A Escola do Serviço Público, a seu turno, parte da própria noção de serviço público, da natureza da atividade envolvida e de sua imprescindibilidade para a coletividade.³⁰⁶

Percebe-se, claramente, a distinção entre as duas escolas doutrinárias, ao contrário do que anota Calixto Salomão: a primeira está calcada em duas premissas econômicas em relação à sociedade (necessidade de regulação estatal do mercado e o baixo custo desta regulação para a sociedade), ao passo que a segunda escola vincula a noção de serviço público à própria natureza da atividade envolvida, ou seja, caracteriza-se por ser indispensável e essencial à coletividade. Ademais, a aproximação das duas escolas não se sustenta, pois a busca do Estado pelo interesse público nem sempre consiste na submissão da atividade estatal a um regime jurídico de serviços públicos.

3.6.2 Teoria da Falha Regulatória

A Teoria da Falha Regulatória (*“Regulatory Failure”* ou *“Perverted” Public Interest Theory*) também possui identificação com a Escola do Interesse Público, porém por fundamentos diversos. Para os adeptos da Teoria da Falha Regulatória, a regulação é necessária para a defesa do interesse público desde sua origem, não em razão de seu desenvolvimento.

³⁰⁵ BAPTISTA, Jaime Melo; PÁSSARO, Dulce Álvaro; SANTOS, Rui Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 105.

³⁰⁶ LOSS, Giovani Ribeiro. *Op. cit.*, p. 28.

Noutros termos, é a deturpação do interesse público o grande problema da regulação, causado, segundo Giovani Ribeiro Loss, pela falta de eficiência, ausência de democracia no processo decisório e a burocracia interna dos órgãos reguladores. São três os modelos que influenciam a deturpação do interesse público: o *instrumental* (são fatores pessoais que prejudicam o interesse público, tais como a passagem do profissional do agente econômico para a agência reguladora), o *estrutural* (voltados à estrutura da agência reguladora, tal como a indicação política para os cargos mais elevados) e o da *captura* (segundo a *Capture Theory*, as agências reguladoras são capturadas pelos entes regulados, favorecendo as empresas que exercem atividades econômicas nos setores regulados).³⁰⁷

A captura das entidades reguladoras por grupos de interesses, entretanto, vai depender dos custos e benefícios percebidos e da atitude política dos agentes afetados pela regulação, segundo Alketa Peci e Bianor Scelza Cavalcanti. Com efeito, as políticas regulatórias vão depender das características dos custos e benefícios: (i) os custos e benefícios podem ser amplamente distribuídos por meio de uma *política majoritária*, na qual a maior parte da sociedade paga, mas também se beneficia (ex: seguridade social); (ii) os custos podem ser concentrados e os benefícios distribuídos por meio de uma *política empreendedora*, nos quais os benefícios são gerais e os custos são baixos (ex: política ambiental); (iii) os custos podem ser distribuídos e os benefícios concentrados por meio de uma *política clientelista*, na qual pequenos grupos se beneficiam à custa da sociedade, por terem mais facilidade de organização (ex: política regulatória de energia, telecomunicações etc.); (iv) os custos e os benefícios podem ser concentrados por meio de uma *política de grupos de interesse*, na qual pequenos grupos se beneficiam à custa de outros grupos pequenos (ex: políticas de incentivo ao comércio).³⁰⁸

A Teoria da Falha Regulatória não está livre de críticas, pois as empresas que exercem atividades econômicas nos setores regulados não são somente elas os grupos de interesses capazes de influenciar a regulação. Ademais, as próprias empresas reguladas podem entrar em conflito. Por fim, não se pode afirmar, categoricamente, que as agências reguladoras não primem por privilegiar o interesse público.

³⁰⁷ LOSS, Giovani Ribeiro. *Op. cit.*, p. 29.

³⁰⁸ *Op. cit.*, p. 12.

3.6.3 Teoria Econômica da Regulação ou Escola Neoclássica

A Escola Neoclássica ou Teoria Econômica da Regulação foi proposta por George Stigler, representante da linha conservadora da política estadunidense da Escola de Chicago, caracterizada pelo seu apoio aos princípios liberais econômicos, em seu artigo “The theory of economic regulation”. De acordo com Stigler, a regulação está sujeita às regras de mercado, ou seja, à lei da oferta (dos reguladores) e da demanda (dos grupos de interesses).

De acordo com os economistas da Escola de Chicago, duas premissas eram essenciais para a proeminência do discurso neoliberal: capitalismo e liberdade. Noutros termos, qualquer ideia de coletivismo inibe as liberdades individuais, razão pela qual estas somente serão respeitadas se houver livre mercado. O controle do governo sobre as pessoas deve ser o mínimo possível, devendo apenas determinar as “regras do jogo”. Assim, com base nessa doutrina neoliberal, se o governo não deve interferir no mercado, este mesmo há de se regular.

Malgrado distintas, Maurin Falcão e Iracema Abreu traçam alguns pontos convergentes entre a Escola de Chicago e a Escola Austríaca³⁰⁹: a) o predomínio do individualismo; b) não intervenção do aparelho estatal; c) manutenção do Estado mínimo; d) primado da competitividade; e) hegemonia do mercado; e f) autorregulação do mercado.³¹⁰

Neste sentido, o trabalho de Stigler traz uma clara posição política, com fundamentos econômicos liberais, baseada na ideia de que a regulação não beneficia o consumidor, prejudica a competição no mercado e impede as liberdades individuais. Em termos econômicos, a regulação seria uma *commodity*.

³⁰⁹ A Escola Austríaca tem como precursores Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises. Possui como fundamentos a ideia do liberalismo clássico, mormente do liberalismo econômico, sendo contrários a qualquer espécie de coletivismo, bem como ao modelo do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

³¹⁰ FALCÃO, Maurin Almeida; ABREU, Iracema Fonseca Siqueira. O tributo na pós-modernidade: as diretrizes das escolas neoliberais norte-americanas e a emergência da terceira via. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Ano 14, n. 81, maio/jun. 2016, p. 84.

Continuando essa proposta, o sentido da atividade regulatória não era a correção das falhas de mercado, mas uma disputa de grupos de interesse. Esta teoria difere-se da Teoria da Falha Regulatória em alguns aspectos: (i) as agências reguladoras podem sofrer captura por quaisquer grupos de interesses, não apenas os econômicos³¹¹; e (ii) procura-se aplicar conceitos econômicos ao comportamento político, basicamente em dois custos básicos: informação e organização.³¹²

Richard Posner também deu continuidade ao estudo da teoria econômica da regulação, empregando maior desenvolvimento analítico e de novos esquemas de investigação empírica. Como defensor do livre mercado e da autorregulação, Posner foi um dos disseminadores da Análise Econômica do Direito (AED), em sua segunda fase. Ele adota uma visão da microeconomia neoclássica, cujos objetivos são explicar a natureza humana e sua racionalidade. Assim, os fenômenos sociais são explicados com origem nas pessoas e seus comportamentos racionais. A ideia de Posner da análise do Direito está sustentada na escolha individual racional:

El concepto del hombre como un ser racional que tratará de aumentar al máximo su interés propio implica que la gente responde a los incentivos; que si cambian las circunstancias de una persona en forma tal que podría aumentar sus satisfacciones alterando su comportamiento, lo hará así.³¹³

Em suma, a contribuição de Posner para a teoria econômica é a proposta de uma análise econômica do Direito baseada no pragmatismo, na qual a função do Direito seria propiciar mercados livres, com custos de transação proibitivos e pouca intervenção estatal (liberalismo).

Vinícius Marques de Carvalho explica que a Teoria Econômica da Regulação, segundo Posner, embora partisse da premissa da influência política dos grupos de interesse (Teoria da Captura), rejeitava a ideia de um propósito virtuoso da regulação e

³¹¹ No mesmo sentido, Mariana Mota Prado sustenta que a captura das agências pode ocorrer por grupos de interesses ligados ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, bem como grupos de interesses privados. *In*: O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 119, abr./jun. 2008.

³¹² O desenvolvimento desta teoria é muito bem explicado por Giovani Ribeiro Loss. *Op. cit.*, p. 33-35.

³¹³ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007a. *In*: HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 21 ago 2016.

tinha como pressuposto central de sua teoria o fato de que as pessoas visavam sempre atingir os próprios interesses.³¹⁴

Juarez Freitas defende o afastamento do risco da captura por alguns grupos de interesse ao propugnar, com esteio em uma postura constitucionalmente adequada, o incentivo em maior protagonismo da sociedade, em particular nas audiências públicas, “estimulando-a a construir, preferencialmente, padronizações voluntárias e universalização crescente dos serviços essenciais e contínuos, fazendo frente às falhas de mercado e de governo, simultaneamente”.³¹⁵

É justamente nesta busca de interesses pelo próprio indivíduo que, às vezes, pode conflitar com os interesses da sociedade, que ocorrem as chamadas “falhas de mercado”. Cristiano Carvalho explica as falhas de mercado como “situações em que a interação racional e autointeressada dos agentes econômicos não leva a resultados eficientes do ponto de vista de ganho social”.³¹⁶ Assim, se determinados bens necessários e imprescindíveis ao bem-estar de todos não são produzidos de forma eficiente ou suficientemente pelo mercado, ocorrem, sob o ponto de vista da análise econômica do Direito³¹⁷, falhas de mercado. As falhas de mercado são uma típica manifestação do Estado interventor keynesiano, do qual surgiu a regulação tradicional. O conceito de *falhas de mercado* caracteriza-se, portanto, pela excepcionalidade, transitoriedade e anormalidade no funcionamento do mercado, cabendo à regulação o papel de corrigir

³¹⁴ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 52.

³¹⁵ Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). **Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009, p. 31.

³¹⁶ CARVALHO, Cristiano. *Análise Econômica da Tributação*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 250.

³¹⁷ A Escola de *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito) teve seus primeiros traços em Adam Smith e Jeremy Bentham, nos anos de 1960, mas somente se consolidou algumas décadas depois com os estudos de Theodore Schultz, Ronald Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker, Milton Friedman e Richard Posner. Em síntese, é a adoção de teses jurídico-econômicas ultraliberais do Estado mínimo e da regulação econômica e social. De acordo com Jairo Saddi, as premissas que norteiam essa doutrina são: “(1) existe maximização racional das necessidades humanas; (2) os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar seu comportamento racional; (3) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social.” SADDI, Jairo. *É possível a análise econômica da Constituição?* In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 89.

estas distorções, como mecanismo de alocação de riquezas, tornando o mercado novamente eficiente.

Análise interessante sobre as falhas de mercado e o ponto de equilíbrio na tributação é feita por Luís Eduardo Schoueri, levando em consideração a análise da tributação pelo ângulo da eficiência. Parte da premissa de que toda tributação provoca algum tipo de comportamento social dos agentes, seja para estimulá-los (ou desestimulá-los) à prática de certas condutas.

Em termos econômicos, tanto as pessoas como os agentes econômicos são influenciados pela tributação, e qualquer deslocamento do ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda por motivo de uma modificação da tributação vai causar a busca por outro ponto ótimo de eficiência. Schoueri explica ainda que, além da eficiência, a equidade (mediada pela intervenção na economia, pela qual o Estado exerce sua função distributiva) e a fiscalidade (atuação financeira do Estado ao desempenhar sua função alocativa das riquezas produzidas) são fatores importantes na tributação.

Ocorre que nem sempre existem as condições ideais de mercado, e quando a tributação afeta o comportamento dos agentes, ensejando ineficiência, surgem as *falhas de mercado*. Schoueri refere-se a estas num conjunto de disparidades entre situações concretas da economia:

(i) falha de origem física ou cultural: mobilidade de fatores; (ii) falha de origem legal: acesso à informação; (iii) falha de estrutura: concentração econômica; (iv) falha de sinal: externalidades; e (v) também falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo: suprimento de bens coletivos.³¹⁸

Assim, conclui o Jurista sobre a tributação e as falhas de mercado:

Reconhecidas as falhas de mercado e a contribuição positiva da tributação para sua correção, conclui-se que existe, sim, um espaço adequado para aquela. Afinal, se uma má política tributária pode implicar perdas de eficiência, a tributação pode igualmente servir para corrigir as falhas de mercado, gerando maior eficiência. Em síntese: seu efeito alocativo, longe de necessariamente implicar perda de eficiência, pode aprimorar os mecanismos de mercado.³¹⁹

De acordo com Leonardo Vizeu Figueiredo, somente haverá motivo para regulação se existirem as chamadas *falhas de mercado*, devendo estas ser entendidas

³¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-35.

³¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 36.

como “toda situação de anormalidade de efeito danoso, potencial ou efetivo, ao devido processo competitivo de determinado nicho de nossa economia, tendo resultados negativos para o bem-estar socioeconômico da população.”³²⁰ Noutros termos, a regulação econômica tem por finalidade mitigar os efeitos decorrentes das falhas de mercado para buscar um resultado final mais próximo da concorrência perfeita³²¹.

As falhas de mercado mais comumente encontradas são: assimetria de informação, externalidades, recursos comuns, bens públicos e monopólio. Necessário é examinar estas importantes falhas de mercado para, posteriormente, estudá-las sob a óptica da regulação econômica dos serviços públicos.

A **assimetria de informações** ocorre quando um dos agentes econômicos detém mais informações – quantitativa e qualitativamente – do que o outro, de modo a influenciar o não adequado funcionamento do mercado. Para Cláudia Viegas e Bernardo Macedo, há dois resultados possíveis (mas indesejáveis), quando identificadas essas falhas de mercado: *moral hazard* (neste caso, a assimetria de informação sucede após a transação econômica³²²) e seleção adversa (quando a assimetria de informação acontece antes da transação econômica³²³). O papel da regulação, quando identificadas essas falhas de mercado, é buscar estabelecer uma *estrutura de incentivos*, de maneira a alinhar as condutas dos agentes econômicos (simetria de informações). Noutros termos, no plano da prestação de serviços públicos, cabe ao ente regulador estruturar mecanismos de incentivos, capazes de trazer um equilíbrio contratual entre o prestador e o usuário dos serviços públicos.

Exemplo de assimetria de informação ocorreu com as empresas de telefonia brasileiras em face da ANATEL no início dos anos 2000. André Felipe Canuto Coelho,

³²⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. cit.*, p. 113.

³²¹ Para Cláudia Viegas e Bernardo Macedo, a “concorrência perfeita é a força pela qual a economia atinge uma ótima alocação de recursos sem a necessidade de mecanismos complementares ao funcionamento do próprio mercado (interação entre produtores e consumidores)”. VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

³²² Exemplo deste resultado, segundo os autores, ocorre no caso de seguro de automóveis, cujo comportamento do segurado é um, antes de realizar o seguro, e outro, depois de efetivá-lo. A tendência da empresa seguradora é ofertar um preço de seguro mais alto no mercado. *Op. cit.*, p.94.

³²³ Exemplo deste resultado, segundo os autores, ocorre no caso de venda de automóveis usados, cujos modelos são distintos, mas sem que haja a adequada informação sobre a qualidade dos veículos. A tendência dos consumidores é procurar o automóvel cujo preço é menor e, portanto, mais acessível. *Op. cit.*, p. 93.

em levantamento feito com dados dos anos 2003 e 2004, critica a demora da ANATEL³²⁴ em desempenhar seu papel regulatório e sanar as deficiências iniciais do mercado de telefonia. Para tanto, reuniu os seguintes problemas decorrentes dessa assimetria de informações:

i) o principal³²⁵ não percebeu o descumprimento, pelo agente, das normas que disciplinam o setor quanto à participação societária, o que lhe possibilitou um poder de mercado maior (...); ii) cobrança de determinados serviços, por vários anos, em valores muito superiores ao divulgados (...); iii) metas de qualidade e de universalização certificadas, mas não inteiramente cumpridas (...); iv) insuficiência técnica do principal na constatação de infrações à legislação setorial (...); v) medidas tomadas para evitar um controle de mercado maior baseadas apenas na confiabilidade dos agentes (...); vi) cobrança de serviços não executados por um percentual muito acima do permitido.³²⁶

No caso específico, o autor assevera, portanto, a necessidade de fortalecimento do órgão regulador (ANATEL), mormente de sua composição, de suas estruturas de trabalho e principalmente de sua autonomia, de modo a propiciar uma maior experiência regulatória, gerar maior estabilidade nos negócios e sanar as falhas de mercado com a redução da assimetria de informações.

Por fim, Cass R. Sunstein exprime três problemas ou fatores impeditivos para o fornecimento de informações: a) quando o custo desta informação é alto, não sendo desejável a intervenção estatal no mercado (ex: algumas regras sobre alimentos, medicamentos ou produtos perigosos ao consumo); b) quando a abertura de informações tem baixa probabilidade de ocorrência (ex: costumes e crenças em certas atitudes que não implicam qualquer mudança de atitude por parte das pessoas); c) quando houver informação insuficiente por parte do próprio Estado, razão pela qual se mostra melhor não revelá-las à sociedade (ex: normas e riscos sobre danos nucleares, substâncias tóxicas etc.).³²⁷

³²⁴ A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada pela Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) e instalada pelo Decreto nº 2.338/97.

³²⁵ André Felipe Canuto Coelho explica o sentido da expressão principal: “Na linguagem da teoria dos jogos, um principal é qualquer empresa ou pessoa que contrata a outra empresa ou pessoa para realizar determinados serviços. Em nosso caso, o regulador assumiria a forma de principal e as empresas reguladas assumiriam a condição de agente”. *In: Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso da Anatel. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 12-13, jan./mar. 2007.

³²⁶ COELHO, André Felipe Canuto. *Op. cit.*, p. 12-13.

³²⁷ *Op. cit.*, p. 40-41.

As **externalidades** são aqueles fatores, *a priori* de mensuração difícil, não utilizados no cálculo do bem ou serviço. Identificada esta falha de mercado, o resultado da ação de um agente econômico pode afetar outros, interferindo de modo não adequado no mercado. Cláudia Viegas e Bernardo Macedo explicam bem o papel das externalidades como falhas de mercado e os custos sociais delas decorrentes:

[...] o cálculo privado para a produção de um determinado bem ou serviço difere do cálculo social para a produção desse mesmo bem ou serviço, justamente porque o cálculo privado não leva em consideração todos os efeitos (positivos ou negativos) que tal produção acarreta. Assim, o custo privado, por não considerar adequadamente os componentes que formam o custo social, pode ficar subestimado de forma que a produção do bem ocorra em excesso.³²⁸

Destarte, se os custos externos positivos (direito de propriedade, patentes, pesquisa e desenvolvimento) ou negativos (poluição) referentes a determinado bem ou serviço não forem devidamente computados no cálculo dos seus preços, haverá falha de mercado, cabendo à regulação a correção de tais falhas por meio da internalização de tais custos. Para resolver o clássico problema das externalidades, Leandro Novais e Vincenzo Florenzano defendem a cobrança de um tributo ou de uma tarifa daquele que ensejou o custo social, por exemplo, no caso da poluição de um rio (princípio do poluidor pagador) ou para custear a manutenção de estradas (cobrança de pedágios).³²⁹

Pregando solução diversa, Ronald H. Coase argumenta que os custos sociais se originam da indefinição dos direitos de propriedade, e não de falhas de mercado. Quando identificado um problema de externalidades, ao contrário da solução tradicional de mudar o comportamento do autor, seja por via de responsabilização ou de aumento da regulação estatal, Coase defende a negociação privada (barganha) para resolver os problemas na sociedade pelo sistema de mercado.³³⁰

De acordo com Cláudia Viegas e Bernardo Macedo, **recursos comuns** são “os bens não exclusivos e rivais, ou seja, não é possível excluir um consumidor pela capacidade de pagar pelo consumo de um bem ou serviço, mas o consumo de um bem

³²⁸ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 95-96.

³²⁹ SILVA, Leandro Novais e; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Regulação econômica das rodovias públicas na perspectiva dos direitos fundamentais e da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 132-133, jan./mar. 2007.

³³⁰ COASE, Ronald H. O problema do custo social. [Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz]. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 135-136, abr./jun. 2009.

por uma pessoa impede o consumo do mesmo bem por outra”.³³¹ O resultado dessa falha de mercado é conhecido como *tragédia dos bens comuns*, ou seja, se o uso de determinado bem for desordenado e desequilibrado por um consumidor, poderá acarretar a própria extinção desse bem. Para ordenar tal consumo, por exemplo no caso dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário, cabe ao agente regulador criar regras claras para viabilizar um mercado ordenado e equilibrado, de modo a garantir a prestação continuada de tais serviços e o uso racional dos referidos bens.

O conceito de **bens públicos** para a Economia difere do de bens públicos para o Direito. Em termos econômicos, bem público é um bem não rival e não exclusivo, ou seja, é um bem cujo consumo por uma pessoa não impede que ele seja consumido por outro, além de não excluir determinado consumidor pela sua capacidade de arcar com o pagamento deste mesmo bem.³³² Exemplo bastante claro desse bem é o serviço de iluminação pública, pois atende a vários consumidores sem excluí-los mutuamente e nem há como predeterminar sua capacidade de pagamento, numa análise econômica.³³³ Por este motivo, para corrigir tal falha de mercado, haja vista a inexistência de incentivos para a prestação de tais serviços por agentes econômicos privados, é necessária a atuação estatal para realizar a mencionada prestação, seja direta ou indiretamente.

Num mercado competitivo, a concorrência é o fator crucial a determinar a busca de maior eficiência por parte das empresas. Aliás, como bem assevera Jacques Chevallier, não há como se referir a mercado sem falar em concorrência, pois aquele pressupõe a este³³⁴. O dinamismo do mercado configura-se na busca por novos produtos, mais tecnologia e preços mais competitivos. Sem essas características de produção, o mercado tende a reduzir a competitividade, eliminando assim a concorrência de outras empresas. A ausência da força motriz da competitividade torna o mercado menos eficiente e, portanto, mais restrito, podendo, enfim, se chegar ao **monopólio**.

³³¹ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 97.

³³² VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 98.

³³³ Ao contrário, sob o ponto de vista jurídico, foi estabelecida uma regra constitucional para arcar com o pagamento de tal serviço de iluminação pública – mediante a contribuição de iluminação pública (vide art. 149-A da Constituição Federal).

³³⁴ CHEVALLIER, Jacques. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133, out./dez. 2007.

Como argumentam Viegas e Macedo, um efeito indesejado da empresa monopolista é o exercício do poder de mercado, que se configura pela prática de preços elevados, oferta restrita e produtos ou serviços ineficientes. Por este motivo, asseveram que a “equidade, portanto, deve ser a preocupação do Estado para que a economia possa usufruir da *eficiência produtiva*, mas tendo como resultado final uma situação mais equitativa entre produtores e consumidores”.³³⁵

No âmbito dos serviços públicos, exatamente para tentar corrigir essas falhas de mercado, devem ser evitados os monopólios naturais, como o fornecimento de energia, água e esgoto, dentre outros, haja vista que a concorrência nesses setores deverá promover um mercado mais competitivo, com produção mais eficiente (leia-se: serviços mais eficientes) e preços mais competitivos (módicos).

Neste mesmo sentido, Cass R. Sunstein descreve como as normas reguladoras são uma resposta aos riscos de formação de monopólios:

Em situações de monopólio natural, os controles legais sobre comportamentos anticompetitivos são insuficientes. São os casos em que, por uma razão de economia de escala, se permite que as grandes empresas competidoras expulsem seus competidores do mercado, tendo em vista os seus baixos custos de atuação. Em tais situações, a solução comum consiste no estabelecimento de preços máximos e, possivelmente, em controles de qualidade. O objetivo básico é fornecer bens e serviços a níveis competitivos.³³⁶

Importante, outrossim, é diferenciar as falhas de mercado das de governo. Nem sempre o planejamento estatal e atuação das entidades reguladoras independentes conseguirão corrigir as falhas de mercado e alcançar o bem-estar da coletividade. Se as medidas e políticas regulatórias foram excessivas e causarem um efeito pior e indesejado nos mercados (com a exclusão de agentes econômicos, por exemplo), poder-se-á causar a formação de oligopólios ou até monopólios, o que seria contrário à livre concorrência e à livre iniciativa.

Nesta realidade de desregulação, resultado da implementação de políticas reguladoras inadequadas à realidade do mercado, surgem as falhas de governo (e não falhas de mercado), muito bem delineadas por Leonardo Vizeu Figueiredo como “toda e

³³⁵ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 101.

³³⁶ SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 35, jul./set. 2003.

qualquer situação de anormalidade em determinado nicho econômico, capaz de reduzir o bem-estar socioeconômico da população, resultante da manifestação de vontade estatal, representando entrave injustificável ao desenvolvimento da Nação”.³³⁷

Outra interessante distinção entre *falhas de mercado* e *falhas de governo* é feita por Vinícius Marques de Carvalho, do ponto de vista do processo histórico de privatização e desregulação econômica:

Enquanto a teoria das falhas de mercado procurava identificar nas estruturas de mercado os obstáculos à realização do ótimo de Pareto e transferia ao Estado a função de compensar essas falhas, a teoria das falhas de governo tentava identificar os fundamentos e as condições da não realização do interesse público pelo Estado.³³⁸

Por este motivo, surgiu uma corrente teórica que procurou investigar, de modo mais profundo, a legitimidade da aplicação da regulação nas atividades econômicas, considerando a própria eficácia dos instrumentos regulatórios para resolver problemas econômicos. Para Sam Peltzman³³⁹, a regulação estatal na economia, embora baseada no *interesse público*, muitas vezes privilegiava algumas empresas de determinados setores, ao garantir-lhes a aplicação de altas tarifas e a criação de barreiras para a entrada de novos concorrentes no mercado. Noutros termos, as ações públicas implementadas por meio de medidas regulatórias, no lugar de resolver as “falhas de mercado”, ensejavam ineficiência e criavam as chamadas “falhas de governo” e alcançando o contrário do que se propunham – a melhoria do bem-estar dos cidadãos.

3.6.4 Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*)

A Escola da Virgínia ou Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), tendo como representantes James McGill Buchanan e Gordon Tullock, defende a intervenção mínima do Estado na economia, mas justifica tal premissa no enfoque aos fracassos governamentais, ao contrário da proposta do Estado do Bem-Estar Social, de Keynes, ao

³³⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. cit.*, p. 124.

³³⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 48.

³³⁹ PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. In: **Brookings papers on economic activity: microeconomics**, 1989. Disponível em: <www.brookings.edu/~media/Projects/BPEA/1989-micro/1989_bpeamicro_peltzman.PDF>. Acesso em: 21 ago. 2015.

apontar as falhas do mercado. Cabe salientar, entretanto, não ser esta corrente mais uma doutrina adepta do neoliberalismo, pois aponta falhas tanto no governo como no mercado.

Os adeptos dessa corrente doutrinária realizam uma análise institucional comparada, partindo da premissa de que tanto o governo como o mercado são instituições imperfeitas, que merecem correções. Neste azo, interessante são as observações de Maurin Falcão e Iracema Abreu:

Nas lições da teoria, os conceitos de mercado e economia são aplicados à política e aos serviços públicos, ou seja, “estender as premissas de microeconomia ao comportamento político dos indivíduos”. Em vez de tratar os políticos de forma especial, trata-os como meros agentes humanos a serviço do interesse público. Nesse sentido, tem como fundamento a análise do indivíduo político e social através da metodologia econômica. Sustenta que cada agente político toma decisões que são contrárias a seus interesses pessoais, o que causaria uma maximização da utilidade deste ator social. O principal não seria mais a conservação de um Estado, porém a construção de uma permuta entre impostos pagos pelos cidadãos e os bens e serviços gerados através dessas despesas públicas.

O principal fundamento da Teoria da Escola de Virgínia é que as decisões políticas e econômicas dos governos são subordinadas a um grupo de poderes repartidos entre diferentes agentes com funções diferentes no sistema político. Assim, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a Administração Pública, os partidos políticos e os grupos de interesse intervêm na possibilidade e capacidade de executar as políticas públicas. Os indivíduos precisam, conforme essa teoria, “conter o excesso de poder do estado mediante instituições adequadas”.

Ainda de acordo com os autores, a Teoria da *Public Choice* influenciou, no Brasil, a reforma administrativa do aparelho estatal implementada pelo Ministro Bresser Pereira, em 1995, no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. O Plano Diretor da referida reforma estava calcado na mudança de paradigma da Administração Pública brasileira – de um modelo burocrático para um modelo gerencial³⁴⁰. Precisamente com esta reforma, surgiram as conhecidas agências autônomas, estruturadas como autarquias especiais, com objetivo de modernizar a gestão dos serviços públicos e estabelecer uma regulação destes, com o distanciamento necessário das interferências políticas governamentais.

Seguindo este parâmetro intermediário, interessante é destacar a Terceira Via, proposta por Anthony Giddens, no final do século XX. De acordo com esta teoria política,

³⁴⁰ Além da gestão, outro objetivo da reforma era a própria estrutura do funcionalismo público (número de servidores, despesas com pessoal, flexibilização de direitos, dentre outras).

compilaram-se características, tanto da socialdemocracia como do neoliberalismo, numa tentativa de solução das lacunas e falhas de ambas as ideologias políticas. O programa da terceira via está calcado nas seguintes diretrizes: a) o centro radical (nem o discurso da direita que diz “o governo é o inimigo”, nem o da esquerda que afirma “o governo é a resposta”); b) novo Estado democrático (o Estado sem inimigos); c) sociedade civil ativa; d) família democrática; e) nova economia mista; f) igualdade como inclusão; g) *Welfare* positivo; h) Estado do investimento social; i) nação cosmopolita; e j) democracia cosmopolita.³⁴¹

No que afeta diretamente este trabalho, a Teoria da Terceira Via apregoa uma nova economia mista, que busca

[...] uma nova sinergia entre os setores público e privado, utilizando o dinamismo dos mercados mas tendo em mente o interesse público. Ela envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não-econômico na vida da sociedade.³⁴²

Deste modo, a reforma do Estado com a instituição de agências reguladoras no Brasil, com o Plano Bresser Pereira, foi, de certa maneira, a implementação de uma das diretrizes da Terceira Via, de Anthony Giddens. Para a efetiva implementação dessa nova economia mista – com empreendedorismo, criação de economia dinâmica, parcerias entre Estado e a iniciativa privada, conexão entre políticas sociais e econômicas, Estado de bem-estar sustentável, capitalismo responsável³⁴³ – está, porém, ainda longe de ser alcançada no Brasil.

Uma corrente doutrinária que critica o neoclássico econômico é a Escola da *Nova Economia Institucional*, cujos doutrinadores não negam os pressupostos e o método neoclássico, mas apenas cuidam de estudar novos campos, como o das instituições sociais. Douglass North é um dos expoentes desse grupo teórico, que vincula desenvolvimento econômico ao desenvolvimento das instituições³⁴⁴. A corrente da *New*

³⁴¹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 80.

³⁴² GIDDENS, Anthony. *Op. cit.*, p. 109-110.

³⁴³ Estes são objetivos específicos da diretriz da nova economia mista da Teoria da Terceira Via, apontados por Maurin Falcão e Iracema Abreu. *Op. cit.*, p. 87.

³⁴⁴ NORTH, Douglass Cecil. **Transaction cost, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 6.

Institutional Law and Economics – cujos expoentes maiores são Douglass North e Oliver Williamson – se baseia na análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações da sociedade, tanto públicas como privadas, propondo a interação contínua das normas jurídicas e a economia.³⁴⁵

Outro importante economista, que também critica a teoria econômica neoclássica, é Amartya Sen, cujo destaque principal é sua dedicação a questões de pobreza e desenvolvimento. A grande crítica do Economista indiano à Teoria da Escolha Pública cinge-se ao parâmetro de definição do *ótimo social* apenas em razão do aumento de riqueza total, devendo o conceito de racionalidade econômica ser objeto de uma revisão ética. Por este motivo, Amartya Sen defende o desenvolvimento como expansão das liberdades reais das pessoas, não apenas como o crescimento do produto nacional bruto (PNB), mas também de outros fatores determinantes (sociais, econômicos e até civis)³⁴⁶.

Calixto Salomão, a despeito de apontar falhas nas discussões desenvolvimentistas de North e Sen, por indicarem soluções unitárias no espaço e no tempo para os problemas do desenvolvimento econômico, ressalta as contribuições dos dois autores aos processos de desenvolvimento, que dependem tanto das instituições como dos valores sociais³⁴⁷.

3.6.5 Teoria da Organização Administrativa

Pela Teoria da Organização Administrativa (“*Organizational Behavior*” *Theory*), a chave para o entendimento da regulação reside no estudo organizacional das agências reguladoras. O desenvolvimento de uma regulação eficiente passa,

³⁴⁵ A corrente do *New Institutional Law and Economics* é muito bem explicada por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn. *Op. cit.*, p. 2-3.

³⁴⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16.

³⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 17.

necessariamente, por agências reguladoras dotadas de maiores poderes, capazes de criar mais normatizações para os agentes econômicos.

Com base nesta teoria, a característica primordial da regulação está fincada exatamente no seu modelo de organização administrativa policêntrica, que suplanta o modelo organizacional clássico baseado na hierarquia administrativa. Por este motivo, a atividade reguladora tende a ser mais técnica e eficiente, menos burocrática, voltada à consecução do aprimoramento dos setores regulados (serviços públicos e atividade econômicas).

Por outro lado, critica-se essa teoria, sob o ponto de vista da análise custo/benefício, pois há certos setores com regulações irracionais e demasiadas, tornando o custo de existência destas agências para o Governo bastante elevado. Nestes casos, verifica-se uma supremacia da regulação e, às vezes, um agigantamento de sua estrutura e de sua produção normativa, cujo desequilíbrio também não é salutar nem para o mercado, nem para os consumidores e tampouco para a sociedade.

O agigantamento das normas regulatórias é, inclusive, uma das críticas de Cass Sunstein ao aparato normativo das agências reguladoras dos Estados Unidos da América e, por conseguinte, do próprio governo. Dentre as políticas propostas pelo autor ianque³⁴⁸, uma delas consiste em imprimir esforços para promover a cooperação internacional para regulação, mediante a eliminação das divergências sem sentido nos requisitos regulatórios além das fronteiras nacionais. Por este motivo, o grande objetivo do Jurista é simplificar, pois, com uma redução substancial das atuais funções governamentais, o governo poderá ser mais efetivo, muito menos confuso e contraprodutivo³⁴⁹.

Marçal Justen Filho também não deixou passar sem perceber o problema da proliferação das agências reguladoras estadunidenses, nos anos de 1960 a 1970, movimento chamado de “segunda onda” regulatória, que culminou tanto no crescimento

³⁴⁸ Algumas dessas propostas foram postas em prática quando Cass Sunstein participara, como Chefe da *OIRA (Office of Information and Regulatory Affairs)*, na Administração do Presidente Barack Obama no Governo dos Estados Unidos da América. SUNSTEIN, Cass. R. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster, 2014, p. 03.

³⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 10-11.

quantitativo como no desenvolvimento qualitativo, justamente em razão da insuficiência do livre mercado em produzir os resultados úteis e benéficos à sociedade estadunidense, ou seja, para a realização dos valores não econômicos.³⁵⁰

3.6.6 *Há um modelo regulatório ideal?*

O fenômeno regulatório pode ser estudado por diversas categorias, a depender da perspectiva a ser abordada e de sua respectiva metodologia. Assim, a regulação econômica pode ser analisada sob o ponto de vista de suas técnicas, sujeitos, fontes, objetos e de seu grau de intensidade.

Sob o ponto prisma técnico, a regulação pode ser realizada mediante gestão ou por via da atividade normativa. No que diz respeito à regulação por intermédio da gestão, o parâmetro regulatório deve estar firmado num contrato de gestão entre o Poder Central e a Agência. Este contrato, que possui caráter político, segundo Marcos Juruena Villela Souto, estabelece o controle finalístico das agências reguladoras pela Administração Pública Central, bem como estabelece as condições para a “moldura regulatória”.³⁵¹ A técnica regulatória exercida mediante atividade normativa se efetiva pela expedição de documentos normativos infralegais, que não se confundem com os regulamentos. A edição destes atos normativos, calcados no princípio da legalidade, tem por objetivo estabelecer os parâmetros técnicos, o detalhamento das obrigações e deveres por parte dos setores regulados.

Sob o ângulo dos sujeitos, a regulação pode ser exercida sobre as pessoas jurídicas de Direito Público e pessoas jurídicas de Direito Privado. Partindo da premissa constitucional da participação excepcional do Estado na exploração direta de atividades econômicas, a regulação de serviços públicos ou de atividades econômicas, geralmente, é exercida sobre pessoas jurídicas de Direito Privado. Nada obsta, entretanto, que o

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 79.

³⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 98.

prestador de um serviço público seja constituído por lei e faça parte da Administração Pública Indireta de determinado ente federado.

As fontes da regulação econômica são os mais diversos diplomas normativos (Constituição, leis, regulamentos, contratos). Geralmente, as diretrizes da regulação econômica podem constar dos próprios textos constitucionais, a exemplo do brasileiro³⁵². As leis ordinárias ou complementares têm por finalidade estabelecer os marcos regulatórios das atividades econômicas e dos serviços públicos, especificamente determinando o objeto da regulação, os agentes econômicos envolvidos, a(s) entidade(s) reguladora(s), os papéis de cada um dos envolvidos no referido sistema, a modalidade de remuneração das atividades e serviços, dentre outros temas relevantes e pertinentes à regulação. Os regulamentos, por sua vez, possuem o escopo de tratar detalhadamente cada um dos temas caros à regulação, de modo a deixar claros e explícitos os limites e as garantias de cada um dos agentes envolvidos na regulação.

No que concerne ao objeto da regulação, Egon Bockman esclarece que ela pode compreender quatro espécies: a) funcionamento da Administração Pública; b) comportamento econômico de pessoas de Direito Privado; c) comportamento ético das pessoas jurídicas de Direito Privado ou de agentes públicos; e d) os parâmetros técnicos a serem atendidos nas atividades reguladas.³⁵³

Ainda no que diz respeito aos parâmetros técnicos, mas com enfoque no grau de liberdade empresarial, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara entendem existirem e conviverem no serviço público dois modelos regulatórios: o político e o técnico. Para se identificar o modelo regulador setorial, é necessário interpretar as cláusulas gerais de competência reguladora dos serviços públicos:

No modelo político, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação de largo espectro, que não encontra limite em qualquer direito à liberdade empresarial dos regulados; é um poder total, no sentido de que pode ir até onde os critérios políticos da autoridade determinarem. Já no modelo técnico, a autoridade reguladora recebe um poder de conformação setorial limitado pelos espaços de liberdade empresarial assegurados pela lei.³⁵⁴

³⁵² Conforme se depreende dos artigos 170, 173, 174, 175, 177 e 178 da Constituição Federal de 1988.

³⁵³ BOCKMAN, 2014, p. 114.

³⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55, abr./jun. 2009.

Exemplo de modelo regulatório político é o atualmente existente no setor aéreo, tanto no de serviços como de infraestrutura. A Lei Federal nº 11.182/2005 foi editada principalmente para criar a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), bem como estabelecer as normas gerais do modelo de regulação do setor de aviação. Obviamente, devendo estrita obediência à lei, compete à ANAC tanto uma competência reguladora, em caráter amplo³⁵⁵, como o setor aéreo é regulado com base no regime da liberdade tarifária³⁵⁶.

Por fim, no que concerne ao grau de intensidade, existem a *soft regulation* e a *hard regulation*. A *soft regulation* (“macia”) é a regulação baseada em incentivos e estímulos ao agente regulado, e não em ordens ou sanções, podendo inclusive abranger benefícios fiscais. Já a *hard regulation* é aquela regulação estruturada em condutas impositivas ou proibitivas aos agentes regulados, de modo a reduzir-lhes a liberdade de ação.

Um exemplo da regulação por incentivos é aquela proposta na metodologia tarifária do serviço público de energia elétrica realizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Neste caso, o padrão regulatório desenvolvido pela agência reguladora federal é um indicativo às concessionárias distribuidoras de energia baseado

³⁵⁵ Art. 5º A ANAC atuará como autoridade da aviação civil, assegurando-se-lhes, nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência. (...)

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: I – implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil; (...) X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil; XI – expedir regras sobre segurança em área aeroportuária e a bordo de aeronaves civis, porte e transporte de cargas perigosas, inclusive o porte ou transporte de armamento, explosivos, material bélico ou de quaisquer outros produtos, substâncias ou objetos que possam pôr em risco os tripulantes ou passageiros, ou a própria aeronave ou, ainda, que sejam nocivos à saúde; XII – regular e fiscalizar as medidas a serem adotadas pelas empresas prestadoras de serviços aéreos, e exploradoras de infra-estrutura aeroportuária, para prevenção quanto ao uso por seus tripulantes ou pessoal técnico de manutenção e operação que tenha acesso às aeronaves, de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, que possam determinar dependência física ou psíquica, permanente ou transitória; XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos; XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos; (...)

³⁵⁶ Art. 49. Na prestação de serviços aéreos regulares, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.

§1º No regime de liberdade tarifária, as concessionárias ou permissionárias poderão determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à ANAC, em prazo por esta definido.

em forte incentivo para a redução de perdas, como bem explica Fábio Amorim da Rocha³⁵⁷:

Com a finalidade de se calcular os montantes de energia que serão considerados nos processos tarifários, a ANEEL determina, para cada ano de um período tarifário, o nível máximo de perdas a serem admitidas sobre as quantidades de energia elétrica que a distribuidora necessita para atender seu mercado. Essa determinação pode ser feita mediante fixação de um valor único para todo o período tarifário ou mediante a definição de uma “trajetória” ou curva decrescente. Com o valor “regulatório” de perdas determinado dessa forma, se calcula o montante de energia a ser considerado na Parcela A³⁵⁸ das tarifas da concessionária. Isso significa valorar as perdas ao preço representativo das compras de energia elétrica da distribuidora. Do exposto, se depreende que a concessionária distribuidora tem um forte incentivo para reduzir as perdas a níveis inferiores ao “padrão regulatório”, já que poderá reter como benefício, durante o período tarifário, a diferença entre esse montante e o valor que possa obter na realidade, valorada ao preço de compra. Este incentivo, porém, está ligado à metodologia da regulação de perdas definida pelo Regulador.

Ante todas essas classificações e categorias, resta a indagação: há um modelo regulatório ideal? A resposta é negativa. A adoção de um modelo regulatório deve se pautar em vários critérios, pois depende da atividade regulada, do próprio mercado, do momento histórico, do cenário social, da estrutura política e da situação econômica de um determinado país. Por esse motivo, Egon Bockman asseve inexistir um monoteísmo regulatório, nem sua monotemática nem sua monocultura.³⁵⁹ A mesma ideia é defendida por Cláudia Viegas e Bernardo Macedo:

São vários os arranjos regulatórios possíveis para alinhar a conduta do regulado na direção de incrementos de eficiência produtiva com maior equidade perante os consumidores. Tais arranjos devem respeitar as especificidades setoriais, bem como as características específicas do mercado em questão. Daí não haver uma receita única para o melhor arranjo regulatório.³⁶⁰

Calixto Salomão Filho, ao apontar falhas e limitações nas teorias das escolas de regulação, propõe uma teoria da regulação cujo modelo inverte a lógica do objetivo essencial da atividade regulatória estatal: priorizar a concorrência e não o mercado. Com efeito, a regulação propicia a difusão do conhecimento econômico aos agentes

³⁵⁷ ROCHA, Fábio Amorim da. **As irregularidades no consumo de energia elétrica**: doutrina, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. 101.

³⁵⁸ Parcela A “é composta pela receita dos custos não gerenciáveis pela concessionária, tais como energia comprada para revenda, quotas de Reserva Global de Reversão – RGR, dentre outras”. Para complementar a informação, a Parcela B é “o valor remanescente da receita da concessionária depois de deduzida a Parcela A, constituindo-se por óbvio nos custos gerenciáveis”. As Parcelas A e B são itens na formação do preço final da tarifa de energia elétrica. ROCHA, Fábio Amorim da. *Op. cit.*, p. 97.

³⁵⁹ BOCKMAN, 2014, p. 118.

³⁶⁰ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. *Op. cit.*, p. 102.

interessados, garantindo-lhes, de início, condições iguais de concorrência. Neste sentido, a regulação é entendida como *due process clause* (princípio do contraditório) no campo econômico:

[...] o fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica. A idéia é semelhante à das correntes mais progressistas do realismo jurídico, que, colocadas diante do problema de encontrar o fundamento para a norma e querendo evitar a discussão em termos exclusivamente políticos da questão, respondem defendendo a norma processual, direcionada a encontrar a regra jurídica justa, e, assim, abrem a porta para o desenvolvimento da *due process clause*.

[...]

Essa mudança no foco da preocupação – da busca de um objetivo predeterminado e pré-jurídico para a garantia efetiva da correção e da lealdade da integração dos vários agentes econômicos no mercado e de sua igualdade material em termos concorrenciais – é uma resposta à questão do fundamento da regulação (*due process clause* em matéria econômica).

Enquanto garantia institucional da correção e equilíbrio do processo de interação econômica, a regulação ganha justificativa autônoma. A razão é que deixa de haver um fundamento pré ou ultrajurídico para a regulação. Sua justificativa passa a ser apenas a de criar uma igualdade jurídica material, e não meramente formal, entre todos os agentes econômicos e garantir a correção de seu procedimento no mercado.³⁶¹

Com o intuito de incentivar boas práticas de governança, bem como para inibir condutas nocivas e combater falhas de mercado ou de governo, Juarez Freitas, a despeito de não definir um modelo regulatório ideal, reúne as principais funções regulatórias necessárias para um Estado-Administração:

- a) defesa da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais e da sustentabilidade de induções estratégicas ou de interesse geral;
- b) a mitigação das falhas de mercado e de governo, sem minimizar os riscos de captura e ilusões cognitivas (“biases”), donde segue a relevância do (re)desenho institucional e do escrutínio dinâmico de benefícios líquidos de longo prazo, não apenas materiais;
- c) o exercício, nos limites competenciais, da função arbitral pública no setor regulado;
- d) o desempenho de atividade (preventiva ou repressiva) de polícia administrativa em sentido amplo (*ex ante* e repressiva);
- e) a implementação, com avaliação contínua de impactos, das políticas públicas, observados parâmetros cogentes (vinculantes da discricionariedade), em face da constitucionalização de expressiva parcela dessas políticas;
- f) o fomento, o incentivo e o induzimento de modos de produção e de consumo inclusivos, limpos e equitativos;
- g) a promoção, com o respeito à autonomia, de ambiente negocial previsível e desburocratizado, em especial na defesa do uso cooperativo dos bens de uso comum do povo.³⁶²

³⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 35-36.

³⁶² FREITAS, Juarez. Direito da regulação: avaliação de impactos de longo prazo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 281, jan./fev. 2015.

E complementa Juarez Freitas, analisando a extensão da atuação regulatória estatal, que a posição ideal, numa arquitetura regulatória idônea, articulada e independente, é aquela pela qual o Estado-Administração assume um papel de protagonista moderado no mercado e no desenvolvimento da sociedade. Noutros termos, nem a regulação estatal pode estar contaminada ou capturada pela máquina pública, em termos de interesses políticos ou dos representantes eleitos, nem ela pode assumir uma posição autoritária, ao impor escolhas sem as necessárias discussões ou a mínima adesão da sociedade.³⁶³

Não se pode, *a priori*, predeterminar um modelo regulatório ideal aplicável a todas as atividades econômicas ou a todos os serviços públicos passíveis de regulação. Não há uma fórmula-padrão que possa ser utilizada para a regulação estatal em todos os setores econômicos, que inclusive seja viável em vários países. Este entendimento é o mesmo de Giovani Ribeiro Loss:

O posicionamento que aqui se defende, portanto, é o de que qualquer prescrição genérica que busque delimitar a intensidade, a abrangência e a forma de regulação estatal é inevitavelmente falha por desconSIDERAR as características peculiares de cada setor da economia.

Em atendimento ao Teorema de Coase, a regulação jurídica poderá, em diversos casos, buscar a solução ótima, em termos de externalidades, entre os agentes econômicos e a sociedade.

Nesse sentido, nenhum valor da sociedade, nem mesmo as externalidades sociais, pode ser considerado de antemão absoluto e, portanto, determinante na escolha da política regulatória estatal sem que haja a devida análise do caso específico. Até porque há várias formas de internalizar as externalidades sociais para evitar ou minimizar seus efeitos desde os princípios do direito da propriedade e da função social (constitucionalmente previstos), passando pelas multas e tributos incidentes sobre o processo de implantação, produção e comercialização de produtos e serviços, até formas mais severas de regulação estatal.

Sendo assim, a opção entre regular mais, ou menos, ou ainda desregular dado setor da economia, deve ser considerada um *trade off*, em que precisam ser sopesados os benefícios e os malefícios à coletividade.³⁶⁴

Resta claro, portanto, inexistir um modelo regulatório ideal e/ou aplicável a todos os setores, a todas as atividades econômicas ou a todos os serviços públicos. Em

³⁶³ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 282.

³⁶⁴ LOSS, Giovani Ribeiro. *Op. cit.*, p. 39.

verdade, devem ser analisados os benefícios e malefícios de uma dada regulação em cada caso específico, consideradas as externalidades envolvidas no caso.

Essas externalidades devem ser entendidas como interferências ou influências de alguns fatores ou de alguns sujeitos nas atividades de outro. Segundo Washington Peluso: “São efeitos ‘externos’, laterais, intencionais ou não, produzindo aquele resultado. Pratica-se habitualmente a ‘regulação’ como uma ‘interferência intencional’ para corrigir uma ‘interferência lateral’ e extinguir a ‘externalidade’”.³⁶⁵

Augusto de la Torre e Alain Ize pregam a necessidade de uma reforma regulatória, integrando paradigmas com base numa nova estrutura regulatória. A proposta dos autores baseia-se em três grandes objetivos que gravitam ao redor da ideia de um novo paradigma relativo às externalidades: a) completa neutralidade regulatória (mediante a aplicação uniforme da regulação a todos os agentes; b) manter o sistema razoavelmente perto de um caminho estável (aumentando a possibilidade de os preços refletirem os custos, por meio de um melhor alinhamento dos incentivos); c) continuar a melhorar a rede de segurança, refletindo sua centralidade para os paradigmas de externalidades e oscilações de humor (aprimorando a supervisão, a vigilância, bem como revisando os elevados custos sociais dos sistemas)³⁶⁶.

A despeito da necessidade de uma análise setorial, é possível inferir do ordenamento jurídico brasileiro alguns dispositivos constitucionais balizadores da atuação regulatória, não para a definição de um modelo regulatório, mas a fim de estabelecerem suas premissas e limites constitucionais.

Os fundamentos jurídicos básicos para a atuação regulatória, no Brasil, encontram-se no art. 170, *caput*, incisos e parágrafo único, 173, 174 e 175 da Constituição Federal. A livre iniciativa (art. 170, *caput*) e a livre concorrência (art. 170, IV), somadas à proteção à propriedade privada (art. 170, II), constituem a base da atividade econômica no seu sentido mais clássico, mais liberal. A ordem econômica brasileira, entretanto,

³⁶⁵ SOUZA, 2005, p. 339.

³⁶⁶ DE LA TORRE, Augusto; IZE, Alain. **Regulatory reform: integrating paradigms**. Washington, DC: The World Bank - Latin America and Caribbean Region. Chief Economist Office. February, 2009. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/05/04/000158349_20090504085341/Rendered/PDF/WPS4842.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

contrapõe àquelas premissas princípios como o da valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*), da dignidade da pessoa humana (art. 170, *caput*), da justiça social (art. 170, *caput*), da função social da propriedade (art. 170, III), da defesa do consumidor (art. 170, V) e da defesa do meio ambiente (art. 170, VI). Portanto, a regulação da atividade econômica deve levar em consideração tais princípios no desenvolvimento de atividade fiscalizatória, regulatória e normativa.

Ademais, o legislador constituinte fixou uma premissa muito clara: a exploração da atividade econômica, como regra, é desempenhada pela iniciativa privada e, somente em caráter excepcional (art. 173, CF), pelo Estado. Destarte, o funcionamento das empresas públicas e das sociedades de economia mista deve ser fiscalizado, de modo contínuo, pelo Estado e pela sociedade (art. 173, inciso I, CF). As agências reguladoras também exercem, neste ponto, papel de destaque na fiscalização das mencionadas entidades paraestatais tanto na prestação de serviços públicos (v.g., regulação exercida pela ARCE no serviço público de saneamento básico prestado pela CAGECE, no Estado do Ceará) como na exploração de atividades econômicas (v.g., regulação exercida pela ANP na Petrobrás).

O ápice da diretriz constitucional regulatória está no artigo 174 da Carta Suprema ao delinear bem as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Neste sentido, as funções estatais congregam a atividade de fiscalização, incentivo e planejamento (“sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”). Portanto, um modelo de regulação das atividades econômicas deve ser estruturado para conjugar três dimensões de atuação distintas da entidade reguladora, o que muito dificilmente ocorre no Brasil.

Por fim, um modelo regulatório de serviços públicos no País deve seguir as diretrizes constitucionais do artigo 175, seja por meio da prestação direta do Poder Público, seja mediante o regime de concessão ou permissão de serviços públicos, estes precedidos de licitação. De um modo ou de outro (prestação direta ou delegada), a princípio, não há distinções constitucionais essenciais na estruturação de um modelo regulatório de serviços públicos.

Indo além de um modelo regulatório de mera intervenção na atividade econômica, Marçal Justen Filho desenvolve seu raciocínio acerca das finalidades da

regulação, concluindo também pela inexistência de um modelo regulatório ideal, pois a ideia da regulação de um Estado passa pelas escolhas das políticas públicas, pela realização de valores econômicos e sociais, mas sempre voltados para a realização do interesse público:

A configuração de um modelo regulatório significa uma inovação característica, consistente na estruturação sistemática da atividade regulatória. Anteriormente, a produção da regulação era aleatória, desorganizada e eventual. Era uma alternativa secundária para a realização dos fins do Estado. A consagração do modelo regulatório significa a eleição da via regulatória como uma forma essencial de realização do interesse público, o que significa a organização racional de um sistema de produção de regulação. Alude-se a modelo regulatório para indicar essa vocação primordial do Estado para produção da regulação. Por isso, a regulação deixa de ser um instrumento de mera intervenção no domínio econômico para adquirir amplitude cada vez mais significativa.³⁶⁷

Neste mesmo sentido, Vitor Schirato assevera serem de suma importância a estabilidade e a tecnicidade da regulação dos serviços públicos para o estabelecimento de políticas públicas adequadas de serviços públicos, saindo da “era do espetáculo” para a “era da realidade”.³⁶⁸ Por este motivo, não importa “quem” desenvolve a atividade econômica ou presta o serviço público (se o Poder Público ou se agentes econômicos), mas “como” essa atividade econômica ou esse serviço público é prestado, ou seja, a escolha de uma política pública adequada. Corrobora-se este entendimento, adotando-se a premissa de que, de fato, o que importa e conduz à realização do interesse público é se o serviço é eficientemente prestado e é de qualidade.

3.7 Governança regulatória

O tema da governança é discutido, atualmente, em todo tipo de organização, seja do Estado, dos partidos políticos, das empresas e dos mais diversos grupos sociais. O discurso está pautado na ideia de que os métodos tradicionais de organização e

³⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 41.

³⁶⁸ Para o autor, em matéria de concessão de serviços públicos, vive-se a era do espetáculo. A Administração Pública brasileira supervaloriza o critério do menor preço nas licitações para a concessão de serviços públicos, quando sua preocupação primordial, na verdade, deveria ser com a qualidade do serviço público prestado e com o comprometimento do particular para realizar este desiderato. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p.167).

funcionamento dos grupos sociais antes citados não são mais úteis para solucionar os conflitos e as “crises de governabilidade”.

Pautada tanto numa vertente normativa (prescritiva) como analítica (descritiva), segundo Jacques Chevallier, “sustentada por um conjunto de representações, ligadas entre si e constitutivas de uma ideologia coerente, a governança é utilizada como meio de legitimação dos poderes estabelecidos e motor de mudança política”.³⁶⁹ Portanto, primordialmente, a governança é objeto de estudo no seio das Ciências Sociais, mas também desenvolve suas questões com o Direito, haja vista sua expressão de poder.

Continua o Professor francês asseverando que, apesar da evolução de algumas técnicas jurídicas, a governança encontra pouca receptividade no âmbito das Ciências Jurídicas. É no direito da regulação, todavia, que a governança encontra maior afinidade, isto porque a regulação se consubstancia na atribuição de funções e no exercício de atividades fora do modelo tradicional de organização estatal, mas que deve manter um equilíbrio em seu conjunto (Poder Estatal, usuários dos serviços/beneficiários das atividades reguladas e as entidades reguladas). Daí a síntese singular de que a “regulação pressupõe a governança, com a qual ela forma uma dupla indissociável”.³⁷⁰

Neste âmbito de ordenamento plural e complexo, Rafael Carvalho Rezende Oliveira firma o conceito de governança regulatória em dois sentidos: a) um amplo – modo de gestão eficaz; b) restrito – modo de participação da sociedade civil na produção de políticas públicas. E conclui:

No âmbito da regulação, é possível afirmar que a “governança regulatória” significa a busca por instrumentos de maior legitimidade (ex: participação na formulação da decisão administrativa) e de maior eficiência (ex: planejamento e controle de resultados) por parte dos reguladores.³⁷¹

Com maior enfoque no sistema e nos instrumentos de políticas regulatórias, Scott Jacobs e Peter Ladegaard, em estudo pelo Banco Mundial, assim definem a governança regulatória:

³⁶⁹ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129, out./dez. 2005.

³⁷⁰ CHEVALLIER, Jacques. *Op. cit.*, p. 130.

³⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 178, out./dez. 2011.

the systematic implementation and operation of government-wide policies on how to use regulatory powers to produce quality regulation within the procedural values of the governing system (such as democratic processes). Good regulatory governance is grounded in the view that ensuring the quality of regulation is a permanent and essential role of government, not a one-off set of improvements, and that institutional capacities should be designed around a clear view of the appropriate use of regulation in society.³⁷²

Depreende-se, portanto, que a governança regulatória não está atrelada apenas ao funcionamento das agências reguladoras, pois também relacionada ao próprio papel institucional de Estado e das políticas públicas em prol da sociedade. Nesse mesmo sentido, Luiz Alberto dos Santos defende o argumento de que a

[...] governança regulatória não se resume, porém, ao enfrentamento de temas relacionados apenas à organização e funcionamento das agências reguladoras e órgãos supervisores ou formuladores das políticas setoriais. Ela se insere em um contexto maior que diz respeito ao funcionamento do governo como um todo, no exercício de suas capacidades e em suas relações com a sociedade e agentes econômicos. Essa governança é ainda mais complexa em virtude dos fatores determinantes da democracia, tão representativa quanto a *governança democrática* ou *democracia participativa*, que surge a partir das demandas cada vez mais intensas da sociedade organizada e dos grupos de interesse.³⁷³

Feitas estas considerações acerca da governança regulatória e de como devem estar ligadas as agências reguladoras ao próprio funcionamento do Estado num contexto mais complexo da democracia, de modo a promover as relações entre este Ente, a sociedade e os agentes econômicos, necessário se faz aprofundar alguns mecanismos regulatórios de atuação no mercado e seus reflexos para a sociedade.

A par da regulação estatal propriamente dita, o mercado pode livremente ser regulado pelas regras da oferta e da procura, do melhor preço, do melhor produto, enfim, a economia pode se reger de acordo com a vontade dos agentes econômicos e dos

³⁷² Em tradução livre: “a implementação e operação sistemática de políticas sobre como usar os poderes regulatórios para produzir regulação de qualidade dentro dos valores processuais do sistema de governo (tais como os processos democráticos). Uma boa governança regulatória assenta no princípio de que a qualidade da regulação é um papel permanente e essencial do governo, não um conjunto único de melhorias, e que as capacidades institucionais devem ser concebidas em torno de uma visão clara do uso adequado da regulação na sociedade”. JACOBS, Scott; LADEGAARD, Peter. **Better Regulation For Growth: regulatory governance in developing countries**. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713050729/Rendered/PDF/556450WP0Box0349461B0GovReg01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

³⁷³ SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006, p. 119-120.

consumidores, independentemente da interferência ou da vontade estatal. Consiste na ausência de regulação institucionalizada ou uma verdadeira *desregulação*.

É possível encontrar, ainda, a chamada *autorregulação* decorrente de entidades privadas, que previamente delimitam as regras, códigos de conduta e regulamentos a serem seguidos por determinadas empresas de um dado setor da economia. Para Alexandre Santos de Aragão, a autorregulação é “levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas (autorregulação associativa), sem qualquer delegação ou chancela estatal (ex: selos de qualidade)”.³⁷⁴

Ainda se pode falar da *regulação pública não estatal* ou *autorregulação regulada*, feita por entidades privadas, “mas por delegação do Estado ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal”.³⁷⁵ Um exemplo desta prática está na Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997³⁷⁶, em seu artigo 8º, que trata das atribuições da Agência Nacional do Petróleo (ANP), dentre elas, “fazer cumprir as **boas práticas** de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente”.³⁷⁷ (grifou-se)

Num estudo interessante sobre a autorregulação da economia contemporânea, Floriano de Azevedo Marques Neto identifica três espécies distintas de autorregulação desde sua relação com o Direito Estatal. Assim, existem a autorregulação delegada, induzida e espontânea. O primeiro caso é instituído via a transferência legal de competências regulatórias estatais para o particular ou organizações dotadas de certo grau de coercitividade (ex: conselhos profissionais da OAB, CREA, CRM etc.). Na autorregulação induzida, o exercício da atividade regulatória é feito por instituições ou entidades da sociedade, por incentivo ou recomendação estatal, mas sem intervenção do Poder Público (ex: institutos de certificação de produtos ou processos, tais como Certificado ISSO 9000). Por fim, a última espécie de autorregulação se dá por inteira liberdade dos agentes privados, independentemente de qualquer atuação estatal. Inexiste

³⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 209.

³⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, p. 209.

³⁷⁶ Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio de petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm>. Acesso em: 22 fev. 2015.

³⁷⁷ Inciso IX com redação dada pela Lei Federal nº 11.097, de 13 de janeiro de 2005.

qualquer delegação de competências regulatórias, tampouco mecanismo de licença, parceria ou convênio com o Poder Público (ex: selos de qualidade).³⁷⁸

Bertrand du Marais entende que os distintos modelos institucionais de regulação resultam das variadas posições filosóficas concernentes ao papel do Estado e ao grau de intervenção pública na economia. Além dos três modelos tradicionais (regulação espontânea, autorregulação e correção), alude ser possível o quarto modelo pela combinação dos outros.³⁷⁹

Assim, percebe-se que os modelos regulatórios variam conforme a posição filosófica adotada por determinado Estado e, por conseguinte, o grau de intervenção estatal na economia³⁸⁰. Tais concepções filosóficas envolvem também distintas ideologias no modo ou no estilo da ação pública, ou seja, no desenvolvimento da governança. Há várias ideologias acerca da regulação, que podem retratar as maneiras diversas de atuação estatal e as concepções de regulação relacionadas às atividades reguladas. As concepções ideológicas mais importantes são: *social marketeers*, *free marketeers* e *good governance*.³⁸¹

A ideia da doutrina dos defensores sociais do mercado (*social marketeers*³⁸²) parte da premissa da enorme complexidade da atuação regulatória, não obstante o princípio básico da liberdade do mercado. Defendem, contudo, a posição de que é dever da autoridade reguladora controlar o mercado, prevenindo e corrigindo os desequilíbrios, de modo a promover a realização dos valores sociais, ou seja, não econômicos.

A segunda corrente é a dos defensores do livre mercado (*free marketeers*), cuja finalidade essencial é autoexplicativa em razão do nome adotado. Para este grupo

³⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 90-91, jan./mar. 2011.

³⁷⁹ MARAIS, Bertrand du. *Op. cit.*, p. 485.

³⁸⁰ Mariana Mota Prado suscita, exatamente, o controverso argumento da necessidade ou não da regulação no setor de energia elétrica, aduzindo as posições controversas na literatura acerca da maior ou menor gradação do livre mercado, bem como da menor ou maior ingerência da regulação no referido setor. *In*: O setor de energia elétrica. SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico: Direito e Economia na regulação setorial**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

³⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 39.

³⁸² Marçal Justen Filho explica muito bem que a tradução literal do termo “*marketeers*” para o português como “marqueteiros” é incabível, tendo em vista o significado e a noção pejorativa do termo no Brasil. Por essa razão, ele defende a adoção da expressão “defensores sociais do mercado”. *Op. cit.*, p. 39.

doutrinário, o melhor ambiente, o mais propício para o desenvolvimento das atividades econômicas é aquele onde inexistente a regulação, por ser esta indesejada.

A terceira opção ideológica da regulação cinge-se à ideia da boa governança (*good governance*). Para esta doutrina, a regulação consiste em atos estatais que devem sempre primar pela razoabilidade e a proporcionalidade. Não há, *a priori*, nem uma predisposição a tomar decisões a favor do livre mercado, nem sempre passíveis de promoção de valores não econômicos. Por esta razão, a boa governança regulatória não é um fim em si mesma, pois, quaisquer que sejam as finalidades regulatórias, ela se caracteriza pela adoção de procedimentos adequados e razoáveis, na justa medida, tanto para garantir um ambiente econômico equilibrado como para realização do interesse público.

A boa governança significa instituições apropriadas, seja na esfera pública, ou no âmbito privado, para manejar os assuntos de interesse do País. Assim sendo, quando há uma boa articulação entre os diversos grupos sociais, com respeito aos mecanismos, processos e instituições, bem como às autoridades políticas, os cidadãos conseguem exercer seus direitos, cumprir com suas obrigações e resolver seus litígios de modo adequado.

Além da governança à margem do direito, não se pode olvidar da influência do direito no desenvolvimento da governança. Assim, a “procedimentalização” da governança tem por objeto definir as regras do jogo, como devem participar os agentes sociais envolvidos, quais são as regras do processo formal para tomada de decisões, como devem ser produzidas eventuais negociações e as técnicas de consulta aos cidadãos.

Exemplo de procedimentalização da governança é o que faz a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como ente regulador (normatizador, fiscalizador, disciplinador e desenvolvedor) do mercado de valores mobiliários no Brasil. Na Cartilha de Governança Corporativa da CVM³⁸³, tem-se a seguinte definição:

³⁸³ Vide art. 35 da Instrução Normativa nº 361, de 5 de março de 2002 (quando assegura “práticas diferenciadas de governança corporativa”) e Cartilha de Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa, aprovada na decisão do colegiado de 29.05.2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização.

A lógica da governança também pode encontrar manifestação jurídica na técnica contratual. Noutros termos, baseada num acordo de vontades, mas com o desenvolvimento de “regras públicas negociadas”, a governança pode ser juridicizada a fim de “assegurar a estabilidade e a perenização do sistema de relações criado entre os diferentes atores envolvidos.”³⁸⁴ Este modo de contratualização da governança pode ser verificado nos casos de *gestão delegada*, seja vertical (entre o Estado e uma empresa pública) ou horizontal (entre entes administrativos do mesmo nível).

Existe, então, um direito de governança? Há de se superar a clássica distinção entre o Direito Público e o Privado, bem como a tradicional maneira de organização dos poderes estatais, transcendendo as técnicas jurídicas ordinárias para as ações públicas estatais. No contexto atual das sociedades, o modelo das normas coercitivas deve ser substituído pelos mecanismos de cooperação, de modo a atingir os objetivos (escolhas coletivas) com maior flexibilidade e mais efetividade. Neste sentido, Jacques Chevallier explica o “direito de governança”:

[...] a governança constitui um modelo de exercício do poder de aplicação geral, transponível a todos os níveis e em todas as esferas de organização social. Correlativamente, a lógica da governança tende a penetrar o conjunto do direito, tanto privado como público: a idéia de que convém associar os diferentes atores à elaboração da norma e preferir o consenso à coerção é atualmente comumente admitida. Em todos os níveis, os produtores de direito são convidados a se conformar aos preceitos da governança. Isso não significa, no entanto, que se esteja em presença de uma configuração jurídica radicalmente nova. De um lado, esses preceitos já estavam mais ou menos presentes no direito clássico, como o demonstra a existência dos procedimentos consultivo e contratual. Por outro lado, o “direito de governança” não rompe com os cânones da dogmática jurídica, como o atesta a perpetuação das formas jurídicas tradicionais. O direito de governança não deve, portanto, ser percebido como um substituto ao direito clássico: na

³⁸⁴ CHEVALLIER, Jacques. *Op. cit.*, p. 138-139.

realidade, a governança “associa, segundo modalidades infinitas, direito ‘duro’ (*hard law*), escrito, com efeitos claros, e direito ‘mole’ (*soft law*), móvel, evolutivo”. E mesmo quando ela afeta o direito existente, ela sempre fica sob o império de sua racionalidade. Finalmente, a lógica da governança pode também contribuir à consolidação dos princípios jurídicos tradicionais: a “boa governança” pregada pelas instituições financeiras internacionais para os países em desenvolvimento implica, não o menosprezo de tais princípios, mas maior atenção às garantias jurídicas, através da intensificação das exigências do Estado de direito. A boa governança vem, assim, reforçar a ortodoxia jurídica.³⁸⁵

Em verdade, pode-se depreender da ideia proposta pelo Jurista francês, a qual se adere, não se tratar o “direito de governança” de um novo ramo do direito ou de um modelo alternativo do Direito, mas de uma nova proposta de se repensar o Direito, não se descurando de sua racionalidade jurídica e de seus princípios tradicionais, como instrumento de transformação das sociedades contemporâneas.

Em interessante tese sobre a força do Direito, Frederick Schauer parte da premissa de que a sanção não é parte essencial da norma jurídica, porquanto um dado sistema ou uma determinada sociedade pode ser constituída com base em leis não coercitivas. Assim, o Jusfilósofo estadunidense defende a possibilidade teórica de pessoas obedecerem às leis, simplesmente porque é a lei, com suporte numa realidade em que a sociedade age por cooperação e em coordenação, abandonando uma visão essencialista de mundo ultrapassada:

Grasping the reality of the differentiation of law help us to take on this task of institutional design. More specifically, at least in the context of this book, examining the close relationship between law and coercion help us to understand what law is good at and where it is intrinsically deficient. Yes, it is theoretically possible for law to play a (public) persuasive role, for example, but persuasion is a role that may more realistically, desirably, and effectively be performed by others. Similarly, there is a place for institutions designed around the reality of cooperation, the reality of coordination, and the reality of good faith pursuit of shared goals, but when that is implausible, law’s coercive capacity may become especially important. Indeed, if a society too quickly assumes that people and officials will follow the law just because it is the law, that society may find that relying too much on an unwarranted empirical assumption of internalization of the law and relying too little on law’s coercive dimension will itself produce flawed institutions poorly suited to the goals they are meant to serve.³⁸⁶

É justamente este um dos objetivos da governança: substituir o modelo normativo tradicional de coerção por um padrão de sistemas de poder baseado em

³⁸⁵ CHEVALLIER, Jacques. *Op. cit.*, p. 145.

³⁸⁶ SCHAUER, Frederick F. **The force of law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 167-168.

mecanismos de cooperação e coordenação. Schauer assevera, inclusive, que a coerção é necessária apenas contra àquelas pessoas que não cumprem as normas, a despeito das questões sociais e, também, morais intrínsecas, sem se importar com os custos da governança coletiva.³⁸⁷

Noutra situação, no âmbito do Direito Econômico, a governança regulatória pode ter distintos significados, que até podem ser complementares. Levy e Spiller³⁸⁸ a definem como o conjunto de mecanismos que a sociedade usa para restringir decisões discricionárias e resolver conflitos que surgem entre as partes envolvidas. Para Gutierrez³⁸⁹, governança regulatória envolve a criação de um sistema regulatório transparente e previsível que pode ser sustentado ao longo do tempo por serviços públicos em vários setores.

Em arremate, é possível inferir que a governança regulatória ainda está em decurso de concretização e sedimentação no Direito e na sociedade, principalmente no Brasil, haja vista que a atividade regulatória brasileira ainda se desenvolve e está em processo de afirmação, especialmente em razão das características políticas predominantes na Administração Pública brasileira. Com efeito, em matéria de serviços públicos, a ideia de governança passa, necessariamente, por uma reformulação na prestação dos serviços públicos brasileiros, de modo a confluir os preceitos do Direito Público e do Direito Privado, a mesclar o *hard law* e o *soft law*, bem como a substituir a prevalência da coerção pela primazia da cooperação e da coordenação entre os Poderes Públicos e a sociedade.

³⁸⁷ SCHAUER, Frederick F. *Op. cit.*, p. 102.

³⁸⁸ LEVY, B.; P.T., Spiller. The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*. n.10 (2), 1994, p. 201-246. *Apud* CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. *Op. cit.*, p. 3.

³⁸⁹ GUTIERREZ, L.H. Regulatory Governance in the Latin American Telecommunications. *Utilities Policy*. n. 11 (4). 2003, p. 225-240. *Apud* CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. *Op. cit.*, p. 3.

3.8 A regulação e a intervenção no domínio econômico

Examinado o desenho constitucional da ordem econômica brasileira, é possível inferir tratar-se de uma ordem econômica intervencionista³⁹⁰, e não liberal³⁹¹. De acordo com Washington Peluso, o termo intervenção já está eivado de “preconceito liberal do *repúdio* de qualquer interferência do Estado no domínio econômico”³⁹². Intervir é, como bem explica Eros Roberto Grau, atuar em área de outrem³⁹³. Não se deve entender, contudo, a intervenção como ato de intromissão, da maneira como alude Mises³⁹⁴, pois não são atos isolados ou esporádicos, mas uma ação econômica do Estado, ideologicamente expressa e aceita no ordenamento, que assume um caráter de normalidade e continuidade no sistema jurídico posto.

Na medida em que o artigo 173 da Constituição Federal prevê a possibilidade da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, resta estabelecida uma ordem econômica intervencionista, pois, sob o prisma ideológico adotado na ordem econômica constitucional, as atividades econômicas pertencem à área de titularidade típica do setor privado.

É necessário, no entanto, fixar o conceito de “atividade econômica”, muito controverso na doutrina brasileira. No Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira³⁹⁵, do texto constitucional, ora se utiliza a expressão “ordem econômica”, ora se trata de “atividade econômica”, mas também se refere no mesmo capítulo inicial a “serviços públicos”.

³⁹⁰ O intervencionismo é considerado por Eros Roberto Grau, com amparo em Bernard Chenot, como o “exercício, pela autoridade política, de ação sistemática sobre a economia e por uma estreita correlação entre os planos políticos e econômico – o que implica em modificação na estrutura do capitalismo”. GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978, p. 23.

³⁹¹ Vinícius Marques de Carvalho considera que o Estado brasileiro nunca deixou de interferir na atividade econômica, variando apenas o grau de intervenção. *Op. cit.*, p. 31.

³⁹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Op. cit.*, p. 399.

³⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 72.

³⁹⁴ MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. 31 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 818.

³⁹⁵ Para Fernando Facury Scaff, o “capítulo da ‘Ordem Econômica’ estabeleceu uma economia de mercado, com forte conotação nacionalista e com instrumentos para o exercício supletivo de atividade econômica por parte do Estado”. *In: A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos. Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 77, jul./set. 2003.

Para Eros Roberto Grau, a expressão “ordem econômica” é intercambiável com a dicção “atividade econômica”, sem haver distinção consoante a utilização de ambas no texto constitucional brasileiro. Há distinção, contudo, entre atividade econômica e serviço público, estando este contido naquela:

A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*.

Serviço público – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.

Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.³⁹⁶

Das lições de Eros Grau, verifica-se que a expressão “atividade econômica” pode ser tida como gênero, da qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público³⁹⁷. Do mesmo modo, Vinícius Marques de Carvalho entende ser o serviço público uma das “atividades econômicas consideradas essenciais para garantia do bem-estar social a ponto de provocar a participação do Estado na sua gestão”.³⁹⁸ Para o autor, portanto, apesar da correlação entre os conceitos, a distinção entre atividade econômica e serviço público reside no modo pelo qual se consideram as necessidades coletivas, e não na natureza das coisas.

Em sentido diverso, Ricardo Marcondes Martins defende a inteira separação entre os campos dos serviços públicos e das atividades econômicas. Neste, vigoram as regras da livre iniciativa, da liberdade econômica e da concorrência, pois nesta seara a atividade econômica é de titularidade privada e os particulares atuam na busca de lucro, por meio da competição. Já na senda pública, vigora o interesse público estatal na prestação dos serviços públicos, cuja definição, por essência, para o autor, está fora do mercado.³⁹⁹

³⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 99.

³⁹⁷ Com fundamento nos arts. 173 e 175 da Constituição Federal, Eduardo Rocha Dias estabelece uma distinção entre serviços públicos (atividades reservadas ao Estado) e atividades econômicas (reservadas à iniciativa privada), com base no critério da titularidade. E na mesma esteira de pensamento de Eros Grau, defende os serviços públicos como espécie do gênero atividade econômica. (DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43-66, abr./jun. 2004, p. 50)

³⁹⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 21.

³⁹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**. Coleção: Temas de Direito Administrativo n. 29. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 194-197.

Marcos Juruena Villela Souto também sustenta a distinção entre serviço público e atividade econômica, firmando no conceito do primeiro como aquele em que “se tem a possibilidade de dar atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, e promover, pela via do serviço público, o atendimento desse dever de inclusão social”.⁴⁰⁰ Do exposto pelo autor se deduz que, na atividade econômica, o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana não constitui seu objetivo primordial.

Em sentido oposto, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que a expressão serviço público compreende tanto as atividades típicas do Estado – portanto, não delegáveis à iniciativa privada⁴⁰¹ (v.g., serviços judiciários) – como as atividades atribuídas ao Estado que comportam atividades econômicas passíveis de delegação aos particulares (ex: serviços públicos de telecomunicação). Com base nessas premissas, ele elabora a seguinte classificação dos serviços públicos:

- (i) *serviço público como função pública*, consistente nas atividades que oferecem determinada comodidade aos particulares, mas não têm o caráter de atividade econômica e, portanto, não podem ter sua prestação transferida a particulares;
- (ii) *serviços públicos como atividades econômicas*, que podem ser divididos em quatro subgrupos: 1) serviços públicos que podem ser delegados a particulares, conforme artigo 175 da Constituição Federal (ex: serviço público de energia elétrica); 2) serviços públicos parcialmente delegáveis a particulares, nos termos do artigo 233 da Lei Magna (ex: serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens); 3) serviços públicos exploráveis de forma suplementar por particulares, de acordo com os artigos 197 e 199, §1º, da Carta de 1988

⁴⁰⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. PPP – Parceria Público-Privada: uma inovação para a Administração Pública Brasileira – Amortização dos Investimentos – Cessão de Créditos e Outorgas de Direitos – Pagamentos Preferenciais. **Direito Administrativo em Debate - 2ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 274.

⁴⁰¹ Fernando Vernalha Guimarães entende que, mesmo nas atividades estatais indelegáveis, há viabilidade de delegação aos particulares de atividades instrumentais, acessórias ou de suporte no exercício das competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública. São atividades consideradas “serviços instrumentais” à manifestação jurídica do poder de polícia, tais como a execução de serviços de avaliação técnico-pericial prévia com vistas à deliberação administrativa acerca da licença de um produto ou da aferição de um processo. *In*: Atividades estatais indelegáveis. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 15-16, abr./jun. 2013.

(ex: serviços públicos na área de saúde); 4) serviços públicos que podem ser livremente prestados por particulares, consoante disposto no artigo 209 da Constituição da República Brasileira (ex: serviços de educação).⁴⁰²

Em razão das classificações doutrinárias expostas, entende-se ser a mais útil a este estudo aquela que fixa como gênero a atividade econômica em sentido amplo, tendo como espécies a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos. Isto se justifica no contexto constitucional brasileiro, haja vista a própria estrutura do Título da VII – Da Ordem Econômica e Financeira, que cuida da satisfação das necessidades da sociedade, delimitando os contornos da atuação do setor público e do privado.

A despeito da antiga discussão doutrinária acerca da classificação dos serviços públicos e da atividade econômica, em verdade, tais conceitos são perfeitamente intercambiáveis, na medida da evolução da sociedade e do interesse coletivo a ele relacionado. Por este motivo, Vitor Rhein Schirato defende o argumento de que a atividade de energia elétrica afastou-se do regime jurídico de serviço público para o regime jurídico de atividade econômica, em face de sua reconstituição histórica decorrente das reformas legislativas no Brasil.⁴⁰³

No âmbito do estudo das modalidades de atuação do Estado em relação ao processo econômico, preciosas são as lições de Eros Roberto Grau sobre os três modos de intervenção no domínio econômico: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; c) intervenção por indução.⁴⁰⁴

Na intervenção por absorção ou participação, o Estado participa, total ou parcialmente, do capital dos agentes econômicos que detem o controle patrimonial dos meios de produção e troca⁴⁰⁵. É o que prescreve o *caput* do art. 173 da Constituição Federal brasileira ao permitir a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, em

⁴⁰² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. *In*: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 332.

⁴⁰³ SCHIRATO, Vitor Rhein. Geração de energia elétrica o Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 166, jul./set. 2010.

⁴⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

⁴⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. *Op. cit.*, p. 23.

casos excepcionais, e no §1º do mesmo dispositivo constitucional, ao estabelecer a possibilidade de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias de explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Na intervenção por direção, o Ente estatal exerce “pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica”.⁴⁰⁶ Tal possibilidade de intervenção por direção está prevista para os agentes do setor público, de modo determinante, no art. 174 da Constituição Federal.

Por fim, a intervenção por indução “ocorre quando a organização estatal passa a manipular o instrumento de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado”.⁴⁰⁷

Neste mesmo sentido, não difere muito a posição de Washington Peluso na classificação dos tipos de intervenção em: *defensiva* (utilização de expedientes para obstaculizar a liberdade econômica e a livre iniciativa, v.g., o tabelamento de preços), *ofensiva* (criação de empresas estatais para atuação na atividade econômica) e *intermediária* (utilização de medidas reguladoras e controladoras dos agentes econômicos, tais como as exercidas por agências reguladoras).⁴⁰⁸

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a atuação no domínio econômico pode se dar em quatro modalidades: a) intervenção regulatória (intervenção estatal, por meio de leis e normas setoriais genéricas e abstratas); b) intervenção concorrencial (quando o Estado atua, em casos expressos, em regime de igualdade com o particular na exploração da atividade econômica); c) intervenção monopolista (quando o Estado detém o direito de explorar exclusivamente determinada atividade econômica); d) intervenção sancionatória (utilizada como instrumento de repressão e punição a abusos do poder econômico, no exercício de suas atividades de polícia administrativa).⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁰⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 329-330.

⁴⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 525.

Com base no reordenamento da intervenção estatal em face da desestatização da economia, Marcos Juruena Villela Souto reúne as seguintes modalidades de atuação estatal na economia: a) planejamento (elaboração de um plano de desenvolvimento econômico por meio do qual se buscará identificar e implementar as ações necessárias a propiciarem o bem-estar geral); b) incentivo (fomento à iniciativa privada para, aderindo voluntariamente ao plano, explorar as atividades nele previstas); c) repressão (instrumento de tolhimento e combate ao abuso do poder econômico, com a proteção ao consumidor e ao meio ambiente); d) regulação (redução da intervenção do Estado no domínio econômico, no qual assume funções de controle, normatização e fiscalização da atividades econômicas e de relevante interesse coletivo); e) exploração direta (em caráter excepcional, de atividades econômicas que envolvam relevante interesse coletivo ou segurança nacional); f) desestatização.⁴¹⁰

A desestatização é a redução interventiva do Estado no domínio econômico, no qual há transferência de atividade explorada pelo Poder Público ao particular. Essa transferência pode ser feita mediante **privatização** (alienação do controle acionário da entidade empresarial do Estado ao particular), **terceirização** (transferência da execução de alguma atividade para o particular, mantendo-se o planejamento e controle no Poder Público); **concessão** e **permissão** (transferência da gestão de serviço público ao particular, mediante cobrança de tarifa) e **gestão associada** (por meio da celebração de convênios, consórcios, contratos de gestão e acordos de programa).

A classificação trazida por Luís Cabral de Moncada leva em consideração vários critérios, reveladora de uma tipologia bastante abrangente e profunda. Quanto ao conteúdo da intervenção dos poderes públicos, a intervenção pode ser: a) **global** (quando o Estado adota normas gerais de política macroeconômica com vistas ao investimento e intervenção globais); b) **setorial** (quando o Estado adota normas gerais para determinados setores da economia); c) **pontual** ou **avulsa** (quando o Estado perfilha regras específicas de intervenção em casos concretos e em determinadas empresas ou atividades empresariais).⁴¹¹

⁴¹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 25-30.

⁴¹¹ MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Económico**. 6 ed. Portugal: Coimbra Editora, 2012, p. 45.

Quanto aos efeitos, Luís de Moncada entende que a intervenção pode ser *imediate* (quando o Estado intervém diretamente na economia, prosseguindo objetivos diretamente econômicos) ou *mediata* (quando as medidas estatais não possuem apenas objetivos econômicos, mas repercutem indireta e gradualmente).⁴¹²

Outro critério adotado por Luís de Moncada refere-se à manifestação de vontade. Assim, a intervenção pode ser *unilateral* (quando o Estado proíbe ou autoriza determinadas atividades ou setores econômicos, mediante leis, regulamentos ou simples atos normativos, sem qualquer manifestação de vontade do agente econômico) ou *bilateral* (quando o Estado intervém em determinadas atividades econômicos, por via de instrumentos previamente negociados com os agentes econômicos como medida garante da eficácia dos atos interventivos).⁴¹³

Por fim, quanto à atuação do Estado, Luís de Moncada assinala que a intervenção pode ser *direta* (quando o próprio Estado assume o papel de agente econômico ou produtivo) ou *indireta* (quando o Estado se limita a condicionar a atividade econômica, mas sem assumir a condição de sujeito econômico ativo, fazendo-o, por exemplo, por meio de empresas públicas). Vale salientar, nesta classificação, como bem alerta o Autor português, que os conceitos de intervenção direta e indireta do Estado são distintos para o Direito Administrativo e para o Direito Econômico⁴¹⁴:

Os conceitos de intervenção directa e indirecta do Estado não coincidem no direito administrativo e no económico. No primeiro, a intervenção é indirecta se a entidade é independente. No segundo, a intervenção só é indirecta se o Estado (por si ou por interposta pessoa) não é o titular efectivo da exploração económica. Caso contrário, por mais independente juridicamente que a entidade económica (a empresa) seja, como no caso da sociedade comercial, a intervenção será ainda <directa> se for o Estado (ou outra entidade pública) o titular real da exploração. A óptica é económica e não jurídica. A intervenção <directa> do Estado é mais ampla na óptica económica do que na jurídica. Na perspectiva do direito económico, parte daquilo a que no direito administrativo se chama intervenção indirecta é aqui <directa>.⁴¹⁵

⁴¹² MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 45-46.

⁴¹³ MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 46-48.

⁴¹⁴ Para Geraldo Vidigal, o Direito Econômico “é a disciplina jurídica das atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social.” (*Op. cit.*, p. 44). Em um conceito de mais amplo, de acordo com Washington Peluso, o Direito Econômico “é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as – pelo princípio da ‘economicidade’ – com a ideologia adotada na ordem jurídica.”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 3.

⁴¹⁵ MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 48.

De fato, tal classificação do Jurista lusitano também pode ser aplicada, na prática, no contexto brasileiro. Isto porque, a despeito da distinção no Direito Administrativo brasileiro entre a intervenção direta (realizada pelo Estado) e indireta (realizada por pessoa jurídica distinta, v.g., uma sociedade de economia mista), sob o ponto de vista do Direito Econômico, a atuação dessas entidades integrantes da Administração Pública Indireta ainda estão sob a forte intervenção – e por que não dizer, intromissão por parte do Chefe do Poder Executivo a qual pertençam – razão pela qual resta difícil vislumbrar sua independência.

O modo direto de atuação estatal no Brasil é exceção, consoante disposto no artigo 173 da Constituição Federal⁴¹⁶. A exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente é possível desde que existam certos pressupostos especiais e um regime jurídico próprio. Assim, Marçal Justen Filho define esta atividade:

O exercício de atividade econômica pelo Estado consiste no desempenho por entidade administrativa, sob forma e regime de direito privado, de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição ou em lei, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse coletivo.⁴¹⁷

Faz-se necessário, ainda, ponderar a distinção entre a *atuação estatal* e a *intervenção*. Intervir é, como já expresso, atuar na área de outrem. Portanto, como bem assevera Eros Roberto Grau, “o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público”.⁴¹⁸

Com a modernização da Administração Pública, todavia, as atribuições típicas de Estado foram se moldando às novas maneiras e necessidades de prestação dos serviços públicos, de modo eficiente e sem tornar excessivamente oneroso às finanças estatais. Percebeu-se que o Estado reduziu seu nível de intervenção, em especial diretamente, passando as atribuições da prestação de serviços públicos a outras entidades, públicas ou privadas, mas garantindo um mínimo de regulação dessas atividades.

⁴¹⁶ “Art. 173. 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.”

⁴¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 805.

⁴¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

Sobre a importância da regulação estatal, Cass R. Sunstein estabelece clara distinção entre a intervenção e a regulação. Para o Jurista estadunidense, aqueles que defendem a intervenção governamental na economia são justamente os que dela se beneficiam e, em contrapartida, objetam a regulação; em sentido oposto, os defensores das atividades regulatórias desempenhadas por agências independentes são os defensores da livre concorrência, de mercados competitivos e da propriedade privada, e, por outro lado, se opõem veementemente a qualquer tipo de intervenção estatal na economia.⁴¹⁹

Luís de Moncada explica bem esta transição do Estado intervencionista ao Estado Regulador, destacando a importância atual das autoridades reguladoras independentes:

A regulação distingue-se claramente do intervencionismo estatal próprio do Estado-Providência. Neste, o Estado é parte da economia e dirige-se a partir de dentro. Ora, a regulação pressupõe a rigorosa distinção entre a economia e o Estado, muito embora se aceite certo nível de intervenção do segundo de modo a promover a concorrência e garantir certos serviços públicos.

Com efeito, a regulação é o mecanismo adequado à preservação da concorrência e de um quadro de interesses públicos num mundo em que o mercado e o direito privado ganharam foros de modelo global da decisão económica.

Nestas condições, as funções económico-sociais do Estado permanecem mas devem ser prestadas em novos moldes, ou seja, sem apostar na prestação dos bens através de entidades públicas directa ou indirectamente controladas pelo Estado.

[...]

A tendência actual é no sentido da substituição da intervenção do Estado por formas de intervenção independente, no pressuposto da bondade da actividade destas para o desempenho das atribuições do Estado. São estas o modelo institucional mais indicado, por razões de imparcialidade, para a regulação de actividades em que o Estado também participa e em que é, portanto, directo interessado.⁴²⁰

Pelo visto, a análise do Jurista lisbonense dessa transição do modelo de Estado-Providência para o Estado Regulador não é somente aplicável a grande parte dos países europeus, mas também ao Brasil, pelo menos em termos. Isto se identifica nas reformas de Estado dos anos de 1990, seguidas da criação das agências reguladoras, que substituiu o eixo da intervenção para essas entidades independentes. Nos últimos anos, entretanto, se verifica uma interrupção nessa transformação e um retorno ao controle

⁴¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster, 2014, p. 33.

⁴²⁰ MONCADA, Luís Cabral de. *Op. cit.*, p. 51.

estatal da função interventiva, dando nova sobrevida ao Estado Providência em terras brasileiras.

Noutro sentido e de modo mais simples, Alexandre Santos de Aragão explica que o complexo fenômeno da regulação da economia, da qual está excluída a atividade direta do Estado, é heterogêneo e foi aplicado com distintas estratégias e métodos ao longo da história. Atualmente, percebe-se a intervenção do Estado na economia (gênero) nas várias espécies – Estado-empresário, Estado-fomentador e Estado-Regulador, estando este último num momento de predominância.⁴²¹

Como fundamentar, então, a predominância deste Estado-Regulador no Brasil? Dentre os princípios da ordem econômica, a livre concorrência (art. 170, IV, CF) e a defesa do consumidor (art. 170, V, CF) são balizas essenciais para a regulação dos serviços públicos. Portanto, tais princípios devem ser norteadores da busca da finalidade maior, que é a dignidade humana, o que deixa transparecer a concepção social de Estado adotada pela Constituição econômica brasileira⁴²².

Como corolário do princípio da livre iniciativa, o princípio da isonomia associado ao da neutralidade concorrencial impedem o Estado de “praticar atos que criem condições distintas de concorrência no mercado para agentes econômicos que estejam vinculados a um mesmo regime jurídico na oferta de produtos e serviços”, de acordo com Paulo Todescan Lessa Mattos.⁴²³

Não há dúvidas de que o modelo econômico capitalista foi adotado pela Constituição de 1988, tanto pela previsão do princípio fundamental republicano da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, CF), como do princípio da ordem econômica da propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II, CF). Sem muito esforço hermenêutico, é possível inferir, portanto, que a Constituição determina que o Estado, via de regra, deve garantir o regime

⁴²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 206.

⁴²² CYRINO, André Rodrigues. **Direito Constitucional regulatório: elementos para uma interpretação adequada da constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 95.

⁴²³ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil e as condições de legalidade da regulação assimétrica de serviços com fundamento na aplicação do conceito de poder de mercado significativo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 204, abr./jun. 2008.

de liberdade aos agentes econômicos, abstendo-se de exercer diretamente atividades econômicas, senão em casos específicos.

Nesta mesma linha, Sérgio Guerra leciona sobre a participação do Estado na Ordem Econômica:

Portanto, a Constituição determina que, como regra geral, o Estado se abstenha de exercer diretamente atividade econômica. Para que possa desempenhá-la, faz-se necessário que exista previsão constitucional ou lei que determine haver relevante interesse coletivo ou necessidade relacionada aos imperativos de segurança nacional.

O princípio da subsidiariedade, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e o dever de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou autorreguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, à medida que os valores constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve restringir a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.⁴²⁴

E a chave para, além de guiar o papel do Estado na Ordem Econômica, mas também definir sua função de *Estado Regulador*, é o art. 174 da Constituição Federal. Cabe ao Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como agente normativo e regulador da atividade econômica (em sentido amplo), pois esta não é sua função primordial, como assevera o art. 173 da Carta Magna, mas consiste numa nova maneira de relacionamento do Estado Brasileiro com a Economia, que não existia nas Constituições anteriores.⁴²⁵

Neste sentido, bem apropriadas são as palavras de Egon Bockmann sobre o papel do Estado-Regulador na atual ordem jurídica brasileira:

Por outro lado, sobre ser parte integrante das relações econômicas (art. 173), hoje existe a constitucionalmente inédita posituação do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” – expressão que é muito reveladora do papel a ele reservado. Afinal, *agente* é aquele que age: desencadeia ações, trata de negócios, exerce funções, dá causa a eventos. Mais ainda: agente econômico é a instituição – ou empresa – que efetivamente faz parte da Economia, influenciando-a e sendo influenciada por ela. Pois, ao qualificar o agente estatal como *normativo* e *regulador*, a Constituição estabelece o compromisso de que esta *ação econômica* se dê também por meio de normas (leis) e regulamentos (infralegais) dirigidos a receber e a gerar influxos da Economia. A este agente, o sujeito-Estado, os arts. 173 e 174 da

⁴²⁴ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 92.

⁴²⁵ Cf. BOCKMANN, 2014, p. 125.

CF impõem o dever de conviver, regular, interagir e integrar a realidade econômica brasileira.⁴²⁶

Em suma, resta indubitável a caracterização constitucional na corrente ordem econômica brasileira de um Estado-Regulador, segundo as balizas primordiais dos artigos 173 e 174 da Carta Magna de 1988. Desde então, os governos da Administração Pública federal, mas também das outras esferas, vem contribuindo para consolidar este papel regulador da economia brasileira. Verifica-se, no entanto, que a tão necessária independência dessas entidades reguladoras para efetivar a regulação nas mais diversas atividades econômicas está sujeita às mutações das ideologias político-partidárias dominantes, afetando constantemente o panorama econômico e tranquilidade dos mercados.

3.9 Regulação tarifária dos serviços públicos

Estabelecida claramente a característica reguladora do Estado Brasileiro na atual ordem jurídica, é mister aprofundar os estudos acerca da regulação tarifária, seus instrumentos de aplicação, sua importância como política pública, seus parâmetros constitucionais e, também, legais, bem como os parâmetros técnicos e econômicos.

3.9.1 Parâmetros constitucionais e legais

A relevância do regime tarifário na questão dos serviços públicos é evidente na Constituição Federal de 1988, que a instituiu como instrumento de política pública (art. 175, parágrafo único, III). A política tarifária, conduzida ao plano constitucional, é aspecto essencial nas relações entre o poder concedente, os concessionários e os usuários de serviços públicos, tornando, portanto, primordial o papel das agências reguladoras na definição dessas políticas.

A existência de um caráter fortemente político na concepção das chamadas políticas públicas, em particular quando relativas aos serviços públicos, requer a

⁴²⁶ BOCKMANN, 2014, p. 126.

mitigação de suas formulações com critérios técnicos para a fixação de tarifas módicas para custear os sobreditos serviços. Eis o ponto de partida para a análise técnica e normatização por parte das agências reguladoras na definição de parâmetros legais para a fixação das políticas tarifárias.

A regulação tarifária é uma das modalidades de intervenção estatal na economia com o intuito de determinar preços de produtos ou serviços. Certamente, o efetivo exercício do poder estatal de intervenção em atividades ou setores específicos produz influxos diretos na economia, seja de modo positivo ou não.

Noutros termos, a ação regulatória demonstra-se desejável na prestação de serviços públicos (água, esgoto, energia elétrica), enquanto noutros setores (produtos de consumo), o estabelecimento de preços tem-se mostrado indesejável e contrário à competitividade e eficiência, tão necessárias na economia livre de mercado. Por este motivo, Cláudio Lucinda reúne duas razões para a intervenção direta do Estado no estabelecimento de preços: a ocorrência de preços altos praticados acima de níveis competitivos e a ameaça anticompetitiva, mediante o exercício unilateral do poder de mercado, de modo a limitar a concorrência no setor.⁴²⁷

A regulação tarifária de preços possui três grandes objetivos: (i) **financeiro** – a regulação deve permitir ao ente regulado a possibilidade de auferir receitas suficientes para o desenvolvimento da atividade econômica; (ii) **eficiência econômica**⁴²⁸ – por meio da regulação, pretende-se garantir a prestação de serviços ou o oferecimento de produtos de modo eficiente aos usuários ou consumidores⁴²⁹; (iii) **equidade** – a regulação deve

⁴²⁷ LUCINDA, Cláudio R. Regulação tarifária: princípios introdutórios. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 240.

⁴²⁸ Ainda segundo Cláudio R. Lucinda, a “eficiência econômica” pode ser entendida em três sentidos possíveis: a) *eficiência alocativa*, implica que a regulação de preços deve ser estruturada de tal sorte que os produtos ou serviços regulados sejam oferecidos à sociedade pelos produtores de menor custo, bem como que estes produtos ou serviços devem ser adquiridos pelos consumidores que mais os valorizem; b) *eficiência produtiva*, ocorre quando a entidade regulada utiliza a composição mais eficiente para sua produção, seja de bens ou serviços; c) *eficiência dinâmica*, significa que a eficiência do ente regulado na produção de bens e serviços, além de ser presente, deve ser mantida para o futuro, ainda que haja mudanças nas condições econômicas ou tecnológicas do setor. *Op. cit.*, p. 246-247.

⁴²⁹ Diego Zegarra Valdivia traz uma nova caracterização do usuário dos serviços públicos. Acentua que, no contexto atual, “el usuario aparece como una de las posibles formas mediante las cuales el consumidor presenta su disposición jurídica en la esfera de las relaciones comerciales”. Na linha do Autor peruano, o usuário tem a aparência de um **consumidor qualificado**, pois além de possuir os direitos de consumidor, também possui direitos frente à Administração Pública. *In: Apuntes en torno a la caracterización jurídica*

garantir “uma distribuição justa dos benefícios do produto ou serviço oferecido pelo ente regulado”.⁴³⁰

Qual o instrumento adequado para a formulação das políticas tarifárias? É necessária lei ou tais políticas podem ser implementadas por meros atos administrativos infralegais? Evidentemente, não se pode olvidar da aplicação do princípio da legalidade⁴³¹ como diretriz maior da Administração Pública, mas a questão que se procura delinear é justamente quais os limites legais na formulação das políticas tarifárias e quais são as margens de decisão das autoridades administrativas reguladoras.

Por não ser objeto deste trabalho a análise de outras atividades econômicas, limita-se o estudo da regulação tarifária aos serviços públicos delegados por concessão ou permissão. De acordo com Jacintho Arruda Câmara, o estabelecimento do regime tarifário está umbilicalmente ligado à política tarifária determinada em lei e à própria titularidade do serviço público:

Há, portanto, uma inegável imbricação entre o estabelecimento de uma política tarifária e a própria instituição de políticas e regulamentação do serviço público em si. Em face de tal característica, não é possível afastar a competência das entidades titulares dos serviços públicos para fixarem, por lei, a própria política de tarifas. O titular do serviço de transporte coletivo, do de saneamento, do serviço funerário e assim por diante, também será o principal responsável para estabelecer legislativamente a política a ser implantada em relação à forma de cobrança pelo serviço. Do mesmo modo a União, em relação a cada um dos serviços dos quais é a titular, poderá exercer autonomamente, em relação a cada um deles, a competência para fixar políticas sobre tarifas.⁴³²

Noutros termos, cabe à lei a função de delinear as políticas tarifárias, inexistindo qualquer restrição *a priori* na definição de limites ou parâmetros a essas políticas públicas, restando apenas se respeitar a questão da titularidade dos serviços públicos. Ademais, não se poderia chegar a conclusão diversa pela interpretação do artigo 175 da Constituição Federal em cotejo com os outros dispositivos atinentes ao princípio da legalidade e às competências legiferantes dos entes federados.

de los usuarios de servicios públicos y la actividad de la Administración reguladora. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 37-38, jan./mar. 2011.

⁴³⁰ LUCINDA, Cláudio R. *Op. cit.*, p. 247.

⁴³¹ Art. 5º, *caput* e inciso II; art. 37, *caput*; art. 175, *caput* e parágrafo único, inciso III, CF/88.

⁴³² CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 98, out./dez. 2005.

Aliás, é justamente para regulamentar o disposto no citado comando constitucional a *ratio* de validade da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos). Portanto, a base legal para os parâmetros gerais da política tarifária dos serviços públicos prestados mediante concessão e permissão é a Lei nº 8.987/95.

As diretrizes legais gerais da política tarifária⁴³³ são, basicamente, as estabelecidas em seus artigos 9º a 13: a) fixação da tarifa pelo preço da proposta vencedora⁴³⁴; b) previsão de mecanismos de revisão tarifária, a fim de atender ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁴³⁵; c) favorecimento à modicidade tarifária; d) previsão de outras fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias⁴³⁶; e) diferenciação das tarifas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários⁴³⁷.

Caso interessante de políticas públicas elaboradas com suporte na fixação de regimes especiais de tarifação ao consumidor estão nas aplicações de *bonus* (desconto no valor da tarifa) – aqueles que cumprissem metas de redução de consumo de determinado serviço – e na cobrança de *sobretarifas* (pagamento adicional à tarifa normal cobrada) – àqueles consumidores que não cumprissem metas de consumo.

O primeiro exemplo desta política tarifária ocorreu no chamado *apagão* do setor elétrico, ocorrido no ano de 2001, em razão dos baixos níveis dos reservatórios das

⁴³³ Os artigos 8º e 12 foram vetados.

⁴³⁴ “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.”

⁴³⁵ “Art. 9º (...)

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.”

⁴³⁶ “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

⁴³⁷ “Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

hidroelétricas brasileiras. Diante da crise da época, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, cujo objetivo era implementar mecanismos emergenciais de superação daquela crise energética, em decorrência da situação hidrológica dos reservatórios (art. 1º).⁴³⁸ Os mecanismos emergenciais tomavam por base metas de consumo (art. 14), sobretarifas (art. 15) e bônus individual (art. 15, §1º).⁴³⁹

Àquela época, questionou-se a validade dos dispositivos normativos da referida medida provisória que estabeleceram esses regimes especiais de tarifação do setor elétrico. No Supremo Tribunal Federal, interpôs-se tanto uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 9⁴⁴⁰) como uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2.468-DF⁴⁴¹), cujas decisões, por maioria de votos, consideraram legítima a instituição da sobretarifa para estimular a redução do consumo de energia elétrica, demonstrando-se tal medida como prerrogativa constitucional do Estado para instituir

⁴³⁸ Para alcançar tal objetivo legal, ficou criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2152-2.htm. Acesso em 16 dez. 2015.

⁴³⁹ “Art. 14. Os consumidores residenciais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a: I – cem por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja inferior ou igual a 100 kWh; e II – oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos mesmos de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja superior a 100 kWh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kWh. (...)”

Art. 15. Aplicam-se aos consumidores residenciais, a partir de 4 de junho de 2001, as seguintes tarifas: I – para a parcela do consumo mensal inferior ou igual a 200 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; II – para a parcela do consumo mensal superior a 200 kWh e inferior ou igual a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de cinquenta por cento do respectivo valor; III – para a parcela do consumo mensal superior a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de duzentos por cento do respectivo valor.

§ 1º Aos consumidores residenciais cujo consumo mensal seja inferior à respectiva meta conceder-se-á bônus individual (Bn) da seguinte forma: I – para o consumo mensal igual ou inferior a 100 kWh, $Bn=2(Tn-Tc)$, onde: a) Tn corresponde ao valor, calculado sobre a tarifa normal, da respectiva meta de consumo, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta; e b) Tc corresponde ao valor tarifado do efetivo consumo do beneficiário, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta; II – para o consumo mensal superior a 100 kWh, Bn será igual ao menor valor entre aquele determinado pela alínea “c” deste inciso e o produto de CR por V, sendo: a) $CR=s/S$, onde s é a diferença entre a meta fixada na forma do art. 14 e o efetivo consumo mensal do beneficiário, e S é o valor agregado destas diferenças para todos os beneficiários; b) V igual à soma dos valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do **caput** deste artigo e destinados ao pagamento de bônus, deduzidos os recursos destinados a pagar os bônus dos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo; c) o valor máximo do bônus por kWh inferior ou igual à metade do valor do bônus por kWh recebido pelos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo.”

⁴⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9/DF**. Relator Min. Néri da Silveira. Julgado em 28.06.2001. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=9&processo=9>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

⁴⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.468-0/DF**, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29.06.2001. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2468&processo=2468>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

políticas públicas tarifárias. A despeito desta decisão da Suprema Corte, válido é destacar o voto vencido do ministro relator, Néri da Silveira, quanto à natureza tributária da tal *sobretarifa*:

A denominada tarifa especial, a ser paga pelos consumidores residenciais cujo consumo exceder a meta estabelecida, não se destina, desse modo, à melhoria dos serviços de energia elétrica fornecidos pelas concessionárias, mas, sim, a constituir recursos basicamente destinados à remuneração de bônus àqueles consumidores que houverem reduzido o consumo aquém da meta que lhes foi estipulada. Bem de ver, é pois, que de tarifa, *nomine próprio*, aqui não se cuida. De fato, a tarifa, remuneração de serviço, o preço público tem como marca indelével ser contraprestação de serviço (...).

(...)

Dessa maneira, não cabe compreender o acréscimo de 50% a 200%, *ut art.* 15, II e III, da Medida Provisória nº 2152/2001, como sobretarifa, pois não guarda pertinência nem destinação com a prestação do serviço, mas comporá reserva que tem terceiros como beneficiários. Sua natureza, em consequência, ou será de um tributo novo com destino certo a ser pago pelos consumidores que descumprirem a meta de consumo mensal de energia elétrica que lhes foi estipulada e, então, isso somente poderia se dar por lei complementar, *ex vi* dos arts. 154, I e 146, III, *a*, da Constituição, atendidos os pressupostos em matéria tributária, inclusive, a anterioridade, e nunca por medida provisória, ou se se cuida, aqui, tão-só, de sanção pecuniária por descumprimento de determinação administrativa, ainda aí, não se poderia admiti-la imposta por medida provisória, pelo caráter penal de que se reveste.⁴⁴²

De acordo com o entendimento do Relator – apesar de ter sido voto vencido – a aplicação de uma sobretarifa à prestação de um serviço público de energia elétrica, mesmo em razão de políticas públicas justificáveis, não poderia ter sido instituído via medida provisória nem se revelaria com a natureza de preço público, por não guardar relação com a destinação da prestação do serviço. Em verdade, para o ministro Néri da Silveira, aquela sobretarifa do apagão teria a verdadeira natureza tributária, ou seja, é verdadeiro tributo oculto ou disfarçado, linha que se defende nesta tese.

Outro exemplo de sobretarifa aplicado a um serviço público regulado ocorreu, no ano de 2014, no âmbito da prestação do serviço de saneamento básico no Estado de São Paulo, cuja empresa concessionária é a SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, regulada pela ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

⁴⁴² Trecho do voto do ministro Néri da Silveira. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.468-0/DF**, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29.06.2001. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2468&processo=2468>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Com esteio na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Lei Geral do Saneamento Básico), o artigo 46 prevê a possibilidade de adoção de mecanismos tarifários de contingência, caso constatada a situação crítica de escassez declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos⁴⁴³. A adoção desse mecanismo tarifário de contingência também está regulamentada no art. 21 do Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010⁴⁴⁴, com redação *ipsis litteris* do dispositivo legal antes mencionado.

Em razão dessa circunstância crítica de escassez hídrica, a ARSESP autorizou à SABESP a implantar o Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água naquele Estado, por meio das Deliberações nº 469/2014⁴⁴⁵ e 480/2014⁴⁴⁶, o que, no primeiro momento, levou a resultados favoráveis quanto à diminuição do consumo de água, mas ainda em limites superiores à média verificada no período anterior à implantação do referido programa. Posteriormente, a SABESP solicita à ARSESP a adoção do mecanismo tarifário de contingência, tendo esta Agência Reguladora deferido o pedido por meio da Deliberação nº 545/2015⁴⁴⁷, tendo em vista a não obtenção dos objetivos

⁴⁴³ “Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda.”

⁴⁴⁴ “Art. 21. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda.” BRASIL. **Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁴⁴⁵ SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 469, de 03 de fevereiro de 2014**. Aprova, em caráter emergencial, a implantação do Programa de Incentivo à Redução de Consumo de Água da Sabesp, que tem por objetivo bonificar, com 30% de redução nas tarifas de água e esgoto, os usuários atendidos pelo Sistema Cantareira que reduzirem em 20% o seu consumo mensal, durante a vigência do Programa. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265272>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁴⁴⁶ SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 480, de 31 de março de 2014**. Amplia a área de abrangência e estende o período de vigência do Programa de Incentivo à Redução de Consumo de Água da Sabesp e dá outras providências. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em: <<http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudenciasPublicasArquivos/ldl4802014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁴⁴⁷ SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 545, de 07 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre a autorização da implantação da tarifa de contingência pela Sabesp, visando à redução do consumo de água em face da situação de grave escassez de recursos hídricos. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=279945>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

previstos no referido programa, apesar dos apelos públicos por meio de campanha publicitária para uso racional da água e a notória escassez hídrica.

Em semelhante medida, recentemente, no Estado do Ceará, no final do ano de 2015 e no início do ano de 2016, no âmbito do serviço público de saneamento básico prestado pela CAGECE, com base nos mesmos fundamentos da Lei Geral do Saneamento Básico e de seu decreto regulamentador, bem como em face de similar situação de escassez hídrica, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE autorizou à Companhia de Água e Esgoto do Ceará, por meio da Resolução nº 201, de 19 de novembro de 2015, a implantação da tarifa de contingência, visando à gestão do consumo de água potável⁴⁴⁸. A tarifa de contingência ficou determinada num percentual de 120% sobre um montante excedente ao consumo de referência mensal:

Art. 1º Fica a Companhia de Água e Esgoto do Ceará - Cagece autorizada a adotar Tarifa de Contingência, conforme especificado nesta Resolução, nos municípios da Região Metropolitana de Fortaleza alcançados pelo poder regulatório desta Agência.

Art. 2º O usuário cujo consumo mensal de água ultrapasse a média de consumo mensal de referência (CR) fica sujeito à tarifa de contingência, correspondente a 120 % (cento e vinte por cento) de acréscimo sobre o valor da tarifa normal de água, aplicável à parte do consumo de água potável que exceder o consumo de referência (CR).

Parágrafo único. O consumo de referência (CR) corresponde a 90% (noventa por cento) média de consumo medido do período de outubro de 2014 a setembro de 2015.

A diferença da adoção desse mecanismo tarifário no Estado do Ceará em relação ao Estado de São Paulo é a não aplicação do desconto na fatura de água do usuário pela redução de seu consumo (bônus).

Posteriormente, em face da permanência da gravíssima situação de escassez hídrica comprovada pelo baixo nível de armazenamento dos reservatórios que abastecem a Região Metropolitana de Fortaleza, visando a evitar o agravamento da situação e verificando a necessidade de medidas para contenção da demanda, a agência reguladora

⁴⁴⁸ CEARÁ. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. **Resolução nº 201, de 19 de novembro de 2015**. Dispõe sobre a autorização de implantação da tarifa de contingência pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece), visando à gestão do consumo de água potável em face da situação de escassez de recursos hídricos e dá outras providências. Fortaleza: ARCE, 2015. Disponível em: <www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/category/11-resolucoes>. Acesso em: 31 mar. 2016.

cearense editou a Resolução nº 212/2016⁴⁴⁹ (alteradora da Resolução nº 201/2015), restringindo o consumo de referência de 90% para 80% para a aplicação da tarifa de contingência (art. 1º). Os efeitos decorrentes da aplicação da referida medida reguladora ainda estão sendo estudados tanto pela CAGECE como pela própria ARCE.

3.9.2 Parâmetros técnicos e econômicos

Com base nos parâmetros constitucionais e, também, legais de política tarifária estipulados no artigo 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, bem como nos artigos 9º a 13 da Lei nº 8.987/95, é viável constituir os parâmetros técnicos e econômicos possíveis para a fixação das tarifas dos serviços públicos regulados.

Um dos parâmetros legais do regime de política tarifária a ser utilizado como parâmetro técnico de fixação da tarifa pelo preço da proposta vencedora da licitação é o chamado valor de outorga (art. 15, inciso II, da Lei nº 8.987/95). Este valor é considerado neste trabalho como tributo oculto ou disfarçado, sendo tal estudo mais bem aprofundado no capítulo seguinte.

Outro parâmetro legal de política tarifária é a utilização do critério de julgamento do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado (art. 15, inciso I, da Lei nº 8.987/95). Apesar de não ser um critério exclusivo de julgamento, sua manifestação se traduz num critério puramente econômico. A indicação de um valor pequeno ou irrisório para a prestação de um dado serviço público deve levar em consideração o custo daquele serviço e tal valor somente será calculável mediante técnicas econômico-tarifárias precisas, seguras e adequadas às características daquele serviço e à realidade econômica da população usuária.

⁴⁴⁹ CEARÁ. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. **Resolução nº 212, de 17 de agosto de 2016**. Altera a Resolução ARCE nº 201, de 19 de novembro de 2015, referente ao mecanismo tarifário de contingência a p l i c a d o pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece), em face da situação de escassez de recursos hídricos. Fortaleza: ARCE, 2015. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/category/11-resolucoes>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Já o parâmetro legal da modicidade tarifária pode ser efetivado por via de vários instrumentos de política tarifária. Dentre os instrumentos técnicos/econômicos para alcançar este desiderato, pode-se apontar: (i) redução artificial das tarifas com o objetivo de reduzir o preço pago pela população e, geralmente, controlar a inflação; (ii) subsídios tarifários para determinados segmentos de usuários (ex: população carente); (iii) subsídios tarifários por motivos de inclusão social (ex: preços módicos para incentivo à cultura ou ao lazer).

Os subsídios tarifários são instrumentos da política tarifária para se definir tarifas módicas e propiciar amplo acesso dos serviços a toda a população. Estes subsídios podem ser *diretos* (quando aplicados especificamente a determinado segmento de usuários) ou *cruzados* (quando aplicados indistintamente a todos os usuários dos serviços públicos). Quanto ao subsídio cruzado, precisas são as lições de Jacintho Arruda:

A prática do subsídio cruzado é uma das mais claras maneiras de se implementar política pública em matéria tarifária. Como se sabe, o subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos.

Isoladamente considerada, essa prática representa uma distorção dos elementos econômicos envolvidos na prestação de um dado serviço público. A remuneração cobrada em cada segmento envolvido é, por assim dizer, alterada artificialmente em virtude do subsídio. No segmento do qual se extrai o subsídio, o valor cobrado é superior ao necessário, pois, além dos custos e da remuneração do prestador do serviço, há a parcela referente à transferência de recursos. O segmento beneficiado, por sua vez, pratica valores aquém do necessário para compensar os custos e a remuneração do operador, uma vez que tem sua equação econômica favorecida com o montante recebido.

Este instrumento não é, por si só, uma providência benéfica ou nociva ao interesse público. Seu emprego dependerá das circunstâncias específicas de prestação do serviço público. A variação de disciplina jurídica sobre a matéria demonstra como este mesmo instrumento, o subsídio cruzado, pode cumprir papéis opostos.⁴⁵⁰

O subsídio cruzado é, portanto, um instrumento vastamente empregado na aplicação de determinadas tarifas de serviços públicos, principalmente quando se procura ampliar ao máximo o alcance dos usuários a serem atendidos (universalização), não constituindo, necessariamente, uma prática exorbitante. Ao passo em que em ambientes competitivos onde haja concorrência na prestação de um serviço público, o subsídio cruzado não seja um mecanismo justo por causar condições anti-isonômicas entre as empresas prestadoras; num ambiente de pouca concorrência ou monopolista, é um

⁴⁵⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*, p. 107.

mecanismo largamente utilizado para viabilizar o atendimento de políticas públicas.⁴⁵¹ Exemplo desta prática ocorre no caso das tarifas do serviço de saneamento básico prestados pela Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará (CAGECE) nos diversos municípios cearenses.

De acordo com a Lei Estadual nº 14.394, de 7 de julho de 2009⁴⁵², a ARCE possui a competência para regulação, fiscalização e monitoramento dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário prestados pela CAGECE. Nessas atribuições legais, consta a de estabelecer as tarifas dos serviços públicos regulados (art. 5º, inciso III, da Lei Estadual nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997). Desde então, portanto, a Agência Reguladora Estadual fixa as tarifas dos mencionados serviços públicos no Estado do Ceará, mas sem a individualização ou segregação de custos dos serviços conforme região ou município cearense. Noutros termos, para remunerar os custos da operação e de investimento da Companhia Estadual, há uma análise de todo o universo da prestação do serviço – no caso, o Estado do Ceará (com exceção de Fortaleza) – a fim de se definir uma tarifa uniforme para toda a região.

Nada obstante a diretriz da universalização, é preciso ressaltar que, nos casos de serviços públicos de saneamento básico e de energia elétrica, o estabelecimento de políticas tarifárias é essencial para se controlar a demanda dos usuários, incentivando-os ou desestimulando-os ao consumo, na medida da disponibilidade e fruição dos respectivos bens e insumos, de modo a garantir a qualidade e continuidade dos serviços. Por outro lado, há outros serviços públicos – *v.g.*, o de telecomunicações – cuja maior utilização da infraestrutura é desejável para expansão da rede, garantindo assim maior qualidade e continuidade do serviço.

Outro parâmetro legal de política tarifária é o mecanismo da revisão tarifária, a fim de garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Cumpre asseverar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual pode ser

⁴⁵¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros/FGV, 2011, p. 188.

⁴⁵² CEARÁ. **Lei Estadual nº 14.394, de 07 de julho de 2009**. Define a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce) relacionada aos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2009. Disponível em: < <http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/leis?start=20>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

alcançada por meio de mecanismos econômico-tarifários que resultem tanto em majoração como diminuição das tarifas. As revisões tarifárias podem ser implementadas em caráter ordinário (visando ao resultado financeiro da empresa, realizada de maneira periódica e programada) ou em caráter extraordinário (visando a corrigir distorções e desequilíbrios entre os direitos e obrigações estabelecidos no contrato, causados por fatos alheios às partes, e realizada excepcional e esporadicamente).

Por fim, necessário se faz debruçar sobre os mecanismos técnicos de regulação econômico-tarifária dos serviços públicos regulados e de que modo eles se harmonizem a cada política tarifária. Os mecanismos de regulação tarifária podem ser implementados assim: a) regulação por taxa de retorno (*cost-plus*); b) regulação por preço teto (*price-cap*); c) cesta tarifária; d) discricionariedade.

Para Jacintho Arruda Câmara, a flexibilidade na política tarifária depende do grau de intervenção estatal na economia, especialmente nos serviços públicos regulados, de modo que este mecanismo se torna mais flexível quanto menor for a regulação de um determinado setor na fixação do valor da tarifa:

O objetivo desta flexibilização é aproveitar a iniciativa da concessionária em extrair a máxima eficiência e lucratividade do empreendimento, também em matéria de fixação de tarifas. Para tanto, faz-se necessário que as circunstâncias de exploração do serviço levem os exploradores privados a reduzir o valor da tarifa como mecanismo de obtenção de eficiência econômica (e, conseqüentemente, de ampliação de seu retorno financeiro). Isto ocorre, basicamente, quando o regime de exploração do serviço impõe ao prestador do serviço o risco pela variação de demanda ou quando existe efetiva competição na prestação de serviços públicos.⁴⁵³

O primeiro mecanismo técnico é o da regulação por taxa de retorno (*rate of return*), cuja metodologia leva em consideração os custos operacionais e financeiros das empresas, bem como os investimentos por ela planejados, podendo então ser calculada uma taxa de retorno adequada pelo ente regulador. A adequação considerada refere-se à base de ativos remuneráveis, ou seja, a tarifa dos produtos ou serviços é determinada pela exigência de receita suficiente e adequada para cobrir os custos empresariais.

Fernando Vernalha Guimarães pondera os aspectos positivos e negativos na fixação tarifária pelo custo do serviço. Como método largamente utilizado nos serviços

⁴⁵³ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*, p. 115.

públicos de monopólio natural, este modelo coíbe a exploração dos usuários de serviços monopolizados, restringindo práticas de elevação artificial de preços. Outro ponto positivo é o da segurança dos investimentos realizados pelo concessionário, uma vez que eles serão considerados na remuneração do custo do serviço. Quanto aos aspectos negativos, o autor reúne primordialmente dois pontos: a dificuldade em mensurar a eficiência da gestão e o problema da assimetria de informações:

[...] por outro são insatisfatórios por descurar de avaliar a eficiência da gestão econômica do concessionário. Há elevado risco de o concessionário desligar-se de uma missão de eficiência na prestação do serviço, uma vez que a garantia da cobertura dos custos e da taxa de retorno desestimula o prestador a buscar a racionalização das despesas envolvidas na concessão e a boa alocação dos recursos.

Além disso, são aptos a propiciar problemas de assimetria de informação quanto à regulação das tarifas dada a dificuldade em se precisar os custos efetivamente incorridos pelo concessionário, em vista dos elevadíssimos (e proibitivos) custos de transação. Incorre-se, então, no risco da manipulação de informações pelo concessionário.

Cláudio Lucinda revela três problemas na adoção desta metodologia: (i) a *falta de incentivos para a minimização dos custos*, haja vista que a receita tarifária é determinada com suporte nos custos empresariais e investimentos planejados; noutros termos, a empresa não tem motivos para diminuir seus custos, pois para tal será remunerada; (ii) a *redução ou falta de incentivos para se buscar uma eficiência da empresa atinge a qualidade dos serviços*, isto porque a empresa pode aumentar seus custos operacionais e financeiros, sem necessariamente aumentar investimentos destinados à melhoria da qualidade dos produtos ou serviços, e ainda assim ter um aumento em sua receita tarifária; (iii) *induz as decisões da empresa a um viés de capital*, noutros termos, o aumento dos investimentos de capital empresarial acarretará um aumento dos custos de remuneração desses investimentos, reduzindo a sua rentabilidade; e (iv) *monitoramento continuado da agência reguladora dos preços dos serviços e produtos*, uma vez que os custos operacionais e financeiros, bem como de investimentos, tendem a se elevar muito.⁴⁵⁴

O segundo método de regulação tarifária de serviços e produtos é o por preço teto (*price cap*). Este método consiste numa fórmula que determina a variação máxima de preços em certo período, geralmente um ano. Esta metodologia é a preferida dos

⁴⁵⁴ LUCINDA, Cláudio R. *Op. cit.*, p. 248-249.

agentes reguladoras pelas seguintes razões: a) propicia incentivos para maior eficiência por parte da empresa; b) torna o processo regulatório mais simples; c) garante maior flexibilidade na estrutura de preços; d) limita a intervenção do regulador na operação cotidiana da empresa regulada; e) permite ganhos de produtividade às empresas e, conseqüentemente, também beneficia os consumidores; f) com a limitação do aumento de preços, protege os consumidores e garante a livre concorrência e a livre competição; e g) limita a possibilidade de subsídios cruzados.⁴⁵⁵

Exemplo de aplicação desta metodologia tarifária se vislumbra na fixação das tarifas dos serviços de distribuição de energia elétrica, o que se infere não de modo explícito da legislação ordinária do setor, mas das cláusulas dos contratos de concessão:

CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS APLICÁVEIS NA PRESTAÇÃO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Pela prestação dos serviços que lhe são concedidos por este Contrato, a CONCESSIONÁRIA cobrará as tarifas discriminadas nos Anexo IV, que é rubricado pelas partes e integra este instrumento, homologadas pelo PODER CONCEDENTE.

(...)

Terceira Subcláusula – Os valores das tarifas de que trata esta cláusula serão reajustados com periodicidade anual, um ano após a “Data de Referência Anterior”, sendo esta definida da seguinte forma: (...)

Quinta Subcláusula – Para fins de reajuste tarifário, a receita da CONCESSIONÁRIA será dividida em duas parcelas:

Parcela A: parcela da receita correspondente aos seguintes custos: quotas da Reserva Global de Reversão – RGR; cotas da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, encargos da compensação financeira pela exploração de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, valores relativos à fiscalização dos serviços concedidos, compra de energia e encargos de acesso aos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica para revenda.

Parcela B: valor remanescente da receita da CONCESSIONÁRIA, excluído o ICMS, após a dedução da Parcela A.⁴⁵⁶

Corroborando este entendimento André Patrus Ayres Pimenta sobre a utilização do método do *price cap* no serviço de distribuição de energia elétrica:

Da leitura dos dispositivos legais e contratuais (haja vista que não há detalhamento de política tarifária na legislação ordinária) verifica-se que o atual modelo de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica adota o assim denominado regime de preços tetos (*price cap regulation*).

Nesse regime, as tarifas máximas são inicialmente fixadas e permanecem constantes em termos reais (reajustes) por determinado período

⁴⁵⁵ LUCINDA, Cláudio R. *Op. cit.*, p. 250.

⁴⁵⁶ Cláusulas do Contrato de Concessão de Distribuição nº 01/98 – ANEEL celebrado com a Companhia Energética do Ceará – COELCE. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/Contrato/Documentos_Aplicacao/001.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

de tempo, no qual a concessionária tem incentivos para aprimorar sua eficiência operacional e, assim, obter ganhos de eficiência a serem compartilhados com os consumidores.

O regime prevê, ainda, a realização periódica de revisões tarifárias com vistas à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, bem como a possibilidade do repasse aos consumidores dos custos variáveis sobre os quais a concessionária não tem controle ou gerência durante o intervalo entre as revisões tarifárias.

Portanto, atento aos comandos legais e aos imperativos econômicos, os contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica contêm cláusulas de reajuste tarifário anual, de revisão tarifária ordinária e de revisão tarifária extraordinária, nos termos do que dispõe o art. 9º, *caput* e §2º, da Lei nº 8.987/95.

Nos contratos de concessão, a receita anual requerida pelas concessionárias de distribuição se compõe, para efeitos de reajuste tarifário, de duas parcelas: a “Parcela A”, correspondente a custos considerados não-gerenciáveis e a “Parcela B”, correspondente a custos considerados como gerenciáveis pela concessionária.

Os itens integrantes da “Parcela A” são considerados como custos não-gerenciáveis haja vista que seus valores e dimensões, bem como sua variação no tempo, não dependem do controle ou gerência da própria concessionária, mas sim de decisões exógenas. Além disso, pela dinâmica setorial, não é possível prever com precisão o exato montante de realização de tais custos para efeitos de sua integral consideração no processo de reajuste tarifário.

Já os itens tratados na “Parcela B” são considerados como custos gerenciáveis, pois a concessionária tem ampla capacidade de administrá-los diretamente. A “Parcela B” é basicamente composta (i) pelas despesas de operação e manutenção (*operational expenditure* – *OPEX* – para as quais é utilizada a metodologia da Empresa de Referência); (ii) pela remuneração do capital investido (*capital expenditure* – *CAPEX* – com utilização da metodologia da Base de Remuneração Regulatória) e (iii) pela quota de reintegração regulatória (com base na taxa média de depreciação dos ativos da concessionária). Tais itens somente são reavaliados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL por ocasião da realização das revisões tarifárias periódicas (ou extraordinárias), sendo obtida por mera diferença nos processos de reajuste tarifário (daí a possibilidade de ganhos de eficiência).⁴⁵⁷

Jacinto Arruda Câmara explica o método *price cap*, ressaltando certo grau de participação do concessionário na fixação da tarifa, cuja liberdade pode garantir aumento de lucros e algumas promoções aos usuários dos serviços:

O sistema implica uma transferência ao concessionário de certo grau de responsabilidade pela variação de demanda do serviço. Com a liberdade de cobrar valor mais baixo do que o máximo fixado, há espaço para que o particular ofereça condições econômicas mais atraentes ao aumento da demanda pelo seu serviço. Uma queda na procura pelo serviço, desde que motivada pelo alto custo da tarifa, deixa de ser um evento de inteira responsabilidade do poder concedente, uma vez que o concessionário goza de margem de atuação para influir em relação à matéria.

É possível notar a eficácia deste modelo quando o concessionário realiza “promoções” para incentivar o uso do seu serviço ou infra-estrutura. Isto ocorre para conferir melhor aproveitamento à capacidade ociosa existente, bem como para conquistar clientela nos serviços submetidos a um regime de concorrência.

⁴⁵⁷ PIMENTA, André Patrus Ayres. *Op. cit.*, p. 41.

Ao reduzir espontaneamente o valor da tarifa o concessionário, por óbvio, busca aumentar seus ganhos. Esse é um movimento de gestão empresarial, um risco do negócio que, como tal, deve ser assumido pelo concessionário. Não há sentido em que, havendo empregado esse instrumento de atuação, o concessionário venha posteriormente a requerer qualquer indenização ou revisão tarifária com base em alegado prejuízo decorrente do desconto proferido.⁴⁵⁸

Em síntese, na regulação pela tarifa-teto, é estabelecido o valor máximo a ser fixado pela prestação do serviço, mas garante-se certa margem de liberdade ao concessionário do serviço, seja em relação aos preços, sua margem de lucro ou a realização de promoções, seja em relação a estabelecimento de tarifas diferenciadas em virtude de determinadas categorias de usuários, desde que respeitados os princípios da isonomia e da impessoalidade.

Outra técnica regulatória é geralmente utilizada de modo complementar aos outros métodos (mais ordinariamente ao sistema *price cap*), chamada de *yardstick competition*. Baseada na regulação por incentivos, a técnica de *yardstick competition* consiste na adoção de um modelo parametrizado de regulação, na qual se faz uma avaliação comparativa com base em uma empresa de referência. Tendo uma empresa do setor como referência, a entidade reguladora fixa regras de desempenho, com vistas a aumentar a eficiência do prestador de serviço, além de reduzir a assimetria de informações.

No ambiente regulado nem sempre é possível encontrar essa empresa-padrão de referência, razão pela qual se costuma partir da premissa da chamada firma-hipotética ou firma-padrão, como ensina Fernando Vernalha Guimarães:

Dada a especial dificuldade prática em conformar-se um padrão puro constituído a partir de certo prestador, a heterogeneidade das empresas prestadoras conduziu os reguladores, no propósito de facilitar a comparação entre aquelas, a elegerem modelos de referência a partir de uma firma hipotética (firma-sombra), composta pela média de variáveis representativas do desempenho de diversos prestadores atuantes num segmento. Caso assim certo prestador apresente resultados melhores e custos mais reduzidos que os da firma-sombra, será recompensado com lucros mais elevados.⁴⁵⁹

O terceiro mecanismo de regulação tarifária é o da cesta tarifária a ser implementado não sobre o valor geral da tarifa, mas sobre um conjunto de itens tarifários

⁴⁵⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁵⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O regime tarifário na concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67, jul./set. 2009.

(cesta). O controle técnico mais comum leva em consideração cada item para se compor a tarifa final de determinado serviço público, porém com o mecanismo da cesta tarifária é possível maior flexibilidade do regulador por conjunto de itens e não de modo individualizado. Jacintho Arruda Câmara explica bem esta metodologia tarifária:

No sistema de cesta tarifária todas as tarifas cobradas em relação a um serviço são reunidas e o controle é feito de maneira geral. Os itens tarifários são inseridos numa fórmula matemática e, a partir daí, são fixados valores máximos em relação à cesta; os reajustes e revisão são aplicáveis em relação ao todo. O concessionário, neste modelo, ganha a liberdade de balancear a proporção que cada item terá em relação ao todo (cesta). Administra, desta forma, os itens sobre os quais serão cobrados valores mais altos, tendo, porém, que necessariamente compensar esta opção por intermédio da redução dos valores dos demais itens.⁴⁶⁰

Exemplo de aplicação do mecanismo da cesta tarifária ocorre nos serviços de telefonia fixa submetidos ao regime de concessão. Neste caso, o Poder Concedente, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), segundo a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) – a qual compete estabelecer a estrutura tarifária para os sobreditos serviços – poderá fixar, reajustar e revisar tarifas dos serviços de telefonia fixa, de acordo com uma média ponderada dos valores dos itens tarifários⁴⁶¹ (habilitação, pulso telefônico ou minuto, tarifa de interconexão, assinatura de outros serviços etc.), cabendo ao concessionário cobrar as tarifas aos usuários, por sua conveniência e risco empresarial, desde que utilize a fórmula matemática que representa a cesta tarifária.

Por fim, a discricionariedade na regulação nem consiste, em verdade, em metodologia regulatória, mas simples mecanismo de regulação de preços baseado em julgamento, por oportunidade e/ou conveniência, da entidade regulatória. Nestes casos, os aspectos econômico-tarifários são esquecidos para se manter o equilíbrio econômico-financeiro das empresas reguladas, sendo levados em conta apenas aspectos políticos da decisão de aumentar ou diminuir tarifas de serviços ou produtos, *v.g.*, decisões com base na inflação ou no calendário eleitoral. Portanto, o estabelecimento de tarifas com base em

⁴⁶⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁶¹ “Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço.

§ 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários.” BRASIL. **Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

critérios políticos, sem levar em consideração custos operacionais e financeiros, investimentos, produtividade, eficiência e qualidade dos serviços, de acordo com Cláudio Lucinda, demonstra-se desastroso tecnicamente, incompatível com os princípios da regulação e prejudicial ao interesse público.

O mecanismo da discricionariedade, entretanto, envolve certo grau de “liberdade tarifária” conferida ao concessionário de serviço público na definição de sua remuneração. Noutros termos, a tarifa é definida pelo próprio concessionário prestador do serviço público, cujo regime continua a ser público, mas com mínimo grau de intervenção do poder concedente, cuja função remanescente será meramente fiscalizadora. Exemplo desta “liberdade tarifária” no Direito brasileiro está na Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (art. 104⁴⁶²), justamente em razão da ampla e efetiva competição entre as prestadoras de serviço.

Outro exemplo do regime de liberdade tarifária pode ser encontrado no setor aéreo brasileiro. Os serviços públicos de transporte aéreo são regulados pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986) e podem ser de duas modalidades: regulares e não regulares. O transporte aéreo regular obedecia a um regime tarifário aprovado previamente pela autoridade aeronáutica⁴⁶³, mas que posteriormente foi flexibilizado com o intuito de incrementar a competição no setor⁴⁶⁴.

⁴⁶² Art. 104. Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária.

§ 1º No regime a que se refere o *caput*, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência.

§ 2º Ocorrendo aumento arbitrário dos lucros ou práticas prejudiciais à competição, a Agência restabelecerá o regime tarifário anterior, sem prejuízo das sanções cabíveis.

⁴⁶³ “Art. 200. Toda empresa nacional ou estrangeira de serviço de transporte aéreo público regular obedecerá às tarifas aprovadas pela autoridade aeronáutica”. BRASIL. **Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília: Congresso Nacional, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

⁴⁶⁴ A Portaria nº 075/GM5, de 06 de fevereiro de 1992, do Ministro da Aeronáutica, instituiu a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas, como mecanismo para viabilizar a livre competição de mercado, com vistas a estimular a melhoria da qualidade dos serviços prestados e o gerenciamento privado na busca do equilíbrio das empresas aéreas (BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Portaria nº 075/GM5, de 06 de fevereiro de 1992**. Institui a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas. Brasília: ANAC, 1992. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-1992/portaria-no-75-gm5-de-06-02-1992/@@display-file/arquivo_norma/port075GM5.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015). Uma vez declarada inaplicável pela Decisão nº 110, de 23 de outubro de 2012, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), esta portaria foi expressamente revogada pela Portaria nº 1055/GC5, de 1º de novembro de 2012. (BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Portaria nº 1055/GC5, de 1º de novembro de 2012**. Brasília: ANAC, 1992. Disponível em:

Outrossim, o emprego da “liberdade tarifária” não pode se confundir com a “liberdade de preços”. No primeiro caso, o regime jurídico a regular as relações entre o prestador (concessionário) e o usuário ainda é o de Direito Público, pois mesmo em face da circunstância transitória da liberdade conferida ao concessionário, compete ao Poder Público a prerrogativa de retomar o regime e imprimir maior intervenção, caso haja necessidade. Por outro lado, no segundo caso, o regime jurídico a regular as relações entre o prestador e o usuário é de Direito Privado, por ser a remuneração constituída de preços. Esta opção legislativa pode ser verificada no caso dos serviços de telefonia móvel celular, tecnicamente denominada de Serviço Móvel Pessoal (art. 129, LGT⁴⁶⁵).

Em suma, é possível inferir a existência de vários mecanismos e parâmetros técnicos e econômicos para estabelecimento de uma política tarifária, tão variável conforme o tipo de serviço público a ser aplicado. Não se pode, *a priori*, predeterminar a prevalência de um modelo tarifário sobre outro exatamente em razão das peculiaridades inerentes a cada espécie de serviço público. Resta clara, no entanto, a necessidade de observar os parâmetros constitucionais e, também, legais das políticas tarifárias, de modo a alcançar serviços públicos de qualidade, eficientes e a custos módicos aos usuários.

Ao lado da política tarifária, é necessário estudar o regime jurídico tributário dos serviços públicos regulados, de modo a identificar a tributação oculta ou disfarçada nesses serviços públicos, bem como qual o papel das agências reguladoras em relação a esses tributos ocultos.

<<http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-1992/portaria-no-75-gm5-de-06-02-1992>>. Acesso em: 18 nov. 2015).

⁴⁶⁵ “Art. 129. O preço dos serviços será livre, ressalvado o disposto no § 2º do art. 136 desta Lei, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, nos termos da legislação própria”. BRASIL. **Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília: Congresso Nacional, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

4 TRIBUTAÇÃO OCULTA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS REGULADOS

O estudo da prestação dos serviços públicos no Brasil envolve, dentre outros aspectos, a análise dos custos a eles inerentes. Há determinados serviços públicos prestados gratuitamente aos cidadãos, razão pela qual se infere que os custos de sua prestação internalizam-se pelo próprio ente público.

De outra sorte, existem serviços públicos prestados aos cidadãos, mas seus custos são devidamente avaliados e considerados na composição da devida contrapartida a ser cobrada diretamente dos usuários daqueles serviços. Exatamente em face desta contrapartida exigida pelo ente público prestador, tais serviços públicos são regulados, de algum modo, por outra entidade chamada no Brasil de *agências reguladoras*.

Inicialmente, é preciso esclarecer qual o modelo de tributação adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para os serviços públicos. Com a análise das espécies tributárias no País, principalmente de suas hipóteses de incidência e suas bases de cálculo, é possível inferir o regime jurídico tributário dos serviços públicos.

Interessa analisar, destarte, a formação do custo deste serviço público, de modo a identificar quais elementos jurídicos o compõem: parcela de tributos, de encargos financeiros e de encargos contratuais.

4.1 Regime jurídico tributário dos serviços públicos

O ponto de partida para o delineamento do regime jurídico tributário dos serviços públicos é a divisão de competências materiais, relativas a esses serviços, estabelecida nos artigos 21, 25 e 30 da Constituição Federal Brasileira vigente. Em complementação, impõe-se examinar a outorga e delimitação das competências impositivas tributárias dos entes políticos.

A Constituição Federal de 1988 outorga competências tributárias próprias à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Noutros termos, o texto constitucional define as hipóteses de incidência em abstrato para a criação dos tributos, dividindo-as entre os entes políticos tributantes, seja de modo exclusivo, seja de modo

comum⁴⁶⁶. Assim, em matéria tributária, compete privativamente à União os impostos enumerados no art. 153⁴⁶⁷, as taxas devidas em sua área de atuação (seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, conforme art. 145, II, CF/88), a contribuição de melhoria decorrente de obras públicas por ela realizadas (art. 145, III, CF/88), as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas (art. 149, CF/88) e os empréstimos compulsórios (art. 148, CF/88). Ademais, resta ainda à União a competência para instituir impostos extraordinários (art. 154, II, CF/88) e a competência residual, nos termos do art. 154, I, c/c art. 195, §4º, da Lei Maior.

Aos estados competem privativamente os impostos enumerados no art. 155⁴⁶⁸, as taxas devidas em sua área de atuação (seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis), a contribuição de melhoria decorrente de obras públicas (art. 145, III, CF/88) pelos estados realizada e a contribuição do regime previdenciário próprio do funcionalismo público estatal (art. 149, §1º, CF/88).

No que diz respeito ao Distrito Federal, compete-lhe a instituição dos impostos estaduais (art. 155, *caput*, CF/88), dos impostos municipais (art. 147, parte final, c/c art. 156, CF/88), as taxas devidas em sua área de atuação (seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis), a contribuição de melhoria decorrente de obras públicas realizadas pelo Distrito Federal (art. 145, III, CF/88), a contribuição do regime previdenciário próprio do funcionalismo público estatal (art. 149, §1º, CF/88) e a contribuição de iluminação pública, prevista no art. 149-A da Lei Magna.

⁴⁶⁶ Sobre as competências exclusivas e comuns, bem como a possibilidade e o modo de exercê-las conjuntamente, consulte Juraci Mourão Lopes Filho. **Competências Federativas**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 134-139.

⁴⁶⁷ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I – importação de produtos estrangeiros; II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III – renda e proventos de qualquer natureza; IV – produtos industrializados; V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI – propriedade territorial rural; VII – grandes fortunas, nos termos da lei complementar”.

⁴⁶⁸ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III – propriedade de veículos automotores”.

Aos municípios competem privativamente os impostos enumerados no art. 156⁴⁶⁹, as taxas devidas em sua área de atuação (seja pelo exercício do poder de polícia, seja pela utilização de serviços públicos específicos e divisíveis), a contribuição de melhoria decorrente de obras públicas (art. 145, III, CF/88) pelos municípios realizada, a contribuição do regime previdenciário próprio do funcionalismo público municipal (art. 149, §1º, CF/88) e a contribuição de iluminação pública, prevista no art. 149-A da Lei Magna.

Por óbvio, não se pretende realizar análise minudente de todos os dispositivos do complexo e analítico Sistema Tributário Nacional. O objetivo aqui é desvendar quais espécies tributárias se adequam a configurar a materialidade da hipótese de incidência pertinente aos serviços públicos, fixando assim o regime jurídico tributário destes.

Em relação às espécies tributárias, opta-se por superar a discussão doutrinária sobre a quantidade de espécies do gênero tributo, adotando-se a teoria quinquipartite, dominante na doutrina e jurisprudência pátrias⁴⁷⁰.

As hipóteses de incidências possíveis dos impostos estão previamente delineadas na Constituição Federal. Sejam federais, estaduais ou municipais, as materialidades dos impostos estão relacionadas, em linhas gerais, a patrimônio (v.g., imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU), renda (v.g., imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza – IRQN) ou serviços (v.g., imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN) pertencentes ou praticados pelo sujeito passivo.

A contribuição de melhoria está relacionada à valorização de um imóvel, decorrente de obra pública. Noutros termos, este tributo é do tipo vinculado, pois tem

⁴⁶⁹ “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

⁴⁷⁰ Sob pena de desvirtuar demasiadamente a pesquisa em comento, entendemos por bem não aprofundar a questão da classificação tributária e seguir o posicionamento majoritário da corrente quinquipartite (impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais). Além desta corrente, existem: *bipartite* – impostos e taxas (Amílcar de Araújo Falcão); *tripartite* - impostos, taxas e contribuição de melhoria (Paulo de Barros Carvalho e Roque Antonio Carrazza) e *quadripartite* – impostos, taxas, contribuições e empréstimo compulsório (Luciano Amaro e Ricardo Lobo Torres).

como fato gerador uma atividade estatal específica. A atividade estatal *in casu* não é um serviço prestado pelo Poder Público, mas uma obra por ele realizada.

As contribuições sociais caracterizam-se pela finalidade de sua instituição, ou seja, pela vinculação de órgãos específicos do Poder Público à relação jurídica com o respectivo contribuinte⁴⁷¹. Estas contribuições estão vinculadas à seguridade social, à intervenção no domínio econômico ou ao interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, portanto, não estão vinculadas a serviços públicos.

De acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência sedimentada, os empréstimos compulsórios têm a natureza jurídica de tributo. No Direito Brasileiro, o empréstimo compulsório poderá ser instituído nos termos do artigo 148 da Constituição Federal⁴⁷². Em nenhuma das duas hipóteses dos incisos I e II do referido dispositivo constitucional se verifica uma correlação com qualquer atividade assemelhada a serviço público.

Resta, portanto, a análise do regime jurídico das taxas. O pressuposto jurídico para a instituição das taxas está no inciso II do artigo 145 da Constituição Federal. Elas podem ser instituídas “em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.” Em suma, pode-se inferir do texto constitucional que as taxas são os tributos constitucionalmente adequados a incidir sobre os serviços públicos, não todos, mas apenas aqueles serviços específicos e divisíveis.

Os serviços públicos, entretanto, também podem ser custeados por meio de tarifas ou preços públicos, denominações usadas indistintamente por vários autores⁴⁷³.

⁴⁷¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 171.

⁴⁷² “Art. 148: A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.”

⁴⁷³ Cf. José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324), Alexandre Santos de Aragão (**Curso de Direito Administrativo**. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 433), Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 259), Hely Lopes Meirelles (*Op. cit.*, p. 308 e 360)

Tradicionalmente, a noção genérica de tarifa é a de contraprestação devida pelo usuário do serviço público, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷⁴.

Autores há que distinguem a tarifa do preço público, afirmando ser este cobrado nas remunerações de atividades econômicas em sentido próprio, enquanto aquela consiste na remuneração devida quando houver atuação típica do Estado, como se verifica das lições de Jacintho Arruda Câmara:

A razão de ser da diferença de regime jurídico entre *tarifa* e *preço controlado* envolve o próprio objeto da atuação estatal. Quando se fala em tarifa se está referindo ao campo típico de atuação do Estado: a prestação de serviços públicos. Diz respeito ao controle dos valores cobrados pela prestação de uma atividade que cabe ao próprio Estado desempenhar, direta ou indiretamente (por intermédio de particulares, que recebam a outorga do direito de prestar tal serviço em nome próprio). O controle de preços, por sua vez, recai sobre atividades econômicas em sentido próprio, ou seja, no campo típico de atuação dos particulares. O Poder Público, neste caso, quando implementa um sistema de controle de preços, está fazendo típica intervenção no domínio econômico. Disciplina e regula atividades privadas, empregando o que se convencionou chamar de *poder de polícia*.⁴⁷⁵

Ademais, é preciso desvendar a natureza jurídica dessa remuneração. Enquanto a tarifa pode estar associada à remuneração de um contrato de concessão de serviço público, o que poderia supor sua natureza contratual, em verdade se traduz mais como uma natureza regulamentar dada a possibilidade de alteração unilateral do contrato pelo poder concedente, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por outro lado, no caso dos preços públicos controlados por uma entidade reguladora, a natureza contratual do preço se desdobra em face da liberdade econômica e da fixação de limites mais rígidos para a intervenção estatal na economia.⁴⁷⁶

No âmbito desta tese, entende-se perfeitamente cabível a distinção realizada por Jacintho Arruda Câmara entre tarifa e preço público, por se adequar às particularidades e características distintivas entre o serviço público essencial (como atividade típica do Estado e pela natureza jurídica regulamentar da remuneração) e a atividade econômica em sentido estrito (no campo de atuação dos particulares, em razão da livre iniciativa e natureza jurídica contratual da remuneração).

⁴⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 694.

⁴⁷⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59.

⁴⁷⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. *Op. cit.*, p. 47/48; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 697.

Superadas as diferenças conceituais entre tarifa e preço público, é mister retornar ao campo de distinção entre as tarifas e as taxas. Como anota José Juan Ferreiro Lapatz, “taxa e preço são exatamente duas técnicas jurídicas diferentes que o legislador pode utilizar para financiar um serviço público”⁴⁷⁷. Portanto, faz-se necessária a distinção entre taxas e tarifas ou preços públicos⁴⁷⁸ para se poder examinar qual a melhor ou mais adequada técnica jurídica em cada caso.

Há quem sustente ser o critério da compulsoriedade o fator distintivo entre a taxa e o preço público: a taxa corresponde a uma atividade estatal específica e compulsória em relação ao contribuinte; ao passo que o preço público é facultativo, pois ligado a uma atividade de natureza comercial ou industrial. Luciano Amaro entende ser o caso de cobrança de taxa quando houver compulsoriedade da prestação, e cobrança de tarifa quando houver voluntariedade da prestação.⁴⁷⁹

Aliás, esse é o critério adotado pelo Supremo Tribunal Federal, como se verifica da Súmula 545: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”. Tal entendimento da Corte Suprema patril, apesar de ter sido aprovado sob a égide da Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional de 1969, resta irretocável para a mais alta Corte do País, como se demonstra no acórdão ora transcrito: “Taxa e preço público diferem quanto à compulsoriedade de seu pagamento. A taxa é cobrada em razão de uma obrigação legal enquanto o preço público é de pagamento facultativo por quem pretende se beneficiar de um serviço prestado.”⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário: Teoria Geral Do Tributo**. Barueri: Manole; Espanha: Marcial Pons, 2007, p. 177.

⁴⁷⁸ Paulo de Barros Carvalho afirma ser usual a equiparação dos termos “tarifa” e “preço público”; no entanto, ressalva a diferença de tais expressões no Direito Financeiro: tarifa significa tabela de preços e não os preços em si. (*Op. cit.*, p. 412).

⁴⁷⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁴⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Recurso Extraordinário nº 556.854**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 30 jun. 2011. Brasília: STF, DJe-195 divulg. 10.10.2011, publ. 11.10.2011, RT v. 100, n. 914, 2011, p. 430-446. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2542263>>. Acesso em: 16 ago. 2015. No mesmo sentido: RE 576.189-4/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 22.04.2009, DJe-118 divulg. 25.06.2009, publ. 26.06.2009, Ement. 2366-7, pp.1424; ADI 2586-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 16.05.2002, DJ 01.08.2003, pp.101, Ement. 2117-34, pp.7326.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, além do critério da compulsoriedade, o regime jurídico do serviço prestado é essencial para caracterizar seu modo de remuneração. Para o Autor, o “preço público, diversamente das taxas, é a contraprestação decorrente do consumo de bens ou serviços públicos.”⁴⁸¹ Ademais, a remuneração dos serviços públicos por tarifas ou preços públicos obedece a um regime jurídico contratual, ao contrário das taxas, submetidas ao regime jurídico de Direito Público. Destarte, o caráter remuneratório⁴⁸² do regime tarifário é sua característica essencial, pois sua cobrança visa a: “i) garantir o custeio da prestação dos serviços concedidos; ii) remunerar, de forma justa, o capital investido pelas concessionárias; e iii) melhorar e expandir os serviços, assegurando o equilíbrio econômico do contrato.”⁴⁸³

Outro critério adotado pela doutrina para a distinção entre taxa e preço público é o da natureza jurídica da atividade estatal. Se a atividade é própria (privativa) do Estado, então estar-se-ia diante de taxa; se o serviço público não é eminentemente estatal, pois a atividade prestada possui natureza comercial ou industrial, então a remuneração deve ser feita por meio de um preço público.⁴⁸⁴

Hugo de Brito Machado entende, contudo, que essa distinção é de percepção difícil no plano da Ciência das Finanças, não obstante ser, no terreno jurídico, uma opção do Poder Legislativo. Desta feita, o Jurista admite a possibilidade de o legislador estabelecer a fronteira entre a taxa e o preço, pois nem sempre resta clara se a atividade estatal situa-se no terreno próprio do Estado ou está no âmbito das atividades privadas.⁴⁸⁵

Por este motivo, complementa o autor, a correta distinção entre taxa e preço público deve ser analisada pelo critério da compulsoriedade, mas não em relação ao

⁴⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 5 ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 411.

⁴⁸² Para Vitor Schirato, a remuneração de serviços públicos poderá advir de tarifas pagas pelos usuários, de receitas acessórias, alternativas e complementares, de contraprestações pagas pelo Estado e da combinação destas. Esta remuneração tem por finalidade: a) garantir a cobertura dos custos de oferta dos serviços concedidos; b) garantir o pagamento dos investimentos realizados; c) garantir o retorno do capital empregado pelo concessionário. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p.162).

⁴⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 413.

⁴⁸⁴ Moreira Neto alude, ainda, à distinção entre *preço público* e *preço quase público*, sob fundamento da natureza do interesse em jogo. Quando o interesse é **exclusivamente** do particular, o valor arrecadado na prestação do serviço público é um preço quase público. Por outro lado, quando o interesse é **predominante** do particular, o valor arrecadado na prestação desse serviço é um preço público (*Op. cit.*, 488). *Data maxima venia*, não se vê muita utilidade prática nesta distinção conceitual.

⁴⁸⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 455.

pagamento (consequência), e sim em face da obrigatoriedade ou não da utilização do serviço público, distinção esta que se corrobora e acolhe neste relatório de pesquisa acadêmica. Noutros termos, se o Estado obriga a utilização do serviço público (água e esgoto; energia elétrica etc.), proibindo a utilização de outro meio que atenda às necessidades dos cidadãos, então se está diante de um serviço compulsório, pelo qual se cobra uma taxa; se, ao contrário, o Estado presta o serviço público, mas, por outro lado, permite a utilização de outros meios para atender às necessidades dos cidadãos, então será um serviço facultativo, cuja cobrança se faz por meio de preço público.⁴⁸⁶ Em suma, o critério mais adequado que define a remuneração cobrada do usuário como tributo (taxa) ou como tarifa é o do regime jurídico da utilização do serviço.

Neste exato sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em questão relativa à natureza da remuneração auferida por concessionário de serviço público de fornecimento de água e esgoto. O critério da compulsoriedade ou não do consumo é essencial para se definir a natureza remuneratória em questão:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. [...]

3. A natureza jurídica do valor cobrado pelas concessionárias de serviço público de água e esgoto é tributária, motivo pelo qual a sua instituição está adstrita ao Princípio da Estrita Legalidade, no sentido de que somente por meio de “lei em sentido estrito” pode exsurgir a exação e seus consectários. A natureza jurídica da remuneração percebida pelas concessionárias pelos serviços públicos prestados possui a mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se os prestasse diretamente.

4. “O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado pelo usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando revela compulsoriedade. 2. Trata-se no caso em exame, de serviço público concedido, de natureza compulsória, visando atender necessidades coletivas ou públicas. 3. Não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço público decorre da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambas de direito público; ao contrário, sendo o prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço público/tarifa. 4. Prevalência no ordenamento jurídico das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, no sentido de que “a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não é afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço”.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 456.

⁴⁸⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **Recurso Especial nº 480.692/MS**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 10 jun. 2003, Brasília: STJ, 2003. Disponível em: <

Ainda neste tocante, suficientemente esclarecedoras são as lições de Sacha Calmon Navarro Coêlho sobre a cobrança de taxas pela prestação de serviços públicos:

As taxas pela prestação de serviços públicos de utilidades, tais como “coleta de lixo” ou “fornecimento de água” (quando a água é fornecida pelo regime tributário, pois frequentemente o é pelo regime de preços), podem ser cobradas por estarem à disposição do contribuinte os referidos serviços, desde que a lei os declare de utilização compulsória. A taxa pela disponibilidade do serviço é, em verdade, anômala. Somente os serviços efetivamente prestados deveriam originar a cobrança de taxa. A inclusão no conceito de taxa do elemento “disponibilidade”, entre nós, deveu-se, além da tradição, às exigências do Planasa (Plano Nacional de Águas e Saneamento). Os tecnoburocratas, ao se depararem com a grandiosidade da tarefa, imaginaram que poderiam o Poder Público e suas instrumentalidades manter o *funcionamento dos serviços de água e esgoto* utilizando-se do regime jurídico das taxas (tributário) ou do regime jurídico dos preços (contratual, contratualismo de adesão). No caso, a adoção do regime jurídico das taxas, embora menos elástico e, sob certos aspectos, desvantajoso, porquanto aumentos reais teriam que ser autorizados pelo Legislativo (legalidade) e cobrados somente no ano seguinte (anterioridade), teria a compulsoriedade típica dos tributos (1ª vantagem) e a possibilidade de cobrar um mínimo inarredável de cada morador servido por rede pública de água através da *mera disponibilidade do serviço* (2ª vantagem). Na prática, universalização dos pagamentos. *Os serviços públicos coletivos* (em tese energia, água e esgoto), telefonia, transporte) se prestam a ser cobrados tributariamente, quando adotado o regime jurídico das taxas, pela mera disponibilidade dos serviços, desde que regular e em funcionamento.⁴⁸⁸

De modo muito claro, o Professor e Jurista soteropolitano assevera ser o critério da compulsoriedade na utilização do serviço o fator essencial para se configurar a natureza da remuneração na prestação do serviço: se compulsória, é taxa (que nunca poderá ser cobrada quando houver mera disponibilidade do serviço); se facultativo ou voluntarioso (no caso dos contratos de adesão), é preço público.

Na ideação de Ferreiro Lapatza, apoiado em Giannini, é inútil tentar encontrar um critério prévio delimitador do campo de aplicação das taxas e das tarifas ou preços públicos, pois o que predomina, caso não haja uma prévia determinação constitucional neste sentido, é o arbítrio do legislador para definir se a tais ou quais serviços são aplicáveis o regime tributário ou um regime de preços públicos.⁴⁸⁹

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=412207&num_registro=200201462376&data=20030630&formato=PDF. Acesso em: 06 out. 2015.

⁴⁸⁸ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 132-133.

⁴⁸⁹ LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Op. cit.*, p. 177.

Saliente-se o fato de inexistir problemas no campo conceitual entre taxas e tarifas, mas tão-somente nos critérios de determinação do campo de aplicação de ambas, ou seja, quais serviços ou atividades estatais podem ser financiados por taxas (adotando-se, então, o regime jurídico de Direito Público) e quais podem ser sustentados por tarifas⁴⁹⁰ (adotando-se, assim, o regime jurídico de Direito Privado).

Noutros termos, o regime jurídico da remuneração dos serviços públicos deve ser compatível com o regime jurídico de sua prestação. Para os serviços públicos concessionados, a Constituição Federal estabeleceu um regime jurídico tarifário (art. 175), que ainda deve se submeter a mecanismos de reajuste e revisão, com vistas a manter o equilíbrio econômico-tarifário (art. 9º, §2º, Lei nº 8.987/95). Tal regime não deve se confundir com regime jurídico tributário, fundado no Sistema Constitucional Tributário e no Código Tributário Nacional, que estipula a remuneração mediante taxa em razão de determinados serviços públicos (específicos e divisíveis).

Embasado exatamente nos pressupostos inerentes à concessão dos serviços públicos, Marçal Justen Filho reforça a peculiaridade nos regimes jurídicos das remunerações daqueles serviços concedidos:

A concessão estrutura-se sobre pressuposto de uma modalidade de remuneração norteada por princípios distintos dos que disciplinam a remuneração do serviço desempenhado pelo próprio Estado. O concessionário tem direitos perante o Estado, no tocante à remuneração pela prestação dos serviços públicos, que se retratam na impossibilidade de modificação da equação econômico-financeira do contrato, na garantia do lucro e na recomposição compulsória de valores. Somente é possível atribuir ao particular o desempenho dos serviços por conta e risco próprios se a remuneração a ele atribuída estiver sujeita a um regime jurídico específico.⁴⁹¹

Em face de todos os critérios apontados pela doutrina para delimitar o campo de aplicação das taxas e das tarifas, entende-se ser o regime jurídico da utilização o critério mais apto a explicar a dicotomia entre *taxa* (uso compulsório do serviço) – cuja diretriz maior está calcada no princípio da estrita legalidade tributária – e *tarifa* (uso

⁴⁹⁰ Gaspar Ariño Ortiz assevera, com destaque, que o controle judicial das tarifas dos serviços públicos deve partir de uma exigência constitucional: a submissão plena da Administração ao Direito. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Lecciones de administración (y políticas públicas)**. Madrid: Iustel, 2011, p. 701.

⁴⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 96. Segue o mesmo entendimento Andreia Cristina Bagatin. BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 216, jul./set. 2003.

facultativo do serviço) – cuja diretriz maior está embasada no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.2 Tributação direta e indireta

Para a Lógica dos Termos, classificar significa agrupar os objetos em conjuntos ou classes, seguindo um critério comum a estes elementos dentro de um sistema⁴⁹². A ausência ou não do critério diferencia as espécies em relação ao gênero. Assim, é necessário ter uma ideia do conjunto do universo e do critério classificatório.

De acordo com Paulo de Barros Carvalho, identificam-se quatro regras para o processo classificatório:

- 1) A divisão há de ser proporcionada, significando dizer que a extensão do termo divisível há de ser igual a soma das extensões dos membros da divisão.
- 2) Há de fundamentar-se num único critério.
- 3) Os membros da divisão devem excluir-se mutuamente.
- 4) Deve fluir ininterruptamente, evitando aquilo que se chama “salto na divisão”.⁴⁹³

Em verdade, a atividade classificatória é um fator cultural do ser humano, pois é da sua essência racionalizar os objetos que se apreendem nos sentidos. Dada a complexidade dessa tarefa, bem como os distintos interesses e necessidades humanas, pode-se afirmar que não há classificação certa ou errada, mas classificação útil ou inútil, como já exprimiram Agustín Gordillo⁴⁹⁴ e Genaro Carrió⁴⁹⁵.

⁴⁹² Paulo de Barros Carvalho examina de forma detida a Teoria das Classes com base na Lógica, especificamente na Lógica dos Termos ou Predicados, afirmando: “Classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes. Os diversos grupos de uma classificação recebem o nome de espécies e de gêneros, sendo que espécies designam os grupos contidos em grupo mais extenso, enquanto gênero é o grupo mais extenso que contém as espécies.” (**Direito Tributário, Linguagem e Método**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 117-118).

⁴⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 120.

⁴⁹⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10 ed., tomo I, Buenos Aires: FDA, 2009, p. 21-23.

⁴⁹⁵ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e Lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 99.

No âmbito da Ciência do Direito e do Direito Positivo, entretanto, Carlos César Sousa Cintra⁴⁹⁶, apoiado em Eurico Marcos Diniz de Santi, adverte para a noção de que os parâmetros utilizados nas classificações jurídicas são dotados de prescritividade, ou seja, “nas classificações jurídicas, os referenciais são conceitos cunhados prescritivamente pelo Direito”.⁴⁹⁷

Lucas Galvão de Brito explica que a utilidade ou inutilidade classificatória deve ser imputada à escolha do critério, e não às regras lógicas de classificação. Noutros termos, pode-se afirmar que existem formalmente classificações certas ou erradas, “em função do atendimento das regras lógicas, mas elas serão materialmente úteis ou inúteis a depender do juízo de utilidade que se faça sobre o critério eleito para dividir o conjunto universo”.⁴⁹⁸

E isto não é diferente no Direito Tributário. Dentre as diversas classificações tributárias, a doutrina divide os tributos em diretos e indiretos. Tal classificação leva em consideração uma série de critérios, como bem explana Bernardo Ribeiro de Moraes⁴⁹⁹:

- a) repercussão econômica (tributos diretos os que não repercutem; tributos indiretos os que repercutem);
- b) natureza do lançamento (tributos diretos os sujeitos a lançamento; tributos indiretos os não sujeitos a lançamento);
- c) temporalidade da hipótese de incidência (tributos diretos teriam como hipótese de incidência atos/fatos intermitentes, isolados ou particulares; tributos indiretos teriam na hipótese de incidência elementos constantes, duráveis ou contínuos);
- d) ficção legal (tributos indiretos seriam os que a lei assim qualificasse; tributos diretos, os demais); e

⁴⁹⁶ CINTRA, Carlos César Sousa. A tributação indireta no direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros/ICET, 2013, p. 100-101.

⁴⁹⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: **Justiça Tributária – 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 133.

⁴⁹⁸ BRITO, Lucas Galvão. *Op. cit.*, p. 19-20.

⁴⁹⁹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 431-437.

- e) campos econômicos impositivos (tributos diretos, os que recaem sobre o patrimônio e a renda; tributos indiretos, os que oneram o consumo, gasto ou despesa).

A análise simplista de grande parte da doutrina nacional, contudo, leva em consideração apenas o critério da repercussão econômica, exemplificando os tributos diretos e indiretos com base em seus respectivos campos econômicos impositivos. Assim, o tributo direto é aquele suportado por uma pessoa que tem o dever legal de pagá-lo (contribuinte de direito ou *de jure*). Enquanto isso, o tributo indireto é suportado por terceira pessoa, diferente daquela que possui o dever legal de pagar o tributo, a quem foi transferido o ônus financeiro dele decorrente (contribuinte de fato ou *de facto*).

Aliomar Baleeiro utiliza-se do critério da repercussão econômica do tributo, na qual se verifica a transferência, para terceiro, do encargo financeiro relativo ao tributo que a lei atribui a um sujeito passivo da obrigação tributária. Com a ocorrência deste fenômeno, poder-se-ia identificar os chamados “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato”. Assim leciona:

Repercussão, ou translação, palavra esta última preferida pelos italianos, é o fenômeno pelo qual o contribuinte paga o imposto, mas liberta-se do sacrifício, transferindo-o a terceiros, no todo ou em parte.

Dá-se o nome de contribuinte *de direito* àquele a quem a lei obriga ao recolhimento do imposto, quando define o fato gerador, isto é, o fato que caracteriza o dever de pagar tributo. Contribuinte *de fato* é quem, afinal, por efeito da transferência, suporta efetivamente o ônus tributário, embora a lei o não designasse para esse fim.⁵⁰⁰

Posteriormente, Baleeiro reconhece que o critério da repercussão do tributo não é tão seguro para definir se um tributo é direto ou indireto, haja vista as situações concretas da realidade. No mesmo sentido, Hugo de Brito Machado demonstra a mais absoluta insegurança na utilização do referido critério, por ser imprestável a demonstrar a realidade fática do evento da repercussão.⁵⁰¹

Não obstante a observação do fenômeno econômico como critério para distinção dos tributos em diretos e indiretos, segmento majoritário da doutrina pátria

⁵⁰⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Hugo de Brito Machado Segundo (atualizador). 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 199.

⁵⁰¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2009, p. 371.

assinala inexistir nesta classificação um critério jurídico seguro no ordenamento brasileiro para identificar tais tributos.⁵⁰²

Em verdade, não há mesmo um critério jurídico para se distinguir um tributo direto e um tributo indireto. Isto porque a análise da questão não pode ser feita do ponto de vista da incidência *jurídica*⁵⁰³ tributária, mas sob o ângulo da incidência *econômica* tributária (efetiva transferência do tributo para o preço do produto, da mercadoria ou do serviço). Noutros termos, a translação ou transferência do ônus tributário daquele que figura como sujeito passivo na hipótese normativa (contribuinte de direito) para uma terceira pessoa (contribuinte de fato) é fenômeno que somente pode ser analisado e confirmado em cada caso concreto. Por este motivo, Luís Eduardo Schoueri conclui não ser papel do legislador definir se um tributo será suportado pelo vendedor ou repassado ao comprador, pois a incidência econômica do tributo depende da elasticidade da oferta e da demanda.⁵⁰⁴

Após a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria – que cancelou a Súmula 71⁵⁰⁵ e editou a Súmula 546⁵⁰⁶ –, ficaram provadas a

⁵⁰² Nesta esteira, são os testemunhos de Carlos César Sousa Cintra (“Tributação indireta no Direito brasileiro”, in Hugo de Brito Machado (coord.). **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 101-105), Hugo de Brito Machado Segundo (“Tributação indireta no direito Brasileiro”, in Hugo de Brito Machado (coord.). **Tributação indireta no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.213-214), Hugo de Brito Machado (**Repetição do tributo indireto: incoerências e contradições**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 11), José Arthur Lima Gonçalves e Márcio Severo Marques (“O direito a restituição do indébito tributário”. In: Hugo de Brito Machado (coord.). **Repetição do indébito e compensação no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 209).

⁵⁰³ Baseado na premissa do Direito como fenômeno real, cuja teoria é sustentada por Pontes de Miranda, Clarice von Oertzen de Araujo explica que o “mundo jurídico está inserido nesse mundo total e a sua formação é resultante da incidência das regras jurídicas. Diferentemente das leis gerais, coincidentes com os fatos do mundo, a eficácia da lei jurídica é a de incidir, criando os fatos jurídicos.” E complementando este raciocínio, a autora evolui no conceito de incidência jurídica segundo a teoria de Charles Sanders Pierce, “é necessário que haja alguma atração ou afinidade entre as características do suporte fático e os predicados que, na hipótese da regra jurídica, refletem a eleição do legislador para qualificar a conduta e regulamentar as relações”. ARAUJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica: teoria e crítica**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 101 e 114.

⁵⁰⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 53-54.

⁵⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Súmula 71**: “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. Sessão de 13 dez. 1963. Brasília: STF, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=71.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁵⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Súmula 546**: “Cabe restituição do tributo pago indevidamente quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”. Sessão de 03 dez. 1969. Brasília: STF, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=546.NUME.%20NAO%20S.FLS.V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

inconsistência e o descabimento da classificação em tributos diretos e indiretos. Em verdade, como bem aponta Hugo de Brito Machado Segundo, essa classificação é inteiramente desprovida de fundamento científico:

A rigor, de um ponto de vista econômico, *todo* tributo comporta transferência do encargo financeiro. Aliás, não apenas todo tributo, mas todo e qualquer ônus sofrido, por quem quer que seja, comporta, em tese, transferência do encargo financeiro a terceiros. No âmbito de uma sociedade comercial, o preço das mercadorias pode – aliás, deve, para que a empresa seja lucrativa e não vá à falência – servir para que aquele que as vende recupere o que gastou com aluguel de máquinas e imóveis, salários, energia elétrica, água, telefone, frete etc. Tudo isso é “repercutido” nos preços dos bens ou serviços vendidos, sob pena de a atividade não se mostrar lucrativa.

Note-se que, mesmo entre os tributos, não há uma “espécie” cujo ônus possa ser repassado a terceiros, e outra em que isso não seja possível. Impostos considerados “indiretos”, como o ICMS e o IPI, podem eventualmente ser economicamente suportados apenas pelo vendedor, e não pelo comprador da mercadoria correspondente. Por outro lado, impostos como o IPTU, ou o Imposto de Renda, usualmente considerados “diretos”, são não raro repercutidos, a exemplo do que ocorre entre o médico autônomo e o seu paciente (o médico “embute” o IRPF em seus honorários), e o locador e o locatário de um imóvel (o locador “transfere” o ônus do IPTU ao locatário). (...)

A “transferência do ônus” de um tributo, portanto, considerada sob um prisma apenas econômico, é absolutamente difusa, e de impossível determinação. Por conseguinte, a exigência de que se prove a não transferência, como condição para que se obtenha o ressarcimento de um tributo pago indevidamente, se interpretada literalmente, pode fazer com que, na prática, desapareça o direito à restituição. Tamanho embaraço ao exercício do direito à restituição de tributos pagos indevidamente, contudo, não pode ser juridicamente aceito, ainda que fosse preconizado por uma emenda constitucional, pois, como se viu anteriormente, o direito à restituição está fundado em normas e princípios que compõem o núcleo imodificável da Constituição Federal de 1988 (...). Aliás, cercear o direito à repetição do indébito implicaria destruir o próprio Estado de Direito, e, com ele, o Direito Tributário, pois seria o mesmo que retirar a *sanção* de todas as normas jurídicas que disciplinam a atividade de tributação.⁵⁰⁷

Por fim, conclui o Jurista cearense ser necessário diferenciar a *transferência econômica* (“quando o fato tributável, signo presuntivo de capacidade contributiva, é realizado pelo próprio sujeito passivo, e inexistente instrumento jurídico que lhe outorgue o *direito subjetivo* de exigir de terceiro o tributo pago o seu ‘ressarcimento’ feito de forma difusa, na negociação de valores em contratos que celebrar”) da *transferência jurídica* (“quando normas jurídicas elegem como sujeito passivo pessoa distinta daquela que realiza o fato tributável, signo presuntivo de capacidade contributiva, e outorgam a esse

⁵⁰⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 424-425.

sujeito *meios jurídicos* de reter ou reaver da pessoa que realizou esse fato o tributo pago”) do ônus do tributo.⁵⁰⁸

Em complementação, interessante análise sobre os tributos diretos e indiretos é feita por Felipe Faria de Oliveira, na qual ele revela a dificuldade da concretização de alguns princípios constitucionais (isonomia e capacidade contributiva) com a estruturação de um sistema baseado na tributação indireta:

O primeiro ponto a ser observado é que a tributação indireta, principalmente sobre o consumo, dificulta a utilização da progressividade, que conforme pudemos perceber, é importante instrumento para a capacidade contributiva. A propósito, é justamente essa peculiaridade dessas espécies tributárias que fez os liberais receberem-na tão bem em suas teorias jurídicas. Por estar a exação fiscal já presente no preço final do produto comercializado – “imposto embutido no preço” –, é dificultado, ao Fisco, realizar a incidência diferenciada de alíquotas para os diversos consumidores. Afinal, todos irão sofrer a mesma cobrança para a compra do produto consumido. Nesse sentido, os impostos indiretos não são capazes de apresentar a mesma flexibilidade que os impostos diretos pessoais (...).⁵⁰⁹

Em suma, é possível concluir em apertada síntese a ideia de que o estudo e a classificação dos tributos diretos e indiretos ainda são por demais tormentosos e não sedimentados na doutrina e na jurisprudência pátrias, sendo ainda tema de intensos debates e discussões científicas. Nesta tese, em verdade, não se pretende examinar, pormenorizadamente, a tributação direta ou indireta nos serviços públicos regulados, pois o objeto do estudo foca, precisamente, a tributação oculta ou disfarçada nos serviços. Cumpre asseverar, no entanto, que a questão da tributação direta e indireta em nada se confunde com o chamado “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”.

4.3 Tributação oculta ou disfarçada

À primeira vista, aos olhos desatentos dos juristas, é possível alcançar a ideia de ser o “tributo oculto” ou “tributo disfarçado” uma invenção nova e desconhecida, ainda não claramente prevista entre as inúmeras espécies tributárias dispostas no texto

⁵⁰⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 425-426.

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário & Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 125-126.

constitucional ou de um tributo indireto repassado ao preço dos produtos, das mercadorias ou dos serviços, cujo ônus passaria a ser arcado pelo consumidor final destes.

Em verdade, não é nada disso. O disfarce do “tributo oculto” se caracteriza justamente por se adequar ao conteúdo (material) da definição legal do artigo 3º do Código Tributário Nacional, não se atendo à forma (denominação⁵¹⁰) das espécies tributárias atualmente identificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a denominação e demais características formais adotadas pela lei são irrelevantes para qualificar algo como tributo, haja vista o disposto no artigo 4º do Código Tributário Nacional, ao prescrever que a “natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação”.

A ideia de tributação oculta é, portanto, disfuncional em relação ao artigo 3º do CTN, pois a estrutura normativa deste dispositivo legal não abrange todos os aspectos de uma relação jurídica tributária, especialmente as funções do tributo, cuidando apenas do caráter obrigacional da prestação pecuniária devida ao Fisco. Para se chegar a alcançar o verdadeiro sentido de um “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”, é preciso extravasar os contornos do artigo 3º do CTN, realizando uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, indo além do significado literal dos textos normativos, buscando a construção de um sentido próprio para tais institutos.

Assim, o “tributo oculto” ou “tributo disfarçado” é um verdadeiro tributo, pois, independentemente do nome legal a ele atribuído, seu regime jurídico se identifica com os princípios e normas do Direito Tributário, como leciona Hugo de Brito Machado⁵¹¹. Daí ser possível asserir que as obrigações oriundas do “tributo oculto” ou “tributo disfarçado” são verdadeiras obrigações tributárias ocultas ou disfarçadas, o que, *a priori*, merece ampla e atenta investigação.

Faz-se necessário, portanto, configurar o chamado “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”, identificar as relações jurídicas tributárias deles decorrentes, bem

⁵¹⁰ Neste sentido, necessário é destacar o fato de que o próprio Código Tributário Nacional já estabelece que a denominação e as demais características formais adotadas pela lei são irrelevantes para qualificar a natureza jurídica específica do tributo (art. 4º, inciso I).

⁵¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2009, p. 124.

como as obrigações tributárias ocultas ou disfarçadas, e, por fim, as diversas espécies desses tributos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito dos serviços públicos regulados, de modo a propiciar a clareza e a transparência nessas relações e garantindo a consciência fiscal do cidadão contribuinte.

4.3.1 A configuração do “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”

Para se chegar ao conceito de “tributo oculto” ou “tributo disfarçado” deve-se trilhar pela relação de pertinência daqueles elementos essenciais que compõem a definição clássica de tributo no ordenamento jurídico brasileiro, inserta no retromencionado artigo 3º do CTN, mas sem a devida obediência a um dos princípios constitucionais do Sistema Tributário Nacional.

Noutros termos, o tributo oculto ou disfarçado está assim adjetivado por – não obstante possuir todas as características de tributo – (i) “prestação pecuniária”; (ii) “compulsória”; (iii) “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”; (iv) “que não constitua sanção de ato ilícito”; (v) “cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” –, porém não é “instituído em lei”. Interessante é destacar, neste sentido, a lição de Hugo de Brito Machado sobre o tema:

*Tributo disfarçado ou oculto, então, é aquela prestação pecuniária que, não obstante albergue os elementos essenciais do conceito de tributo na teoria geral do Direito, é exigida pelo Estado sem obediência às normas e princípios que compõem o regime jurídico do tributo*⁵¹².

A instituição e cobrança de um tributo oculto se fazem, portanto, com esteio na soberania estatal, impondo-se uma obrigação compulsória por via oblíqua, sem a devida observância dos preceitos constitucionais tributários. Todos os elementos constituintes do conceito de tributo existem, mas, por serem ocultos ou disfarçados, refogem ao manto de proteção e às limitações do Sistema Tributário Nacional, notadamente seus princípios e normas limitadoras ao poder estatal de tributar. Sob o ponto

⁵¹² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75.

de vista teleológico, os tributos ocultos funcionam como tributos, mas não vestem abertamente este manto fiscal.

Na Argentina a doutrina trata dos “tributos encubiertos” quando estabelecidos ao arrepio da lei em sentido formal:

Reserva de ley y tributos encubiertos

Resulta corriente que algunas prestaciones patrimoniales coactivas importen, desde el punto de vista de la realidad sustancial de los hechos, verdaderos tributos solapados, descalificables en tanto hayan sido establecidas por una norma sin rango de ley formal, esto es, no emanada de los órganos depositarios de la voluntad del pueblo.

Un valioso precedente institucional lo constituye la decisión a qua arribara el Alto Tribunal en una acción de amparo, *in re*: “Alberto Francisco Jaime Ventura y Otra v. Banco Central de la República Argentina, sentencia del 26 de febrero de 1976, donde descalificó constitucionalmente la Circular RC 539 del Banco Central – dictada según instrucciones del Ministerio de Economía –, en tanto pretendía imponer a quines habían adquirido pasajes al exterior, el pago de diferencia cambiarias al tiempo de la efectiva utilización del billete, actuando como un tributo atípico – más allá de la denominación asignada a la apuntada obligación –, sin que el mismo derivara de norma legal alguna.”⁵¹³

Percebe-se, desta feita, como primeira característica dos tributos ocultos ou *encubiertos* serem eles emanados de uma norma jurídica, mas sem a característica de lei formal. Noutros termos, apesar de seus fatos imponíveis se delinarem como verdadeiras obrigações tributárias, pois originadas do poder de tributar⁵¹⁴ estatal, não foram observadas as cautelas do princípio da reserva legal.

Estela Rivas Nieto chama de tributos atípicos aqueles que são prestações patrimoniais de caráter público, mas sem se ater ao *nomen iuris* da prestação, porquanto isto é irrelevante, possuem uma configuração jurídica de tributos.⁵¹⁵ Com base no

⁵¹³ Em tradução livre: “**Reserva de lei e tributos encobertos** – É corrente que algumas prestações patrimoniais coativas importem, a partir do ponto de vista da realidade substancial dos fatos, verdadeiros tributos solapados, desqualificados no entanto hajam sido estabelecidos por uma norma sem a aparência de lei formal, isto é, não emanada dos órgãos depositários da vontade do povo. Um valioso precedente institucional constitui a decisão a qual subiu ao Tribunal Superior em uma ação de amparo, *in re*: Alberto Francisco Jaime Ventura e Outra v. Banco Central da República Argentina, sentença de 26 de fevereiro de 1976, pela qual desqualificou constitucionalmente a Circular RC 539 do Banco Central – ditada segundo instruções do Ministro da Economia –, que no entanto pretendia impor a quem havia adquirido passagem ao exterior, o pagamento das diferenças cambiárias ao tempo da efetiva utilização do bilhete, atuando como um tributo atípico – mas além da denominação designada a apontada obrigação –, sem que a mesma tenha derivado de norma legal alguma”. CASÁS, José Osvaldo. **Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente**. Buenos Aires: AD HOC, 2002, p. 568-569.

⁵¹⁴ Para Stephen Holmes e Cass Sunstein, o poder de tributar é um pressuposto para a aplicação dos direitos, a qual auxilia a criar uma aceitação popular para o poder de tributar. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 175.

⁵¹⁵ NIETO, Estela Rivas. *Op. cit.*, p. 47.

ordenamento jurídico espanhol, a autora cita como exemplos de tributos atípicos as quotas de urbanização, as quotas de conservação das obras e bens públicos, o valor pago para o recurso às Câmeras de Comércio, Indústria e Navegação, as quotas dos Conselhos Profissionais, as cotizações da Seguridade Social, as custas notariais e registrais, as tarifas da sociedade geral de autores e editores e as tarifas dos serviços públicos.

Mesmo sem adotar, especificamente, a nomenclatura dos tributos ocultos ou *encubiertos*, Ramón Valdés Costa enfoca o problema da intervenção estatal nos serviços públicos e da insuficiência do princípio da legalidade para a proteção dos direitos individuais:

Lo importante a destacar en este enfoque del problema es que el principio de la legalidad en su formulación clásica no es suficiente en el Estado intervencionista para proteger los derechos individuales para los cuales fue concebido. De nada vale prohibir la creación y aumento de tributos por vía administrativa, si simultáneamente el orden jurídico admite la posibilidad de que cargas económicas equivalentes sean impuestas mediante el procedimiento de aumento de precios de los servicios estatales prestados en régimen de monopolio.⁵¹⁶

O raciocínio do Jurista uruguaio parte da análise do princípio da legalidade tributária e da insuficiência de sua aplicação em um Estado Intervencionista para proteger os direitos individuais dos contribuintes, pois, principalmente nos regimes de monopólio dos serviços públicos, o aumento de arrecadação de recursos financeiros estatais pode ser alcançado não apenas pela majoração de tributos, mas, também, pelo aumento dos preços dos serviços públicos essenciais.

Portanto, é preciso examinar, minudentemente, a configuração em que está estruturado um Estado e sua relação com a atividade econômica e os serviços públicos. O grau de intervenção estatal na economia não é o único fator para dimensionamento do tamanho do Estado, pois também deve-se considerar a proporção entre a carga tributária e as estruturas do regime tarifário dos serviços públicos.

⁵¹⁶ Em tradução livre: “O importante a destacar no enfoque deste problema é que o princípio da legalidade em sua formulação clássica não é suficiente no Estado intervencionista para proteger os direitos individuais para os quais foi concebido. De nada vale proibir a criação e aumento de tributos por via administrativa, se simultaneamente a ordem jurídica admite a possibilidade de que encargos econômicos equivalentes sejam impostos mediante o procedimento de aumento de preços dos serviços estatais prestados em regime de monopólio.” COSTA, Ramón Valdés. **Instituciones de Derecho Tributario**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 130.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Sistema Tributário Nacional é regido pelas regras e princípios inseridos na Carta Magna, principalmente nos artigos 145 a 162, não obstante a existência de outras normas tributárias expressas no texto constitucional. Fala-se em “tributo oculto” ou “disfarçado” quando o Poder Público, valendo-se de sua soberania, cobra uma prestação pecuniária desarmonizada em relação ao sobredito sistema, violando, portanto, normas constitucionais tributárias.

Neste ponto, é possível formular um conceito de tributo oculto ou disfarçado para os fins desta tese: *é a receita pública oriunda de uma prestação pecuniária compulsória, que não constitua sanção por ato ilícito, cobrada mediante atividade administrativa vinculada em decorrência da soberania estatal, porém desacordada no que concerne às normas e princípios fundamentais do Sistema Tributário Nacional.*

É preciso salientar, ademais, que o estudo da natureza jurídica dos tributos ocultos ou disfarçados não tem por objetivo realizar o exame de validade ou de constitucionalidade das normas jurídicas que os tenham criado. Em verdade, busca-se examinar a descrição do objeto (“tributo oculto”) e como ele está vertido em linguagem no ordenamento jurídico brasileiro (ex: valores de outorga, sobrepreço dos monopólios estatais, contraprestação de serviços de uso compulsório).

Portanto, as maneiras de ocultação ou disfarce destes tributos podem ser as mais variadas, muitas vezes, com a participação do próprio Estado. Complementa Hugo de Brito Machado, asseverando que a cobrança disfarçada do tributo oculto ocorre

[...] embutido no preço de bens ou serviços prestados pelo Estado, através de empresas suas ou de concessionárias, a salvo das leis do mercado e, portanto, com preços fixados de forma unilateral e sem qualquer possibilidade de controle, em face do conluio que se estabelece entre o Estado e a empresa vendedora do bem ou prestadora do serviço.⁵¹⁷

Nos limites da proposta da presente tese, há diversos exemplos de “tributos ocultos” no Direito Brasileiro, a saber: valor da outorga, sobrepreço nos monopólios estatais e contraprestação de serviços de uso compulsório. É preciso identificar todos esses “tributos disfarçados”, desvelando-se sua natureza jurídica e características essenciais, além de cotejar com a estrutura tarifária definida em lei para cada qual, com a

⁵¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 76.

finalidade de identificar se, efetivamente, são ou não tributos nos termos do artigo 3º do Código Tributário Nacional e do próprio Sistema Tributário Nacional.

4.3.2 *Espécies*

Dentre as mais diversas espécies de “tributos ocultos”, “tributos disfarçados”, “tributos atípicos” ou “tributos encobertos” assim mencionados pela doutrina nacional e estrangeira, importa no âmbito desta tese examinar aqueles relacionados aos serviços públicos regulados.

4.3.2.1 Valor da outorga

O valor da outorga consiste numa quantia a ser paga pelo licitante vencedor de um certame público ao Estado outorgante da concessão ou permissão de um serviço público. Este é um dos itens a ser avaliado no processo licitatório. Aliás, a Lei de Concessões e Permissões para a Prestação de Serviços Públicos (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) estabelece, em seu art. 9º, *caput*, que a “tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”.

Certamente, a empresa vencedora da licitação repassará esse custo de sua atividade para o preço da tarifa a ser cobrada do usuário do serviço público concedido. No final das contas, quem arcará com o ônus do valor da outorga será o usuário do serviço público, o que inclusive afeta a característica da modicidade tarifária nos serviços públicos.

A essencialidade do serviço público deveria ser argumento suficiente para se não onerar a sua prestação por meio da tributação, seja por via das disposições legais expressas (como é o caso de ICMS sobre a energia elétrica⁵¹⁸ e o ISSQN sobre serviço público de transporte⁵¹⁹ municipal), seja mediante a tributação oculta (como é o caso do valor de outorga). Neste sentido, a não tributação dos serviços públicos essenciais

⁵¹⁸ Vide artigo 155, §3º, da Constituição Federal.

⁵¹⁹ Vide item 16 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

contribuiria para modicidade tarifária, pois diminuiria um dos custos da atividade econômica, levado em consideração para o cálculo tarifário.

O fato de ser uma atividade lucrativa para aqueles serviços públicos concedidos à iniciativa privada ou a entidades de Direito Privado da Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) não justifica a tributação, como bem leciona Hugo de Brito Machado:

Mesmo nos casos em que um serviço público constitui verdadeiro insumo em atividade industrial, ou instrumento utilizado em apoio de atividades comerciais, não sendo nesses casos destinado ao atendimento de necessidades coletivas das pessoas em geral, mas destinado a satisfazer necessidades empresariais, necessidades de entidades lucrativas, mesmo nesses casos não se justifica a sua oneração com o tributo. Pode e deve este incidir sobre os lucros dessas atividades. Não, porém, sobre os seus custos.⁵²⁰

A crítica do autor é bastante pertinente, pois a lógica assim se desenha: se é uma atividade lucrativa, então deve ser tributada. Não se deve confundir, entretanto, duas expressões de realidades distintas: o lucro da atividade e os custos da atividade. O lucro é o resultado contábil da diferença positiva entre receita e despesa – este deve ser tributado, conforme as disposições normativas que prevejam as respectivas hipóteses de incidência (ex: contribuição social sobre o lucro líquido – CSLL). Já o custo da atividade envolve todos os valores gastos para a sua manutenção, seja operacional, com pessoal e com investimento. Nem todos os itens componentes dos custos da atividade devem ser tributados, sob pena de repasse integral destes tributos para o valor da tarifa a ser paga pelo usuário do serviço público.

A despeito de ser um serviço público, sendo em sua natureza essencial, o poder concedente delegou a outrem sua prestação, não podendo exigir diretamente qualquer contraprestação por parte do usuário. Por este motivo, não poderá ser cobrada uma taxa (tributo), mas uma tarifa (preço público), em cuja composição está inserto o valor da outorga (tributo oculto). O modo como este tributo oculto é repassado dos custos da atividade de prestação do serviço público para o preço da tarifa, nele se inserindo como resultado do poder estatal, desnuda sua característica de obrigação tributária.

⁵²⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Serviços públicos e tributação. **Interesse Público**. Ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. Porto Alegre: Notadez, p. 82.

A título ilustrativo, é de fácil percepção o valor da outorga no caso do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará, cujo fundamento se estabelece na Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001⁵²¹:

Art. 8º. O edital de licitação para concessão ou permissão conterà as condições e as características do serviço, especificando:

(...)

IV – **Valor da outorga** da concessão ou permissão e sua forma de pagamento; (grifou-se)

Além desta previsão normativa, o valor da outorga para as concessões ou permissões do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará também está expressamente previsto no art. 29 do Decreto Estadual nº 29.687, de 18 de março de 2009⁵²².

Especificamente nos termos de permissão para a Prestação do Serviço Regular Complementar de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará, consta das obrigações do permissionário “pagar as parcelas da outorga vincendas após a assinatura do presente Termo de Permissão”.⁵²³ Ora, se o valor da tarifa deve sempre observar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (incluindo-se aí também os termos de permissão), sendo este um direito do permissionário, e se é obrigação deste mesmo permissionário prestar um serviço adequado, mediante remuneração justa e que reflita os reais encargos da permissão e os ganhos de produtividade, é absolutamente natural que o valor da outorga passe a compor um dos aspectos ou componentes dos custos desse serviço.

Se o próprio edital de licitação em comento estabelece que um dos componentes ou aspectos dos custos do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros é o valor da outorga, inclusive devendo ser determinada

⁵²¹ CEARÁ. Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2001. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/leis?download=146%3Alei-estadual-13094-de-120101-&start=40>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

⁵²² CEARÁ. Decreto Estadual nº 29.687, de 18 de março de 2009. Aprova o regulamento dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 2009. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/decretos>>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁵²³ Conforme Cláusula Sétima – Dos Direitos e Obrigações do Permissionário, subcláusula 7.2.32 dos referidos Termos de Permissão.

sua forma de pagamento, tal disposição resulta de parcela do poder de soberania estatal, ou seja, é “tributo oculto”. Então, partindo da premissa da natureza jurídica tributária do valor da outorga, deve-se perquirir qual espécie tributária melhor se aplica ao caso em tela.

Entende-se que o valor da outorga pago pelo concessionário ou permissionário do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros é verdadeiro imposto disfarçado, sem a devida previsão legal para sua instituição e cobrança. A materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na ação de “ser o titular do direito de explorar, mediante concessão ou permissão, o serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros”, complementado pelo critério espacial (no território do Estado do Ceará) e pelo critério temporal (pelo período da concessão ou permissão determinado no edital). O sujeito ativo deste tributo oculto é o Estado do Ceará; e o sujeito passivo é o concessionário ou permissionário vencedor da licitação. O critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) é, justamente, o valor da outorga (vencedora).

Outro exemplo similar de valor da outorga em serviço público também merece o devido estudo. Em análise minuciosa da cobrança pela outorga de concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações, atividades estas consideradas como econômicas (em sentido estrito) e sujeitas a regime jurídico de direito privado, Eduardo Rocha Dias desnuda a natureza jurídica dos valores cobrados pelo uso de radiofrequência e a vinculação desse recurso ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL⁵²⁴:

No tocante às atividades de telecomunicações prestadas em regime de direito público e consideradas serviço público, a cobrança pelo uso de radiofrequência não pode ser preço, nem taxa. Não é preço por não ser possível

⁵²⁴ O artigo 2º da Lei Federal nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com redação dada pela Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL e suas fontes de receita, dentre elas: “Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL é constituído das seguintes fontes: (...) c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações; d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações; e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radiofrequência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações;”. BRASIL. **Lei Federal nº 5.070, de 7 de julho de 1966**. Cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5070.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

exigir-se do particular que presta um serviço público que pague pela utilização de um bem da coletividade. Somente quando se exerce uma atividade econômica privada é que se poderia cobrar preço, como decidiu o STJ. Não pode ser taxa por descaber falar em poder de polícia, já que a atividade é de titularidade do Estado. Somente pode enquadrar-se, portanto, como encargo a ser exigido do concessionário ou permissionário. Tal cobrança, porém, não pode ser excessiva a ponto de se refletir desproporcionalmente no valor das tarifas e prejudicar os consumidores. Os valores exigidos também devem ser razoáveis de forma a não ameaçar a sobrevivência econômica da empresa concessionária ou permissionária.

Qualquer outra cobrança, a título de outorga de permissão, concessão ou autorização, ou de prorrogação desta última, que não seja taxa ou encargo contratual, nem decorra do uso do espectro de radiofrequências, não encontrará amparo legal, configurando imposto disfarçado, veiculado sem autorização constitucional e sem prévia lei complementar (art. 154, inciso I, da Constituição). Tal imposto devido, por outro lado, jamais poderia ser vinculado a fundo específico, como é o caso do FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, em decorrência da vedação imposta pelo inciso IV do artigo 167 da Carta Magna.⁵²⁵

Portanto, no caso dos valores cobrados pelas outorgas de concessões, permissões ou autorizações⁵²⁶ de serviços de radiodifusão, o referido Autor cearense defende o argumento de que tal valor tem a natureza jurídica de imposto (não obstante seja disfarçado), sendo este o motivo de sua inconstitucionalidade ao violar os dispositivos constitucionais antes mencionados, bem como por ilegal previsão de transferência das receitas do FISTEL para o Tesouro Nacional.

Para se evitar este tipo de tributação oculta, o ideal é não utilizar o valor da outorga nas licitações para a concessão de serviços públicos, mas outros critérios licitatórios – como incentivos para redução de perdas (regulação por incentivos), desenvolvimento de tecnologias inovadoras no serviço (regulação técnica baseada em liberdade empresarial), de modo a não onerar a própria prestação desses serviços públicos, preservando, assim, a modicidade tarifária.

⁵²⁵ DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43-66, abr./jun. 2004, p. 63-64.

⁵²⁶ Diferentemente de Eduardo Rocha Dias e seguindo a linha doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, entende-se por inaceitável a noção de serviços públicos autorizados. Quanto à delegação de serviços públicos, há apenas duas formas: concessão e permissão. Não se quer dizer que não exista autorização por parte do Poder Público, mas não relativa a serviço público. Em verdade, há situações em que a Administração Pública expede uma autorização, consentindo a um particular para realização de uma atividade de seu próprio interesse (ex: porte de arma; uso de um bem público). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 391-392.

4.3.2.2 Sobrepreço nos monopólios estatais

Certas atividades estatais no Brasil ainda são exercidas sob o regime de monopólio (v.g., serviço postal prestado pela Empresa de Correios e Telégrafos – ECT⁵²⁷; a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, bem como a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro⁵²⁸ exercida pela Petrobrás). As sociedades de economia mista que exploram tais atividades e as empresas estatais que prestam tais serviços cobram um determinado preço, que representa o custo da referida atividade econômica.

Ora, mas se atividade é um monopólio estatal – entendido este como atividade econômica *stricto sensu* cujo titular é a União Federal, por motivos estratégicos ou fiscais⁵²⁹ – isto representa a própria expressão de sua soberania, pois tal atividade não está sujeita à exploração de agentes econômicos, constituindo-se, assim, exceção à regra da livre iniciativa encartada nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Se a cobrança pela prestação desse serviço ou atividade é pecuniária e compulsória, não constituindo sanção por ato ilícito, ela é reflexo dessa soberania estatal, o que naturalmente se define como tributo, independentemente do nome que se queira atribuir ao caso. Esse é o mesmo entendimento de Hugo de Brito Machado:

Outra forma de tributo oculto ou disfarçado é a parcela do preço cobrado pelas empresas estatais no caso de atividades monopolizadas. O preço é fixado unilateralmente pelo Estado-empresário, a partir dos custos da atividade. Acrescenta a esses custos a margem de lucro que deseja para sua empresa e, ainda, uma parcela que pretende arrecadar. Essa parcela, tenha o nome que tiver, é um verdadeiro tributo, porque cobrada dos adquirentes do bem com fundamento exclusivamente na soberania estatal.⁵³⁰

Exemplos de tributos ocultos cobrados pela União Federal, no que se refere ao petróleo e gás natural, são as participações governamentais previstas na Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97⁵³¹), em seus artigos 37 (componente obrigatório do edital de licitação) e

⁵²⁷ A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT foi criada por meio do Decreto Federal nº 509/69, com a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos. BRASIL. **Decreto Federal nº 509, de 20 de março de 1969**. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Brasília: Governo Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0509.htm>. Acesso em: 29 jan. 2016.

⁵²⁸ Conforme disposto nos incisos I e II do artigo 177 da Constituição Federal de 1988.

⁵²⁹ De acordo com o conceito de monopólio público defendido por Alexandre Santos de Aragão. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 475.

⁵³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 76-77.

⁵³¹ BRASIL. **Lei Federal nº 9.478, de 06 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

45: a) bonus de assinatura; b) *royalties*; c) participações especiais; d) pagamento pela ocupação ou retenção da área. As participações governamentais constantes dos *royalties* e do pagamento pela ocupação ou retenção de área são obrigatórias, conforme estabelece o §1º do citado artigo. A natureza tributária dessas participações governamentais se revela nos enunciados prescritivos que tratam das suas hipóteses de incidência:

Art. 37 O edital de licitação será acompanhado da minuta básica do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente:

(...)

III – as participações governamentais mínimas, na forma do disposto no art. 45 e a participação dos superfícários prevista no art. 52; (...)

Art. 45 O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I – bônus de assinatura;

II – *royalties*;

III – participação especial;

IV – pagamento pela ocupação ou retenção de área.

§1º As participações governamentais constantes dos incisos II e IV serão obrigatórias.

§2º As receitas provenientes das participações governamentais definidas no *caput*, alocadas para órgãos da administração pública federal, de acordo com o disposto nesta Lei, serão mantidas na Conta Única do Governo Federal, enquanto não forem destinadas para as respectivas programações.

§3º O superávit financeiro dos órgãos da administração pública federal referidos no parágrafo anterior, apurado em balanço de cada exercício financeiro, será transferido ao Tesouro Nacional.

Art. 47. Os *royalties* deverão ser pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

Infere-se da legislação supracitada que as participações governamentais pagas pela concessionária da atividade de exploração do petróleo e gás natural são verdadeiros impostos disfarçados, sem a devida previsão legal para sua instituição e cobrança. Vale salientar, inclusive, que a própria legislação estabeleceu que tais receitas serão mantidas em Conta Única do Governo Federal e que eventuais superávits financeiros serão transferidos ao Tesouro Nacional, o que revela claramente o exercício da soberania e do poder estatal na cobrança dos referidos tributos ocultos.

O bônus de assinatura em muito se assemelha ao valor da outorga, pois ambos constituem pagamentos a serem feitos pelo licitante vencedor do certame, razão pela qual

somente deverá ser pago quando da assinatura do contrato, conforme disposto no art. 46 da Lei Federal nº 9.478/97⁵³². Por este motivo, pode-se utilizar os mesmos elementos caracterizadores daquele “tributo oculto”. A materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na ação de “ser o titular do direito de explorar, desenvolver e produzir petróleo e gás natural, mediante concessão” (art. 23 da Lei Federal nº 9.478/97), complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (pelo período da concessão da atividade determinado no edital). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é o concessionário vencedor da licitação. O critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) é, justamente, o bônus da assinatura (vencedora).

A materialidade de segunda hipótese de incidência normativa (*royalties*) consiste na ação de “produzir comercialmente o petróleo ou gás natural”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (mensal). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é a concessionária. No critério quantitativo dos *royalties*, a base de cálculo é o valor da produção do petróleo ou gás natural e alíquota é de 10%, conforme disposto no art. 47 da Lei do Petróleo⁵³³.

As participações especiais, tidas como modalidade das participações governamentais, também se caracterizam como “tributo oculto”. Previstas no art. 50 da Lei do Petróleo⁵³⁴, a materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na ação de “produzir, em grande volume ou com grande rentabilidade, o petróleo ou gás natural”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (mensal). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é a concessionária. No critério quantitativo das participações especiais, a

⁵³² “Art. 46. O bônus de assinatura terá seu valor mínimo estabelecido no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no ato da assinatura do contrato.”

⁵³³ “Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás natural.”

⁵³⁴ “Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto da Presidente da República.

§1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.”

base de cálculo é a receita bruta da produção do petróleo ou gás natural e a alíquota deve ser regulamentada em decreto do Presidente da República.

Por fim, a última modalidade de participação governamental é o pagamento pela ocupação e retenção de área, também entendido aqui como “tributo oculto”, na espécie imposto disfarçado. De acordo com o art. 52 da Lei do Petróleo⁵³⁵, a materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na ação de “ser proprietário de terra objeto da exploração do petróleo ou gás natural”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (a critério da ANP). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é a concessionária. No critério quantitativo deste tributo oculto, a base de cálculo é o valor da produção do petróleo ou gás natural e a alíquota é variável de 0,5% a 1%.

Ainda neste tema, interessante é a observação de Giovani Ribeiro Loss, ao apontar que em alguns países a renda de *Hotelling* (que no Brasil é capturada por meio das participações governamentais) é captada por meio de tributos ou alíquotas específicas de tributos voltados para a indústria do petróleo, o que confirma a tributação oculta ou disfarçada no Brasil.⁵³⁶

Noutra seara também do sobrepreço dos monopólios estatais, vale também estudar o caso do sobrepreço do serviço postal prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. A Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978, dispõe sobre os serviços postais e em seus artigos 32 e 33 cuida da remuneração dos mencionados serviços:

Art. 32. O serviço postal e o serviço de telegrama são remunerados através de tarifas, de preços, além de prêmios “*ad valorem*” com relação ao primeiro, aprovados pelo Ministério das Comunicações.

Art. 33. Na fixação das tarifas, preços e prêmios “*ad valorem*”, são levados em consideração natureza, âmbito, tratamento e demais condições de prestação dos serviços.

§1º. As tarifas e os preços devem proporcionar:

- a) cobertura dos custos operacionais;
- b) expansão e melhoramento dos serviços.

⁵³⁵ “Art. 52 Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP.”

⁵³⁶ LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 114.

§2º. Os prêmios “*ad valorem*” são fixados em função do valor declarado nos objetos postais.⁵³⁷

Na medida em que a manutenção do serviço postal é de competência da União Federal (art. 21, inc. X, CF/88), constituindo-se verdadeiro monopólio estatal, a remuneração deste serviço é reflexo dessa soberania estatal e, portanto, tem a natureza jurídica tributária, independentemente do nome *in juris* adotado pela lei em comento. Assim, é um verdadeiro tributo oculto a tarifa a ser paga pelo cidadão ao utilizar os serviços postais brasileiros, com o agravante, neste caso, de ser fixada por ato do Poder Executivo, sem a devida observância do princípio da estrita legalidade tributária.

As tarifas dos serviços postais e de telegrama brasileiros são “tributos ocultos” na modalidade de taxas de serviços disfarçadas. Tais serviços públicos são específicos e divisíveis, amoldando-se aos critérios constitucionais (art. 145, II, CF) e legais (arts. 77 e 79, II e III, CTN). A materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na “prestação de serviços postais e de serviços de telegrama”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (no momento da prestação do serviço público). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é o usuário do serviço público. No critério quantitativo deste tributo oculto, a base de cálculo é o valor do serviço público e a alíquota é variável conforme o serviço e determinada pelo Ministério das Comunicações.

Outro caso de tributo oculto ou disfarçado ocorreu na cobrança de uma sobretarifa nos serviços de telecomunicações no Brasil. Além do preço cobrado dos serviços de telecomunicação prestados pela empresa concessionária, era cobrada também uma sobretarifa cujo valor arrecadado seria destinado a um fundo público para a melhoria do sistema, em vez de perfazer a receita da concessionária. A Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, estabelecendo a definição do serviço de telecomunicações e prevendo a cobrança tanto da tarifa correspondente ao serviço como da sobretarifa:

Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos,

⁵³⁷ BRASIL. **Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978**. Dispõe sobre os serviços postais. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais. Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.

[...]

Art. 30. Os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefones interestaduais estão sob a jurisdição da União, que explorará diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações, e poderá explorar diretamente ou através de concessão, autorização ou permissão, as linhas e canais subsidiários.

[...]

Art. 51. É criado o Fundo Nacional de Telecomunicações constituído dos recursos abaixo relacionados, os quais serão arrecadados pelo prazo de 10 (dez) anos e postos à disposição da entidade a que se refere o art. 42 para serem aplicados na forma prescrita no Plano Nacional de Telecomunicações, elaborado pelo Conselho Nacional de Telecomunicações e aprovado por decreto do Presidente da República:

a) produto de arrecadação de sobretarifas criadas pelo Conselho Nacional de Telecomunicações sobre qualquer serviço de telecomunicação, prestado pelo Departamento dos Correios e Telégrafos, por empresas concessionárias ou permissionárias, inclusive tráfego mútuo, taxas terminais e taxas de radiodifusão e radioamadorismo, não podendo, porém, a sobretarifa, ir além de 30% (trinta por cento) da tarifa;⁵³⁸

Mencionado Fundo Nacional de Telecomunicações, previsto no art. 51 há pouco transcrito, bem como o estabelecimento da arrecadação da sobretarifa criada pelo Conselho Nacional de Telecomunicações, foram posteriormente revogados pelo Decreto-lei nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984⁵³⁹. A despeito de não mais existir a aludida sobretarifa cobrada nos serviços de telecomunicações no País, para fins desta tese, é necessário o exame detido do tema por se entender a existência de verdadeiro “tributo oculto”.

Este caso chegou à análise do Supremo Tribunal Federal, que entendeu ter esta sobretarifa de telecomunicações a natureza de imposto, em face da característica da compulsoriedade (aspecto legal previsto no art. 3º do CTN), bem como pelo fato de o produto da arrecadação não consistir receita da concessionária (elemento finalístico não contido na definição legal do art. 3º do CTN). Assim julgou o Pretório Excelso:

EMENTA: Fundo Nacional de Telecomunicações. Sobretarifa sobre serviços de telecomunicações. Inconstitucionalidade dessa sobretarifa.

⁵³⁸ BRASIL. **Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília: Congresso Nacional, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

⁵³⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984**. Institui o imposto sobre serviços de comunicações, e dá outras providências. Brasília: Governo Federal, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De12186.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

- Se é da essência da tarifa – como preço público que é – ter como destinatário o prestador do serviço, que dela se torna proprietário para os fins aos quais ela visa, quer isso dizer que a sobretarifa, para ser um adicional da tarifa (e, portanto, também preço público), há de ter o mesmo destinatário – o prestador do serviço –, ainda que tenha por fim reforçar apenas uma das parcelas (como é o caso da relativa ao melhoramento e à expansão do serviço) que se levam em conta na fixação de seu valor.

- Não é o que ocorre com a sobretarifa em causa, que desde sua origem não tem a natureza de preço público, por lhe faltarem os requisitos essenciais deste: que o destinatário seja o prestador dos serviços e que – se tiver destinação específica com relação aos componentes que integram a tarifa, como sucede com o relativo aos melhoramentos e expansão do serviço – se destine aos serviços da própria concessionária, e não aos serviços de telecomunicações do país, prestados por outras concessionárias que não aquela a que está ligado o usuário.

- Por ser o destinatário outrem que não a concessionária prestadora do serviço, e por ter essa sobretarifa destinação genérica como integrante de um Fundo Público cujos recursos se destinavam aos serviços de comunicações do país em geral, desde sua origem se apresentava ela como imposto sobre serviços de telecomunicações, como se evidenciou paulatinamente com os destinatários e com as destinações diversas que as leis posteriores lhe vieram dar até que, posto de lado o artifício da nomenclatura que se lhe deu, foi instituído o imposto sobre serviços de comunicações pela mesma lei que extinguiu essa pseudo-sobretarifa.
(Grifou-se e destacou-se)

- Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.⁵⁴⁰

Resta claro, portanto, que, independentemente do nome *in juris*, a referida sobretarifa de serviços de telecomunicação detinha a natureza tributária, por se adequar aos parâmetros do artigo 3º do Código Tributário Nacional, devendo, assim, se submeter a todas as limitações constitucionais caracterizadoras do Sistema Tributário Brasileiro. Exatamente em face da violação dos princípios constitucionais e limites legais, a citada pseudo-sobretarifa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, traduzindo-se em tributo oculto ou disfarçado, na modalidade de imposto, mas sem a devida previsão legal para instituição e cobrança, além de sua ilegal vinculação a um fundo público (em contrariedade ao disposto no inciso IV do art. 167 da Lei Maior).

A materialidade da hipótese de incidência normativa da sobretarifa dos serviços de telecomunicações consistia na ação de “prestar serviços de telecomunicações”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (no momento da prestação do serviço). O sujeito ativo deste tributo oculto era a União Federal; e o sujeito passivo era o usuário do serviço de

⁵⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Recurso Extraordinário nº 117.315/RS**, Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 19 abr. 1990. Brasília: STF, 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206825>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

telecomunicações. No critério quantitativo deste tributo oculto, a base de cálculo era o valor da tarifa cobrada pelos serviços e a alíquota era de 30% (art. 51 da Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962⁵⁴¹).

4.3.2.3 Contraprestação de serviços de uso compulsório

Há algumas linhas restou expressa a distinção entre taxa e tarifa. Um dos critérios distintivos entre as duas é justamente a compulsoriedade ou não na utilização do serviço. Noutros termos, se a utilização do serviço pelo usuário é compulsória, então se cobra uma taxa; do contrário, se não compulsória a utilização do serviço, dever-se-á pagar uma tarifa.

Verificam-se, contudo, casos de tributos ocultos na contraprestação de serviços de utilização compulsória, sem a necessária previsão legal de uma taxa, mas a simples estipulação de uma tarifa a ser cobrada do usuário deste serviço. Noutros termos, é possível que o gestor público, sabedor das dificuldades políticas em torno da aprovação de uma taxa na Casa Legislativa respectiva e do capital político negativo disso decorrente (pois o aumento de carga tributária nunca é uma proposta agradável à população), em vez de propor a criação de uma taxa de um serviço público se utilize da prerrogativa de instituir o pagamento por este custo por intermédio de tarifas.

Um exemplo disto é a “tarifa” (tributo oculto) cobrada pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE⁵⁴² pela prestação dos serviços de esgotamento sanitário no Município de Fortaleza. Considerando que o serviço de esgotamento sanitário no Município de Fortaleza é de utilização compulsória, consoante se verifica do Código de Obras e Posturas da Capital Cearense, em seu artigo 648, “Nas vias onde existir rede pública de esgotos sanitários, todas as edificações deverão obrigatoriamente lançar seus

⁵⁴¹ BRASIL. **Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília: Congresso Nacional, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

⁵⁴² A Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE, entidade da administração pública indireta, dotada de personalidade jurídica própria, a qual se organizará sob a forma de sociedade anônima, de capital autorizado, foi criada pela Lei Estadual nº 9.499/71. CEARÁ. **Lei Estadual nº 9.499, de 20 de julho de 1971**. Cria a Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE – e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 1971. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/9499.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

dejetos na rede pública.”⁵⁴³, a “tarifa” da CAGECE aplicada ao serviço de esgotamento sanitário em Fortaleza é aplicada por ato do Poder Concedente Municipal, aprovada pela agência reguladora municipal, e possui bases de cálculo que podem variar de R\$0,79/m³ a R\$9,73/m³.⁵⁴⁴

Em sentido contrário ao entendimento ora exposto, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada, sedimentando a natureza jurídica de tarifa nos casos das contraprestações pagas pelos serviços públicos de esgoto:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS DE ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA. TARIFA. PRECEDENTES.

1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos.
2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que o valor cobrado dos usuários pelos serviços de esgoto tem natureza jurídica de preço público, não de taxa.
3. Agravo regimental não provido.⁵⁴⁵

Vale salientar, outrossim, que a Lei Geral do Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007), estabelece a obrigatoriedade da conexão das edificações prediais urbanas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, via de regra, conforme o disposto a seguir:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento de tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.

§1º **Na ausência de redes públicas de saneamento básico**, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos. (Grifou-se e destacou-se).

⁵⁴³ FORTALEZA. **Lei Municipal nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981**. Dispõe sobre o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza e dá outras providências. Fortaleza: Câmara Municipal de Fortaleza, 1981. Disponível em: < <http://cm-fortaleza.jusbrasil.com.br/legislacao/243787/lei-5530-81>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁵⁴⁴ A estrutura tarifária da CAGECE, especialmente a da “tarifa” de esgoto para o Município de Fortaleza, pode ser conferida no sítio eletrônico da ARCE, disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/tarifas-saneamento-basico>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁵⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 600.237**. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 17 mar. 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8182374>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

Esta mesma Lei Geral do Saneamento Básico estabelece o modo de remuneração pela cobrança dos serviços públicos de saneamento básico, com base em aspectos econômicos e sociais – notadamente assegurando a sustentabilidade econômico-financeira do sistema, indicando que nos serviços de esgotamento sanitário a remuneração deverá ser *preferencialmente* como tarifas e outros preços públicos (art. 29, inciso I). Em complemento, ainda determina que a instituição dessas tarifas, preços públicos e taxas (para a remuneração de outros serviços de saneamento básico, tais como limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos urbanos e manejo de águas pluviais urbanas) deva observar as seguintes diretrizes (§1º):

- I – prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;
- II – ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;
- III – geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;
- IV – inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;
- V – recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;
- VI – remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;
- VII – estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;
- VIII – incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

Pode-se concluir da legislação específica do serviço de saneamento básico colacionada que a relação entre a remuneração desse serviço está diretamente ligada à compulsoriedade da ligação das redes prediais urbanas ao sistema de esgotamento sanitário, cujo fundamento está especialmente calcado em questões ambientais e de saúde pública, razão pela qual a legislação do titular do serviço determinará a natureza jurídica desta remuneração. Apesar de a Lei Geral do Saneamento Básico apontar para a figura da tarifa ou de preço público para os serviços de esgotamento sanitário, existindo o caráter da compulsoriedade legal do sistema de esgotamento sanitário e na ausência de rede pública de saneamento básico, requer-se uma configuração diversa a essa remuneração, ou seja, é verdadeiro “tributo oculto”, na modalidade de taxa, por não obediência aos parâmetros legais e constitucionais (art. 145, II, CF; art. 77 e 79, II e III, CTN).

Outro caso de tributo oculto cobrado pela contraprestação de serviços de uso compulsório é a tarifa paga pelo uso do SEDEX, um dos tipos de serviços de remessa expressa de documentos e mercadorias prestados pela Empresa de Correios e Telégrafos

(ECT). Diferentemente do serviço postal (monopólio estatal de competência da União Federal, conforme disposto no art. 21, inc. X, CF/88), o serviço de encomendas está no âmbito da livre iniciativa e da liberdade econômica no Brasil.

Para os entes federados e os demais órgãos e entidades da Administração Pública Indireta, entretanto, se utilizarem dos sobreditos serviços de encomendas, tão necessários ao desempenho de suas atividades na dinâmica do cotidiano, o caminho mais utilizado é o da contratação da ECT por dispensa de licitação. De acordo com a Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 24 inciso VIII⁵⁴⁶, a licitação pode ser dispensada para a contratação da ECT por qualquer ente federado ou órgão ou entidade pública brasileira, pois os Correios consistem em entidade integrante da Administração Pública Federal, criada especificamente para esse fim e ainda pratica preços compatíveis com os de mercado, o que não é tão difícil para se alcançar o desiderato da contratação por qualquer pessoa jurídica de Direito Público interno no Brasil em face da capilaridade de suas agências no território nacional.

Assim, se determinado órgão ou ente da Administração Pública, de qualquer esfera federal, estadual/distrital ou municipal, exige a entrega de documentos, exclusivamente pela via do Sedex, em verdade, o faz em razão de sua parcela de soberania estatal, ou seja, poder de tributar. Exemplo claro dessa exigência está no serviço de passaporte prestado pela Polícia Federal no Brasil, o qual, uma vez solicitado por qualquer cidadão brasileiro, será entregue mediante os serviços dos Correios, via Sedex. Vale salientar, ainda, que tais contratos celebrados com a ECT – ainda que realizados por dispensa de licitação – são do tipo *por adesão*, o que tolhe ainda mais a liberdade de um ente público para a deliberação sobre as cláusulas contratuais acerca dos serviços de Sedex, notadamente o seu preço.

Assim, os valores pagos pelos serviços postais prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, na modalidade de Sedex, são denominados de

⁵⁴⁶ “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.” BRASIL. **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

tarifas ou preços. A Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978, dispõe sobre os serviços postais e em seus artigos 32 e 33 cuidam de remuneração dos mencionados serviços, como já transcrito e comentado no item 4.3.2.2 deste trabalho.

Na medida em que a manutenção do serviço postal é de competência da União Federal (art. 21, inc. X, CF/88), constituindo-se verdadeiro monopólio estatal, a remuneração deste serviço é reflexo dessa soberania estatal e, portanto, tem a natureza jurídico-tributária, independentemente do nome *in juris* adotado pela lei em comento. De tal modo, é verdadeiro tributo oculto a tarifa a ser paga pelo cidadão ao utilizar os serviços postais brasileiros, com o agravante, neste caso, de ser fixada por ato do Poder Executivo, sem a devida observância do princípio da estrita legalidade tributária.

As tarifas dos serviços postais na modalidade Sedex também são “tributos ocultos”, constituindo-se verdadeiras taxas de serviços públicos disfarçadas. Tais serviços públicos são específicos e divisíveis, amoldando-se aos critérios constitucionais (art. 145, II, CF) e legais (arts. 77 e 79, II e III, CTN). A materialidade de sua hipótese de incidência normativa consiste na “prestação de serviços postais na modalidade expressa”, complementado pelo critério espacial (no território da União Federal) e pelo critério temporal (no momento da prestação do serviço público). O sujeito ativo deste tributo oculto é a União Federal; e o sujeito passivo é o usuário do serviço público. No critério quantitativo deste tributo oculto, a base de cálculo é o valor do serviço público e a alíquota é variável conforme o serviço e determinada pelo Ministério das Comunicações.

Também se vislumbra uma situação de tributo oculto na cobrança do chamado “seguro-apagão”, criado pela União, quando o Brasil passou por problemas na geração de energia elétrica. A finalidade dessa exigência pecuniária, cobrada de todos os consumidores de energia elétrica no País (além do preço pago pela prestação do serviço de energia elétrica) era prover a empresa pública federal de recursos, dando-lhe garantias financeiras suficientes para que não houvesse falta de energia.

Como demonstrado no item 3.6.1 desta tese (Parâmetros constitucionais e legais de regulação tarifária), o seguro-apagão foi implantado como mecanismo emergencial no setor elétrico em 2001, motivado pela crise hidroenergética no País,

consoante se depreende do artigo 15 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 01 de junho de 2001⁵⁴⁷, denominada de sobretarifa.

Questionada no âmbito do STF pela ADC nº 9 e ADIn nº 2.468-DF, a cobrança da referida sobretarifa foi considerada legítima, em face da prerrogativa constitucional do Estado Brasileiro para instituir políticas públicas tarifárias no setor elétrico. Adota-se, no entanto, o entendimento do ministro relator Néri da Silveira – apesar de ter sido voto vencido – de que a verdadeira natureza jurídica da sobretarifa do apagão era tributária, por não guardar relação com a destinação da prestação do serviço e por ter sido instituída por medida provisória (violação ao princípio da estrita legalidade tributária). Em complemento ao entendimento do ministro relator quanto à natureza tributária da aludida sobretarifa do apagão, afirmando-se que, em razão dessa burla às normas encartadas no Sistema Tributário Nacional – mormente o princípio da estrita legalidade tributária – tratar-se-á de verdadeiro tributo oculto ou disfarçado.

Na Espanha, Estela Rivas Nieto também entende que as tarifas pela prestação de serviços públicos de uso compulsório, quando estas receitas públicas são percebidas por um ente da Administração Pública, possuem a natureza jurídica de tributo:

Una vez estudiada la naturaliza jurídica de las tarifas por la prestación de servicios públicos, llegamos a la conclusión de que aquellas tarifas que son prestaciones coactivas (concepto de coactividad dado por el TC) son prestaciones patrimoniales de carácter público. Además, si éstas son percibidas por un ente público son ingresos públicos que se ciñen al concepto de tributo y, más concretamente, al de tasa, puesto que se realiza el hecho imponible típico de las tasas. Mientras que las tarifas no coactivas pueden regularse como precios, en cuyo caso, será obligaciones ex contractu.

Lo único, que a nuestra manera de ver cabe precisar, es que cuando la tarifa sea una prestación patrimonial de carácter público pero el servicio sea prestado por un ente privado o un particular sin que actúe como vicario del ente público titular del servicio, esta tarifa no será un ingreso público, si bien deberá igualmente ser regulada siguiendo el procedimiento de las tasas, dado que a fin de cuentas continuará teniendo carácter coactivo.⁵⁴⁸

Apesar das peculiaridades do ordenamento jurídico espanhol, os institutos jurídicos tributários, financeiros e de Direito Público, mormente os conceitos de taxa,

⁵⁴⁷ UNIÃO FEDERAL. **Medida Provisória nº 2.152-2, de 01 de junho de 2001**. Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2152-2.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁵⁴⁸ NIETO, Estela Rivas. *Op. cit.*, p. 184-185.

prestação patrimonial, coatividade, tarifa, receita pública e serviços públicos, são similares à realidade brasileira. Destarte, a tese sustentada pela Jurista espanhola de serem estas tarifas de serviços públicos compulsórios verdadeiros tributos atípicos corrobora a esta tese da tributação oculta ou disfarçada da contraprestação dos serviços de uso compulsório no Brasil.

4.4 O papel das agências reguladoras em relação aos tributos ocultos

Estabelecido o conceito de “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”, identificadas as espécies desses tributos no ordenamento jurídico brasileiro, nomeadamente em relação aos serviços públicos regulados, cabe indagar qual o papel das agências reguladoras em relação a essa tributação oculta, disfarçada ou atípica. Isto porque, a rigor, a previsão para a arrecadação dos tributos importa, no primeiro momento, ao legislador e ao Poder Executivo como receita pública, componente do orçamento público. No segundo momento, uma vez instituídos e previstos os tributos no orçamento, a tributação (entendida como atividade de efetiva cobrança, arrecadação e fiscalização dos tributos) é função precípua da Administração Pública, precisamente da Fazenda Pública.

Teriam as agências reguladoras competência para tratar dos tributos incidentes sobre os serviços públicos regulados, especialmente os “tributos ocultos” ou “tributos disfarçados”? Em que medida as agências reguladoras poderiam contribuir para desnudar os componentes dos custos das atividades reguladas?

Preliminarmente, é preciso asseverar que as agências reguladoras não possuem as mesmas atribuições legais das fazendas públicas, como órgãos integrantes dos respectivos entes federados dotados das funções de cobrança, arrecadação e fiscalização dos respectivos tributos, de acordo com as competências constitucionais previamente estabelecidas. Aliás, o papel das agências reguladoras – já exaustivamente demonstrado nesta tese – não condiz com a função de cobrar, arrecadar e fiscalizar tributos.

Como entidade autárquica reguladora de serviços públicos, no entanto, uma de suas funções consiste em promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos

serviços públicos delegados, submetidos à sua competência regulatória, propiciando condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade tarifária. Justamente em relação a esse objetivo fundamental da regulação, resulta por demais relevante a questão dos “tributos ocultos” ou “tributos disfarçados” incidentes nos serviços públicos regulados.

Cumpra-se, de antemão, não ser função regulatória (nem o objetivo desta tese) perquirir ou analisar a constitucionalidade ou a legalidade dos mencionados “tributos ocultos ou disfarçados”, mas tão-somente examinar a existência deles nos custos inerentes aos serviços públicos, a respectiva influência na modicidade tarifária e torná-los claros, transparentes e inteligíveis ao cidadão-contribuinte-usuário de serviço público. Com efeito, se pretende cumprir outras funções regulatórias essenciais, quais sejam: tratar com honestidade, equidade e transparência o usuário de serviço público, protegendo-o contra abusos do poder econômico e fixando regras procedimentais claras no estabelecimento das tarifas dos serviços públicos.

O cumprimento das referidas funções regulatórias é, em verdade, baseado em alguns dos princípios fundamentais da regulação: transparência, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁵⁴⁹. Assim, é preciso cotejar estes princípios regulatórios com a tributação oculta ou disfarçada nos serviços públicos.

O princípio da transparência regulatória está calcado no dever dos agentes reguladores em tratar com honestidade e equidade os usuários dos serviços públicos regulados, bem como garantir regras procedimentais claras às entidades reguladas, assegurando, por conseguinte, uma relação justa e sem interferências do Poder Concedente. Marçal Justen Filho também defende a transparência na atividade administrativa regulatória:

O Estado não pode eliminar a transparência de sua atividade. Sempre que existir perspectiva de sacrifício de direitos ou interesses – especialmente quando a título sancionatório –, o particular tem o direito de prévia ciência.

⁵⁴⁹ Giovanni Loss entende que, além dos princípios mencionados no art. 5º, II e 37 da Constituição Federal, também constituem princípios norteadores da regulação no Brasil aqueles expressos no art. 1º, 170, 173 e 175 da Lei Maior, bem como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e subsidiariedade. LOSS, Giovanni Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 42-43; e Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 123-124.

Como regra, toda perspectiva de redução dos interesses privados deverá ser objeto de comunicação a ele, inclusive com a necessária motivação. Deve-se explicitar o conjunto de circunstâncias fáticas que propiciaram a perspectiva de sacrifício dos direitos e interesses individuais.⁵⁵⁰

Não há dúvidas, portanto, de que o Estado moderno não pode prescindir de transparência em suas atividades, de modo a garantir o direito dos cidadãos à plena ciência da atuação estatal em prol do interesse público. Esta transparência não poderia ocorrer de modo diverso na atividade regulatória, sendo direito de todos os envolvidos (usuários, Poder Concedente e entidades reguladas) transparência e clareza das ações dos agentes reguladores.

No que tange à “tributação oculta e disfarçada” dos serviços públicos, não seria condizente com a função das agências reguladoras no zelo pela eficiência econômica e modicidade tarifária identificar um custo do serviço público como verdadeiro “tributo oculto” e não revelar tal componente na equação tarifária. Independentemente da constitucionalidade ou legalidade do referido “tributo disfarçado”, cabe ao agente regulador desnudar esse componente tarifário, de modo a garantir a consciência fiscal do cidadão usuário do serviço público. Ademais, como já asseverado neste texto, o princípio da transparência fiscal determina, indubitavelmente, o esclarecimento dos consumidores acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços (art. 150, §5º, da Constituição Federal de 1988).

O princípio da legalidade, conforme previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, consiste num direito fundamental individual e coletivo, o qual assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por outro lado, aplica-se à Administração Pública, de maneira rigorosa, dentro dos contornos expressos no *caput* do artigo 37 da Lei Maior. Desta feita, o administrador público somente pode fazer o que está expressamente previsto em lei ou nas demais espécies normativas, quando cabíveis em cada caso.

Nesse sentido, a atividade regulatória também está jungida aos limites da legalidade, pois, não obstante a autonomia das agências reguladoras, estas também fazem parte da Administração Pública Indireta. Os atos regulatórios criados pelas agências

⁵⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 581.

reguladoras devem estar norteados pelo princípio da legalidade, pois, via de regra, os limites à atuação regulatória estão claramente delineados naquele instrumento normativo, cabendo aos regulamentos, instruções normativas e resoluções o detalhamento técnico daquela atividade específica.

Em relação aos “tributos ocultos ou disfarçados”, o princípio da legalidade aplicável às agências reguladoras determina-lhes a busca pelo interesse público e aos conceitos envolvidos na atividade regulatória. Seguindo esta linha de raciocínio, compreende Giovani Ribeiro Loss que o princípio da legalidade em matéria regulatória está diretamente relacionado ao da proporcionalidade e ao da subsidiariedade:

Nesse sentido, a necessária menção ao princípio da legalidade funda-se, primeiramente, na subjetividade da interpretação do que é subsidiário e/ou proporcional, quando desprovida essa análise da referência legal pertinente. Deve-se entender que a determinação dos objetivos do interesse público a serem perseguidos, justificadores da atuação estatal subsidiária, bem como dos meios adequados a serem utilizados, que garantam a proporcionalidade regulatória, deve ter como norte inquestionável a legalidade, sob pena do administrador público, aleatória ou arbitrariamente, poder determinar os conceitos envolvidos, deturpando ou flexibilizando a regulação estatal.⁵⁵¹

A instituição de “tributos ocultos ou disfarçados” e sua inclusão nos custos dos serviços públicos regulados, sem a necessária previsão legal, destorcendo os conceitos envolvidos no cálculo dos componentes tarifários, deturpa e destorce a atividade regulatória. É preciso desnudar a real natureza jurídica dessa tributação atípica, de modo a atender o interesse público da coletividade (usuários de serviços públicos), garantindo, assim, a lisura e a legitimidade da atuação estatal nesses serviços.

O princípio da moralidade implica a atuação dos agentes públicos dentro dos padrões de ética de conduta, a fim de garantir a honestidade e a probidade nas relações entre a Administração Pública e os administrados, bem como na relação entre os próprios agentes públicos. A noção de moralidade vai além do mero cumprimento da legalidade, pois, como assevera José dos Santos Carvalho Filho, “o princípio da moralidade está

⁵⁵¹ LOSS, Giovani Ribeiro. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 127.

indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa”.⁵⁵²

No que diz respeito à tributação oculta ou disfarçada, cabe às agências reguladoras desempenhar suas atividades, por meio de seus agentes públicos, com honestidade e equidade no tratamento dispensado aos usuários, às entidades reguladas e demais instituições envolvidas na prestação ou regulação dos serviços públicos⁵⁵³. Desta sorte, independentemente da constitucionalidade ou legalidade dos “tributos ocultos ou disfarçados”, é função do bom agente regulador, imbuído do verdadeiro espírito público, agir de acordo com a ética, de modo a desnudar a real natureza jurídica destes componentes atípicos no custo dos serviços públicos regulados.

O princípio da publicidade também está diretamente relacionado ao papel das agências reguladoras dos serviços públicos. Como entidade autárquica autônoma, a cuja figura cabe papel central e mediador das relações entre Poder Concedente, entidades reguladas e usuários de serviços públicos, agir com a máxima transparência de seus atos e dar publicidade de suas decisões técnicas são atitudes cruciais e essenciais para sua existência.

Aliás, é da essência do Estado Democrático de Direito garantir o princípio da publicidade, condição de eficácia dos atos administrativos, segundo Lucas Rocha Furtado⁵⁵⁴. A publicidade dos atos administrativos é fundamental para propiciar aos cidadãos o controle de legalidade e de legitimidade da conduta dos agentes públicos⁵⁵⁵, não mais se admitindo no atual e contemporâneo Estado de Direito, via de regra, a edição de atos administrativos de cunho sigiloso.

Além do próprio comando constitucional instituidor do princípio da publicidade na Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88), a publicidade é princípio

⁵⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 21.

⁵⁵³ Vide art. 4º, II, da Lei Estadual nº 12.786, de 30.12.1997 (Lei criadora da ARCE); art. 2º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 914, de 14.01.2002 (Lei instituidora da ARTESP); art. 6º, IX e X, e art. 7º, I, da Lei Distrital nº 4.825, de 28.12.2008 (Lei reestruturadora da Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal – ADASA/DF).

⁵⁵⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 344-345.

⁵⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 24.

corrente e explícito na maioria das legislações instituidoras das agências reguladoras no Brasil⁵⁵⁶, que se tornou mais evidente com a publicação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), ao regular o acesso dos cidadãos às informações públicas. Desde a referida lei, a publicidade se tornou preceito geral, ao passo que o sigilo é exceção.

De efeito, dar publicidade de seus atos e garantir a transparência de suas decisões determina às agências reguladoras desnudar, claramente, todos os componentes da estrutura tarifária dos serviços públicos regulados⁵⁵⁷. Assim, cabe às agências reguladoras revelar a verdadeira natureza jurídica dos “tributos ocultos ou disfarçados” inseridos na composição de custos dos serviços públicos, de modo a garantir ao cidadão a transparência e a publicidade tão necessários a propiciar o controle de legalidade e de legitimidade desses atos.

Por fim, o princípio da eficiência, analisado no âmbito deste ensaio, pode ser traduzido como a qualidade do serviço público prestado. Além de estar ligada aos princípios da moralidade e da legalidade, embora com eles não se confundam, a eficiência também constitui marca indelével de uma Administração Pública gerencial, voltada para resultados, ou seja, não mais arraigada aos velhos ditames da administração burocrática.

Neste mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão estabelece os contornos do princípio da eficiência na Administração Pública:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

⁵⁵⁶ Vide art. 8º, XIV, da Lei Estadual nº 12.786, de 30.12.1997 (Lei criadora da ARCE); art. 4º, §3º, da Lei Federal nº 9.427, de 26.12.1996 (Lei criadora da ANEEL); art. 19, *caput*, da Lei Federal nº 9.472, de 16.07.1997 (Lei criadora da ANATEL); art. 8, XII, e art. 8-A, IV, da Lei Federal nº 9.478, de 06.08.1997 (Lei criadora da ANP); e art. 40, VI e VII, da Lei Municipal Complementar nº 108/2009 (Lei criadora da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Município de Natal – ARSBAN).

⁵⁵⁷ Sérgio Fugimoto explica que a estrutura tarifária de um serviço público consiste no conjunto de preços de todos os preços correspondentes àquele serviço. Assim, “as tarifas a serem cobradas dos diversos tipos de usuários são determinadas de modo a produzir a receita almejada, supondo que os consumidores adquiram as quantidades estimadas do produto”. FUGIMOTO, Sérgio Kynia. **Estrutura de tarifas de energia elétrica**: análise crítica e proposições metodológicas. São Paulo, 2010. Tese apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do Título de Doutor em Engenharia. Disponível em: < http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Tese_Sergio_Fugimoto.pdf/c2914349-819a-491d-983e-ebd79e3fb5b4>. Acesso em: 16 jun. 2012.

Os resultados práticos da aplicação das normas jurídicas não constituem preocupação apenas sociológica, mas, muito pelo contrário, são elementos essenciais para determinar como, a partir de dados empíricos, elas devam ser interpretadas (ou reinterpretadas), legitimando a sua aplicação.⁵⁵⁸

Portanto, a eficiência administrativa, mormente em relação aos serviços públicos, está ligada ao princípio da economicidade, que também leva à modicidade tarifária. Alcançar à modicidade tarifária de um serviço público é estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro entre o custo do serviço e o poder aquisitivo do usuário.

Ao permitir a inclusão de “tributos ocultos ou disfarçados” nos custos dos serviços públicos, sem a necessária elucidação desses componentes tarifários aos usuários, incorre a agência reguladora em violação ao princípio da eficiência e, por conseguinte, ao princípio da modicidade tarifária, estando estes igualmente na maioria das legislações das agências reguladoras brasileiras⁵⁵⁹.

Em suma, é possível concluir que o papel das agências reguladoras de serviços públicos não se confunde com a função fiscalizatória e arrecadatória típica das fazendas públicas dos mais diversos níveis da Federação brasileira. Cabe a estas autarquias autônomas, em matéria de tributação oculta ou disfarçada, tão-somente a de garantir e preservar a plena aplicação dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade dos atos administrativos, bem como da transparência regulatória, eficiência dos serviços públicos e modicidade tarifária desses serviços.

Uma vez fixado, assim, o papel das agências reguladoras em relação aos tributos ocultos, é necessário examinar qual o custo social dessa regulação e em que medida isto pode contribuir para a transparência e a cidadania fiscais, garantindo uma tributação justa dos serviços públicos e preservando a dignidade dos usuários dos serviços.

⁵⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 73.

⁵⁵⁹ Vide art. 5º, I, da Lei Estadual nº 12.786, de 30.12.1997 (Lei criadora da ARCE); art. 2º, X, da Lei Estadual nº 6.099, de 30.12.1997 (Lei criadora da Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará – ARCON); art. 4º, IV e X, da Lei Estadual nº 12.602, de 29.11.2012 (Lei criadora da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia – AGERSA); art. 11, IV, e art. 20, II, *a*, da Lei Federal nº 10.233, de 05.06.2001 (Lei instituidora da ANTT e ANTAQ).

5 O CUSTO SOCIAL DA REGULAÇÃO E A TRANSPARÊNCIA FISCAL

Delineado o papel da regulação e das agências reguladoras, mormente no âmbito dos serviços públicos, bem como estudada a tributação desses mencionados serviços, especialmente no que tange à chamada tributação oculta ou disfarçada, impõe-se, agora, analisar o custo social da regulação e a transparência fiscal.

A regulação é instrumento viável para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil? De que modo a regulação contribui para a transparência, consciência e cidadania fiscais? De que maneira a regulação influencia na tributação dos serviços públicos regulados? A regulação pode ser um instrumento indutor para a formulação e concretização de políticas públicas?

Preliminarmente ao aprofundamento e à resposta a essas indagações, sem qualquer dúvida é possível asseverar que a regulação tem um custo social, pois as agências reguladoras já são uma realidade bastante ocorrente no cotidiano do brasileiro, em particular do usuário de serviço público. Decerto, há de se perquirir se o custo da regulação é viável e condiz com sua necessidade no âmbito dos serviços públicos regulados no Brasil.

Em estudo pelo Banco Mundial, Warrick Smith e Bem Shin asseveram que, em princípio, os custos regulatórios podem ser impostos aos consumidores de modo direto (sendo identificada separadamente a taxa ou tarifa de regulação) ou de maneira indireta, mediante a cobrança dessa taxa ou tarifa de regulação às empresas reguladas que posteriormente repassam esses custos aos preços dos serviços públicos prestados. Examinando os diversos setores regulados e em diversos países, referidos autores concluem que, independentemente do modelo regulatório (*rate of return* ou *price cap*), o custo da regulação é um elemento atualmente em curso nos países que adotaram o caminho das privatizações e da criação de agências reguladoras, sendo, portanto, um parcela do custo do serviço público absolutamente essencial, mas que pode variar segundo o modelo adotado por aquele país ou de acordo com o setor especificamente regulado⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ SMITH, Warrick; SHIN, Ben. *Op. cit.*, p. 5-6.

José Casalta Nabais elabora interessante argumentação sobre os custos financeiros públicos dos direitos. Partindo da premissa de que todos os direitos têm custos públicos, pois não há direitos gratuitos, tanto os clássicos direitos e liberdades como os modernos direitos sociais, contêm ínsita a ideia de custo público, seja direto (visível) ou indireto (de diminuta ou mesmo nula visibilidade):

Na verdade, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exacta medida dessas despesas. Uma individualização que torna tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do estado, ou melhor dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles se beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais.

Já os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito. Despesas essas que, não obstante aproveitarem aos cidadãos na razão directa das possibilidades de exercício desses direitos e liberdades, porque não se concretizam em custos individualizáveis junto de cada titular, mas em custos gerais ligados à sua realização e protecção, têm ficado na penumbra ou mesmo no esquecimento.⁵⁶¹

No mesmo sentido, Rafael Wallbach Schwind, em análise dos custos dos direitos, esclarece que a questão não deve ser interpretada como obstáculo à instituição ou efetivação do direito, mas no cuidado de sua instituição. Afinal, “os direitos ganham efetividade prática e se transformam em mais do que meras declarações apenas se os seus custos correspondentes são assumidos por alguém”.⁵⁶²

Stephen Holmes e Cass Sunstein, tomando como premissa o custo financeiro dos direitos (estes entendidos como interesses importantes que podem ser seguramente protegidos por pessoas ou grupos, utilizando-se os instrumentos governamentais⁵⁶³), afirmam que “all rights make claims upon the public money”⁵⁶⁴, pois dependem sempre do Governo. Os juristas estadunidenses não olvidam da existência e diferença entre os

⁵⁶¹ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 165, out./dez. 2007.

⁵⁶² SCHWIND, Rafael Wallbach. O custo dos direitos: o caso da gratuidade prevista no Estatuto do Idoso e a remuneração do concessionário de transporte urbano (comentários a acórdão do Supremo Tribunal Federal). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 218, jan./mar. 2008.

⁵⁶³ No original: “rights will be defined as *important interests that can be reliably by individuals or groups using the instrumentalities of government*”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton Company, 1999, p. 16.

⁵⁶⁴ Em tradução livre: “todos os direitos demandam recursos públicos”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 15.

custos sociais e custos financeiros dos direitos, entretanto, o foco do trabalho deles em cima do custo financeiro dos direitos é o modo mais simples e prático de apontar “the fundamental dependence of individual freedoms on collective contributions managed by public officials”⁵⁶⁵, principalmente em razão da escassez de recursos públicos.

O conceito de custo social utilizado nesta tese não coincide com aquele pregado em Ronald Coase, que possui um significado bastante peculiar para a Escola da Análise Econômica do Direito⁵⁶⁶. Ao contrário, procura-se examinar o papel da regulação e o custo da existência das agências reguladoras na sociedade brasileira, ante a atual ordem jurídica.

Nesta óptica, perante a corrente ordem econômica e a já pressuposta ideia de um Estado Regulador, é possível também concluir pela existência de um custo público para a efetivação da regulação no Brasil, notadamente no quesito relativo aos serviços públicos. Resta saber, portanto, se tais custos são consentâneos, irrelevantes ou encarecedores na manutenção dos serviços públicos brasileiros.

5.1 A regulação de serviços públicos como instrumento para consecução dos objetivos fundamentais republicanos

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assentados no artigo 3º da Carta Magna, interessa a esta pesquisa analisar as finalidades precípuas do Estado Brasileiro de “garantir o desenvolvimento nacional” e “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Necessário se faz examinar se a regulação pode ser um dos instrumentos para a consecução destes objetivos citados.

No primeiro momento, podem-se ser depreendidas duas características intrinsecamente ligadas no alcance dos objetivos fundamentais republicanos brasileiros: o caráter social e o econômico. É com base nos fins sociais e econômicos delineados no artigo 3º da CF/88 que se pretende transformar a realidade nacional. Desse dispositivo

⁵⁶⁵ Em tradução livre: “a dependência fundamental das liberdades individuais nas contribuições coletivas geridas por funcionários públicos”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 22.

⁵⁶⁶ COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 135. Segundo o Teorema de Coase (essa denominação foi atribuída por George Stigler), tanto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos. Noutros termos, a escolha do modo de organização depende da comparação entre alternativas de menor custo.

constitucional, Gilberto Bercovici faz interessante ilação dos objetivos constitucionais mencionados alhures, asseverando que aqueles fundamentam a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional.⁵⁶⁷

É característica essencial da Constituição Brasileira vigente a visão desenvolvimentista, que requer uma elaboração jurídica baseada nos valores e princípios da ordem econômica e social. Por este motivo, Calixto Salomão revela que o segredo para o desenvolvimento está em descobrir um método para eliminar as imperfeições estruturais e fomentar o conhecimento econômico. Sintetiza as suas ideias acerca da democracia econômica, demonstrando três princípios regulatórios desenvolvimentistas: a) redistribuição (art. 170, II, CF); b) difusão do conhecimento econômico (concorrência e defesa do consumidor – art. 170, IV e V); e c) cooperação (art. 174, §2º, CF).⁵⁶⁸

Ao prestar um serviço público ou ao regular a prestação de um serviço público, o Estado não realiza intervenção, pois não atua na área de outrem, mas em sua área de titularidade. Tendo em vista a predominância do interesse público, a titularidade de tais serviços é do Poder Público, justificando, assim, as conveniências da coletividade.

Neste sentido, numa interpretação sistêmica do texto constitucional, defende-se o argumento de que as balizas constitucionais da regulação inseridas no Título VI – Da Ordem Econômica e Financeira (em particular nos arts. 173, 174 e 175) contribuem para a formação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o valor social da livre iniciativa poderão ser alcançados, também, com a eficiente atuação da atividade regulatória dos serviços públicos.

Acerca da importância das agências reguladoras para a cidadania e a melhoria da qualidade dos serviços públicos no Brasil, Luís Roberto Barroso assinala:

As agências reguladoras, no entanto, tornaram-se peças fundamentais no ambicioso projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos e

⁵⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

⁵⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28.

de sua universalização, integrando ao consumo, à cidadania e à vida civilizada enormes contingentes mantidos à margem do progresso material.⁵⁶⁹

J. J. Gomes Canotilho compartilha da mesma ideia, ao asseverar que o cidadão social torna-se “cidadão utente⁵⁷⁰” de serviços de interesse econômico geral, na medida em que os direitos sociais inerentes à regulação são respeitados, a saber: garantia de prestações essenciais, acessibilidade de todos os usuários, independentemente da localização geográfica e do preço acessível⁵⁷¹.⁵⁷²

Nesse mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão entrelaça o papel da regulação estatal da economia com o Estado Democrático de Direito, na medida em que os valores humanos e sociais desse regime democrático serão alcançados de modo eficiente uma vez adotadas de novas técnicas regulatórias (mais flexíveis e mais consensuais, porém sem se esquecer dos métodos clássicos) que permitam à sociedade e ao Estado a fruição de serviços públicos mais eficazes e menos onerosos, bem como a adequação da atividade econômica aos interesses da coletividade.⁵⁷³

A relevância das agências reguladoras é bem destacada por Juarez Freitas, ao defender sua independência e seu papel no Estado Democrático:

Não há outra função mais importante dessas autarquias reguladoras senão a de defender a preponderância dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, nas relações atinentes à delegação de serviços universais ou nas atividades econômicas de relevância coletiva. [...] Mais: a regulação deve ser promotora do desenvolvimento em sentido amplo, sobressaindo o desenvolvimento humano [...].⁵⁷⁴

Não há dúvidas de que os objetivos republicanos do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF) e da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, CF) poderão ser alcançados mediante o aperfeiçoamento da atividade de regulação das atividades econômicas e dos serviços públicos, garantindo as utilidades

⁵⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 jan. 2013.

⁵⁷⁰ No vernáculo brasileiro, a expressão significa “cidadão usuário”.

⁵⁷¹ No Brasil, a expressão “preço acessível” é interpretada como modicidade tarifária.

⁵⁷² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 353-354.

⁵⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208.

⁵⁷⁴ Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). **Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009, p. 33.

econômicas e os serviços de qualidade, propiciando assim os fundamentos constitucionais retroindicados, especialmente o da dignidade humana.

Exatamente por ser considerado o princípio dos princípios constitucionais, Carlos Roberto de Siqueira Castro assevera com bastante propriedade:

Enquanto princípio com matriz constitucional, o postulado da dignidade humana impõe ao Estado, pelo menos, três ordens distintas de postura a fim de emprestar a conseqüente e radical eficácia aos direitos fundamentais. Primeiramente, condena, com a mácula da inconstitucionalidade, os atos estatais atentatórios a tal princípio. Além disso, impõe ao Poder Público o dever de se abster de praticar atos que desafiem o valor maior da dignidade humana. Por fim, induz a que os órgãos e autoridades competentes, em todos os níveis de governo, e no exercício de suas constitucionais e apropriadas competências, adotem iniciativas conducentes à eliminação das desigualdades sociais e que promovam condições sociais e econômicas propícias à existência digna de todos os seres humanos sujeitos à circunscrição da soberania do Estado.⁵⁷⁵

O fundamento constitucional para a regulação dos serviços públicos, já discutido no âmbito do artigo 175 da Constituição Federal, impõe uma intervenção estatal indireta em certas atividades econômicas, seja pelo exercício direto da atividade ou sob o regime de concessão ou permissão para o seu exercício. O pretexto para esta intervenção estatal reside no fato de que elas estão diretamente relacionadas a interesses da coletividade (quando consubstanciadas nas atividades privadas regulamentadas e atividades econômicas *stricto sensu*) e interesses sociais (quando relacionados a serviços públicos).⁵⁷⁶

Os fundamentos constitucionais para a regulação dos serviços públicos, conforme já asseverado, encontram-se nos princípios elencados no art. 1º da CF/88 – destacadamente, cidadania (inc. I) e dignidade da pessoa humana (inc. II) – e nos objetivos fundamentais republicanos insertos no art. 3º da CF/88 – especialmente a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e

⁵⁷⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Direito Constitucional e Regulatório**: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 875.

⁵⁷⁶ Para Vitor Schirato, a escolha entre delegar ou não um serviço público não é um ato discricionário do gestor público. A melhor escolha pública estatal deve levar em consideração a eficiência do serviço público e sua economicidade. Nem todos os serviços públicos devem ser prestados pelo Estado, bem como nem todos os serviços públicos devem ser delegados. Como norma programática, o artigo 175 da CF deve ser aplicado de modo a atender uma finalidade pública estatal: a prestação adequada e eficiente de serviços públicos. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. cit.*, p. 151).

regionais (inc. III), além da promoção do bem de todos (inc. IV). Estes princípios e fundamentos constitucionais constituem a gênese principiológica da regulação.

Em síntese primorosa, Giovani Ribeiro Loss assenta os princípios fundamentais e os objetivos republicanos voltados para a satisfação dos serviços públicos:

Os serviços públicos, a seu turno, são aqueles que buscam satisfazer os chamados interesses sociais, o que somente poderá ser alcançado por meio da intervenção estatal intensa e por meio do regime jurídico de direito público. Os interesses sociais estão ligados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, consubstanciando-se na satisfação de necessidades básicas da coletividade, imprescindíveis dentro do atual contexto social.⁵⁷⁷

Vale salientar o fato de que a satisfação das necessidades básicas da população brasileira se consubstanciam nesta opção, não mais por um Estado Providência – caracterizado por uma máquina estatal mais encorpada e dotada de maiores obrigações diretas para com a coletividade, mas pela adoção de um Estado Regulador, cujo instrumento maior é a atividade de fiscalização e normatização dos serviços públicos para a consecução de maior eficiência e qualidade destes.

Em contrapartida, Vinícius Marques de Carvalho elabora análise crítica, entendendo que o alcance dos objetivos republicanos, de maneira especial no papel do Estado na promoção de políticas de desenvolvimento social e econômico, por meio das atividades estatais, ficou comprometido com a redução do papel dos serviços públicos como instrumento de correção de falhas de mercado. Não obstante, formalmente, na ordenação e planejamento dos serviços, o Estado ainda mantém as funções de

(i) espaço de formulação de políticas públicas cujas pautas e metas ditarão a conformação da exploração do serviço; (ii) titular do serviço e dos bens a ele afetos, cuja preservação lhe incumbe e em face de quem o operador em regime público pode postular direitos como equilíbrio da relação contratual; (iii) ente regulador encarregado não exclusivamente da defesa dos interesses estatais, mas incumbido da tarefa de defesa do usuário, de preservador das linhas gerais de exploração da atividade e ainda mediador dos interesses de todos os agentes envolvidos.⁵⁷⁸

Em apertada síntese, é possível se delinear, claramente, as funções típicas do Estado e das entidades reguladoras no atual regime democrático, mantendo-se incólume

⁵⁷⁷ LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57.

⁵⁷⁸ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 68.

os princípios fundamentais (art. 1º, CF) e objetivos fundamentais (art. 3º, CF) republicanos, cabendo ao Estado a titularidade dos serviços públicos, o desenho institucional das políticas públicas e o regime de exploração desses serviços, ao passo que às agências reguladoras são atribuídas as funções de fiscalização e normatização da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas ambos regulados.

De acordo com Fernando Facury Scaff, “é imprescindível que o Estado assuma seu papel indutor da economia, através de políticas que permitam ao ser humano desenvolver plenamente suas capacidades”⁵⁷⁹, a fim de que sejam alcançados os objetivos fundamentais inscritos no art. 3º da Carta Magna Brasileira de 1988. Complementa-se: tal papel indutor da economia pode ser alcançado, de certo modo, por meio da regulação de serviços públicos.

A regulação cumpre função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. Haja vista que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social (art. 170, CF), é possível depreender de uma interpretação sistemática do texto constitucional a ideia de que a regulação é instrumento fundamental para se alcançar alguns dos objetivos republicanos, especialmente “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II) e “reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (art. 3º, III).

A regulação dos serviços públicos no Brasil possui com uma das principais diretrizes, identificável em praticamente todas as agências reguladoras nos planos federal, estadual e municipal, a busca pela universalização dos serviços aos cidadãos, garantindo-lhes qualidade e eficiência em sua prestação, bem como tarifas módicas em seus custos. Assim, verifica-se que tal diretriz se coaduna perfeitamente com os objetivos republicanos ora inventariados, haja vista as inúmeras disparidades entre os serviços públicos no País e o acesso desigual da população brasileira.

Noutro sentido, Otacílio dos Santos Silveira Neto defende o papel interventor do Estado para estabilizar os interesses sociais, mas defendendo a liberdade de mercado e a livre concorrência:

⁵⁷⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Op. cit.*, p. 101.

Esse contexto fez o Estado intervir para estabilizar os interesses sociais, passando a ter a missão de defender a liberdade de mercado, por ser este o instrumento mais eficiente de promoção do desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo estabelecer parâmetros para o exercício dessa liberdade com o fito de guia-las aos interesses de todos. Isso faz da intervenção não uma faculdade, mas uma obrigação constitucional do Estado brasileiro [...] ⁵⁸⁰

Seguindo esta mesma linha de entendimento, uma série de estudos realizados pelo Banco Mundial identificou os efeitos de uma melhor governança regulatória para o desenvolvimento dos países, o nível de investimento neles realizado, a própria qualidade das instituições públicas e, em última análise, os serviços públicos prestados aos cidadãos. Em um desses estudos do *Better Regulation for Growth*, Delia Rodrigo e Stephen Rimmer concluíram:

Os mecanismos pelos quais as boas entidades reguladoras geram melhores resultados econômicos não são bem entendidos. Contudo, vários estudos têm identificado meios específicos pelos quais tais entidades podem apoiar o funcionamento dos mercados “saudáveis”. Por exemplo, entidades reguladoras desempenham um papel fundamental no estabelecimento e supervisão das “regras do jogo” do negócio e para outras partes interessadas – delineando o que eles podem e não podem fazer. Entidades reguladoras também facilitam o desenvolvimento econômico ao reduzir falhas de mercado, tais como falhas de informação. Elas também podem maximizar os incentivos econômicos para aumentar produtividade e confiança e reduzir os custos de transações. ⁵⁸¹

Estes estudos do Banco Mundial revelam, portanto, a importância das agências reguladoras no desenvolvimento econômico dos países que adotaram a regulação como prática essencial no funcionamento adequado dos mercados (reduzindo falhas de mercado e maximizando incentivos para aumento de produtividade) e na busca por uma melhor qualidade na prestação de serviços públicos (implantando governança regulatória e estabilizando as regras do jogo).

Não restam dúvidas acerca da importância social da adequada prestação de serviços públicos de qualidade para toda a população, independentemente do poder

⁵⁸⁰ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento: a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 134, abr./jun. 2013.

⁵⁸¹ No original: “The mechanisms by which good regulatory institutions generate improved economic outcomes are not well understood. However, several studies have identified specific ways that such institutions can support the operation of healthy markets. For example, regulatory institutions play a key role in establishing and overseeing the “rules of the game” for businesses and other stakeholders – outlining what they can do and not do. Regulatory institutions also facilitate economic development by reducing market failures, such as information imperfections. They can also maximize economic incentives to increase productivity and trust, and to reduce transaction costs.” *In*: RODRIGO, Delia; RIMMER, Stephen. *Op. cit.*, p. 3-4.

aquisitivo, da classe social ou da localização do cidadão usuário do serviço. Exatamente por seguir uma lógica redistributiva, e não a lógica do mercado, Vinícius Marques de Carvalho assevera o inegável papel dos serviços públicos na redução das desigualdades sociais.⁵⁸²

5.2 Transparência e consciência fiscal pela regulação

Ser transparente é ser claro e translúcido nas ações praticadas. As atividades estatais, hodiernamente, estão cada vez mais no alcance de todos, e, não apenas isso, devem ser mais acessíveis e inteligíveis a todos os cidadãos. Os atos administrativos ocultos e as decisões tomadas em votações secretas são características de uma Administração Pública que passa a fazer parte do passado.

A Administração Pública moderna é democrática e esse valor central indiscutível, baseado na ideia da *new public governance*, exige os requisitos de transparência, imparcialidade, abertura e estímulo à participação dos cidadãos, de prestação de contas e de descentralização do sistema administrativo, como explica Pedro Costa Gonçalves.⁵⁸³ Por este motivo, pode-se afirmar que as sociedades modernas são “sociedades de informação”.⁵⁸⁴

A noção de democracia moderna envolve os valores da liberdade e da igualdade de um povo, mas sem descurar de outras garantias e direitos fundamentais de cunho social e cariz político. Noutros termos, a noção tradicional de democracia deve ser sobrepujada por uma fusão entre a democracia política e a democracia social. Corroborando este entendimento sobre democracia Norberto Bobbio:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da

⁵⁸² CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 31.

⁵⁸³ GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública à partir do mote da *new public governance*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 159, abr./jun. 2013.

⁵⁸⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. *Op. cit.*, p. 159. *Apud* KAISER, A.B. **Die Kommunikation der Verwaltung. Diskurse zu den Kommunikationbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungsrechtswissenschaft der Bundesrepublik Deutschland**. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 245.

democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos. Em termos sintéticos, pode-se dizer que, se hoje se deve falar de um desenvolvimento da democracia, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na substituição da democracia representativa pela democracia direta (substituição que é de fato, nas grandes organizações, impossível), mas na passagem da democracia na esfera política, isto é, na esfera em que o indivíduo é considerado como cidadão, para a democracia na esfera social, onde o indivíduo é considerado na multiplicidade de seus *status* [...]⁵⁸⁵

Desse modo, contribui para uma evolução da própria democracia moderna essa sociedade da informação. O cidadão moderno possui maior consciência política e social de seu *status* na sociedade e perante outros componentes do corpo social. Por essa maior consciência de seus direitos, o cidadão passa a exigir maior abertura de informações, mais controle e zelo pela *res* pública, mais transparência tanto no trato particular como no tratamento com a coisa pública, enfim, maior participação na vida social e no Estado.

Em verdade, transparência, liberdade e participação social constituem atributos de uma democracia, e não poderia ser diferente no Brasil. Segundo Paulo Bonavides, o primeiro dos deveres do cidadão e dos governantes é salvaguardar a Constituição. Por isso, o Jurista paraibano e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará assinala que: “Sem legitimidade não há democracia, e sem democracia não prevalece o Estado de Direito. Faltando uma e outra, falta tudo a um povo para ser livre e digno.”⁵⁸⁶

De fato, há muito a Constituição Federal de 1988 prevê, por exemplo, em seu art. 150, §5º: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. A despeito do termo “consumidores”, tal medida, além de implicar transparência nas relações consumeristas, também consiste em boa medida de transparência fiscal.

A transparência fiscal é havida como verdadeiro princípio tributário por Anis Kfoury Jr., estando diretamente ligada ao conceito de cidadania⁵⁸⁷. Não se trata de benesse

⁵⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 155-156.

⁵⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 22, n. 1/2, p. 247, jan./dez. 2003.

⁵⁸⁷ KFOURI JR., Anis. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

estatal, mas de direito fundamental do contribuinte de saber quais e quantos tributos recolhe, de modo a ter consciência e acesso a serviços públicos eficientes e de qualidade.

Um cidadão consciente sempre busca a transparência nas atividades estatais que o afeta. O que vem, porém, a ser “consciência fiscal”? De acordo com Hugo de Brito Machado, é a

[...] consciência de que a carga tributária não pesa apenas nos ombros de quem tem o dever legal de efetuar o pagamento dos tributos, mas também sobre os ombros de quem, como comprador de mercadorias ou tomador de serviços, paga um preço no qual estão embutidos os tributos.⁵⁸⁸

A ideia de *tax consciousness* (consciência fiscal) traduz o estado de espírito de certa população numa dada sociedade sobre os sacrifícios financeiros dos cidadãos para a manutenção do Poder Estatal. Portanto, a consciência fiscal vai além da questão dos tributos indiretos e perpassa todos os recursos financeiros necessários para o custeio da máquina pública. Quanto maior a consciência fiscal do cidadão, tanto na compreensão do fenômeno da tributação como da própria atividade financeira estatal, maior o padrão cívico das pessoas numa dada sociedade. Em outras palavras, é o que Alfredo Augusto Becker denomina de o “Direito de Ver Claro”, e que todos os regimes políticos e os sistemas econômicos e sociais deveriam obedecer e respeitar a plena dignidade da pessoa.⁵⁸⁹

Na democracia, para Holmes e Sunstein, a consciência fiscal consiste na ideia de que as despesas públicas devem ser supervisionadas pela população. Dada a premissa da escassez de recursos públicos para a aplicação dos direitos, os cidadãos têm o direito de saber se os benefícios públicos recebidos equivalem às despesas incorridas, principalmente com os tributos. Neste sentido, para os juristas ianques a democracia está intrinsecamente ligada à ideia de transparência da alocação de recursos públicos e da justiça: *“The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problems of distributional equity and distributive justice.”*⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27.

⁵⁸⁹ BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 2004, p. 21.

⁵⁹⁰ Em tradução livre: “O custo dos direitos levanta não apenas questões de responsabilidade democrática e transparência no processo de alocação de recursos; também nos traz, inesperadamente, ao coração da

Infelizmente, no Brasil, a democracia e a tributação constituem conceitos um tanto distantes para a maioria da população, que não tem a compreensão de toda a sua amplitude. Aliomar Baleeiro demonstra, de modo claro e objetivo como fator político da tributação, a insindicabilidade entre a democracia e a consciência fiscal, criticando a insensibilidade fiscal por boa parte da população, principalmente em face do fenômeno da repercussão tributária (tributos indiretos) e da difusão dos impostos:

Em uma democracia, essa consciência nítida da parte que incumbe a cada cidadão na distribuição das despesas indispensáveis ao funcionamento do Estado, é reputada essencial a um elevado padrão cívico. Em verdade, pequena parte da população, atingida por impostos diretos e pessoais, compreende bem quanto lhe coube no rateio do custo da máquina governamental.

O grosso da população, sob o peso regressivo de impostos de venda, consumo, selo etc., supõe que os tributos recaem sobre os ombros dos grandes contribuintes ou não pensa de modo algum nesses assuntos. Acredita que seus interesses não estão comprometidos pelas medidas financeiras.⁵⁹¹

A despeito da singular e ainda atual lição de Aliomar Baleeiro, não se pode descurar dos efeitos econômicos da tributação e da constante necessidade de despertar na população brasileira a consciência e sensibilidade fiscal, criando mecanismos para os cidadãos despertarem dessa anestesia fiscal, tais como educação fiscal, leis de transparência fiscal⁵⁹², dentre outros.

A questão da consciência ou sensibilidade fiscal, entretanto, não está ligada apenas aos tributos indiretos (cujo ônus financeiro é suportado pelos consumidores de mercadorias ou serviços privados), mas também possui vínculo com os serviços públicos; tanto que o legislador constituinte preconizou a necessidade de esclarecimento dos consumidores acerca dos impostos incidentes sobre mercadorias e serviços⁵⁹³.

Essa mesma necessidade da divulgação das informações aos consumidores é também defendida por Cass Sunstein como um instrumento regulatório de baixo custo e de elevada influência. Para o Jurista dos Estados Unidos da América, há três grandes objetivos no uso desse instrumento regulatório: (i) tornar pública uma informação sobre um produto ou serviço encoraja tanto os indivíduos como as instituições (públicas ou

teoria da moral, aos problemas de equidade distributiva e justiça distributiva.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁹¹ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Hugo de Brito Machado Segundo (atualizador). 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235.

⁵⁹² Vide Lei Federal nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012.

⁵⁹³ Cf. Art. 150, §5º, CF.

privadas) a melhorá-los (“sunlight operates as the best of disinfectants”⁵⁹⁴); (ii) prover o público com informações que eles podem realmente encontrar e usar; e (iii) melhorar as decisões tomadas pelo próprio governo, assegurando que os funcionários públicos (no caso, os reguladores) terão acesso às informações dispersas dos cidadãos.⁵⁹⁵

Por este motivo, é direito do cidadão-usuário de serviços públicos ter a real noção da carga tributária incidente sobre esses serviços. Não apenas da carga tributária atinente aos tributos diretos ou indiretos, mas também daqueles denominados “tributos ocultos ou disfarçados”, como se defende nesta tese. Portanto, é crucial respeitar o direito à transparência fiscal, desnudando-se a real natureza jurídica desses tributos atípicos ou encobertos.

5.3 Cidadania fiscal e tributação dos serviços públicos regulados

O termo *cidadania* é plurissignificativo e dinâmico, pois se desenvolve historicamente na medida em que as sociedades dos países evoluem social, cultural, econômica, jurídica e politicamente. As diversas denotações para esse vocábulo são o resultado de todas as características de um Estado e de seu povo, razão pela qual uma análise extensiva deste conceito é incabível neste trabalho, em razão do enfoque e dos objetivos traçados na pesquisa.

Etimologicamente, o vocábulo *cidadania* decorre de outro: cidade. Portanto, a cidadania é a qualidade de uma pessoa, que está em pleno gozo de seus direitos e que habita uma cidade.

Essa concepção individualista de cidadania, no entanto, vem sendo abandonada e redefinida no século XXI, desde a 2ª Guerra Mundial, passando pela globalização, as crises sociais, políticas e econômicas mais atuais. Exatamente por este motivo, Ana Maria D'Ávila Lopes leciona que

A cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não

⁵⁹⁴ Em tradução livre: “a luz do sol funciona como o melhor dos desinfetantes”.

⁵⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster, 2013, p. 78-80.

existem direitos sem seus correlatos deveres. [...] A visão estática e individualista de cidadania deve ser superada, na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade.⁵⁹⁶

Por esta razão histórica, faz-se necessário delimitar a área de análise do conceito de cidadania, do ponto de vista jurídico e no âmbito do Estado Democrático de Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Com amparo nesta premissa, aprofunda-se o exame da questão para se delinear a ideia de cidadania fiscal em relação aos usuários de serviços públicos.

A cidadania é princípio relativo ao regime político brasileiro, pelo que se pode depreender da análise do art. 1º, inciso II, da Carta Magna, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, a cidadania é princípio definidor e estruturante do regime político do País, e seu espaço é a democracia. Segundo José Afonso da Silva, a cidadania está consignada no texto constitucional de modo mais amplo do que a simples titularidade dos Direitos Políticos (Título II, Capítulo IV da CF/88), pois “qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII)”.⁵⁹⁷ Noutros termos, o próprio funcionamento do Estado – incluindo a prestação de serviços públicos – está submetido à vontade popular.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da cidadania é corolário dos princípios democrático e republicano, haja vista o fato de que o cidadão é “o supremo protagonista político e jurídico do Estado”.⁵⁹⁸ A cidadania pode ser entendida tanto no seu sentido ativo (o cidadão exercendo os instrumentos, o conteúdo, os limites e as ações do Poder Público) como passivo (o cidadão como beneficiário, direto ou indireto, dessas ações).⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. BONAVIDES, Paulo (coord.) *et alli*. **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

⁵⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 108.

⁵⁹⁸ MOREIRA NETO, 2014, p. 82.

⁵⁹⁹ MOREIRA NETO, 2014, p. 83.

Numa análise dos direitos fundamentais da quarta geração ou dimensão, Paulo Bonavides critica o fenômeno da globalização⁶⁰⁰ – pois destituída de qualquer referência a valores – ao passo em que traça a relação intrínseca da democracia com a cidadania:

Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.⁶⁰¹

Atribuindo ao “povo” como instância global de atribuição de legitimidade, Friedrich Müller aproxima os termos *povo ativo* de *cidadão* – o que denota o seu conceito igualmente plurívoco – na medida em que são efetivamente respeitados os direitos fundamentais individuais e políticos, garantindo-se, assim, um Estado Democrático. Os direitos fundamentais não são “valores” e “privilégios”, mas normas e direitos dos cidadãos a uma participação ativa na sociedade.⁶⁰²

Reforçando o princípio da cidadania, Jorge Miranda define objetivamente que os “cidadãos são os membros do Estado” e que a “cidadania significa a participação em Estado democrático.” Efetivamente, cada Estado Democrático, interpretando o princípio da cidadania, fixará os critérios da cidadania.⁶⁰³

No atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se entender a cidadania em seu duplo aspecto: *ativo* (o cidadão exercendo os instrumentos, o conteúdo,

⁶⁰⁰ Também tecem críticas à globalização Thiago Perez Bernardes de Moraes e Geraldo Leopoldo da Silva Torrecillas, ao refutarem o argumento de ser aquele fenômeno um processo inexorável, devendo o Direito criar mecanismos para garantir a equidade e a autonomia quanto à produção de utilidades humanas. Destarte, propugnam uma reavaliação dos valores reais de produção, devendo o Direito Econômico instrumentalizar a Administração Pública para alcançar os ideais de justiça. *In*: Por uma nova economia política: notas críticas à teoria neoclássica, ao direito econômico e à política econômica: uma contribuição epistemológica para os preceitos de administração pública no contexto da globalização contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 237, jan./mar. 2013.

⁶⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 572.

⁶⁰² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** – A questão fundamental da democracia. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63.

⁶⁰³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 205-206.

os limites e as ações do Poder Público) e *passivo* (o cidadão como beneficiário, direto ou indireto, dessas ações). Analisando o conceito de cidadania para os fins deste trabalho, é necessário conferir o enfoque do termo ao plano das relações tributárias, bem como da posição deste sujeito passivo como consumidor usuário de serviços públicos.

Cotejando os conceitos há pouco reproduzidos com as relações jurídico-tributárias, em seu sentido ativo, a cidadania pode conferir aos contribuintes o direito de exigir da Administração Pública a transparência na arrecadação, gestão e gasto dos recursos financeiros estatais e o zelo no trato da coisa pública. Os contribuintes possuem o direito – quiçá não seja melhor falar em dever – de acompanhar a elaboração e a execução do orçamento público, bem como fiscalizar os gestores públicos na efetiva realização do gasto público.

Hugo de Brito Machado Segundo demonstra, com inteira propriedade, o entrelaçamento entre a liberdade, igualdade, democracia, Estado e tributo. De acordo com o Jurista cearense, a liberdade – como característica da criatura humana – deve ser assegurada, de modo a distinguir as pessoas dos animais. Uma vez garantida e respeitada a liberdade em relação a todos, tal preceito conduz à ideia de igualdade, sendo ambas premissas da democracia. Então, a fim de se garantir a obtenção de recursos públicos à atividade financeira, faz-se necessário impor limites estatais, garantindo a liberdade e igualdade das pessoas, o que se alcança, efetivamente, desde uma maior “participação democrática na elaboração das normas de direito tributário e financeiro”⁶⁰⁴, ou seja, desenvolvendo a cidadania fiscal.

Do ponto de vista da cidadania passiva, em análise no plano das relações jurídico-tributárias, o contribuinte possui um mínimo de dever de solidariedade para com o Estado e a sociedade em contribuir, mediante transferência de recursos financeiros privados para os cofres públicos. Este dever não é uma categoria ética ou um direito natural das pessoas entre si, mas se configura como categoria jurídica o dever fundamental de pagar tributos. Para delinear a configuração constitucional do dever de pagar impostos, José Casalta Nabais assim o define:

⁶⁰⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 196-197.

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero *poder* para o estado, nem como um mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (económico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretensão) *direito fundamental* a não pagar impostos.⁶⁰⁵

A análise do Jurista português foi feita com base no Estado de Portugal, apesar de ter baseado seu estudo em vários países europeus, mas tal raciocínio pode ser utilizado no Brasil, haja vista o forte crescimento aqui de um Estado Fiscal, mediante o inchaço da máquina pública, dos gastos públicos e da carga tributária brasileira.

José Casalta Nabais parte da ideia básica de cidadania como um nível de igualdade de todos os pertencentes a uma comunidade humana. Esse conjunto de direitos e deveres universais agrega tanto uma *cidadania pessoal* (direitos e deveres de natureza pessoal), *cidadania política* (direitos e deveres de natureza política), *cidadania social* (direitos e deveres de natureza social) e *cidadania solidária* (direitos e deveres de solidariedade). Baseado na ideia de um Estado Fiscal, entretanto, a cidadania fiscal consiste no suporte financeiro do Estado, ou seja, no preço que todos têm de pagar pela existência de uma comunidade organizada e baseada na ideia de liberdade.⁶⁰⁶

Outro ponto envolvendo a cidadania diz respeito à prestação dos serviços públicos. Além de vasta gama de direitos fundamentais (art. 5º, CF/88), a República Federativa do Brasil confere uma série de serviços públicos aos cidadãos, atribuindo as competências para sua prestação aos diversos entes federados. Ocorre que o exercício da cidadania em relação aos serviços públicos passa não apenas pela sua simples exigência na prestação, mas uma prestação com qualidade e eficiência. Eis a figura do cidadão-usuário de serviços públicos, que, além de seus direitos, deve cumprir com suas obrigações de zelo e uso correto de bens e serviços públicos.

Neste sentido, as agências reguladoras desempenham papel fundamental na fiscalização desses serviços públicos. Isto porque o ente regulador não é mero órgão de defesa do consumidor, mas age para garantir o justo equilíbrio das relações entre o Poder Concedente, os prestadores de serviços públicos e os usuários destes serviços, tendo como

⁶⁰⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos** – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 679.

⁶⁰⁶ NABAIS, José Casalta. *Op. cit.*, p. 176-177.

fim último um serviço público de qualidade e eficiência a preços módicos. É preciso incrementar a participação popular nas audiências e consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras de serviços públicos – nas quais são discutidas a revisão de tarifas, metas de qualidade, regras de universalização, prestação de contas e outras políticas de regulação – de modo a fazer surgir no cidadão a consciência de seus direitos e deveres como usuário daqueles serviços.

Lucas Lehfeld defende exatamente essa democracia participativa, asseverando que as agências reguladoras são um espaço propício para o exercício da cidadania:

Evidentemente que essa ideia de democracia, como ambiente propício ao desenvolvimento da cidadania, transcende a modalidade representativa, que se consubstancia no exercício do voto como instrumento democrático. Impõe-se, na perspectiva de eficácia participativa popular, outra forma de materializar a presença do cidadão na condução do Governo e, por conseguinte, no controle de seus órgãos, como as agências reguladoras.⁶⁰⁷

Um dos principais problemas do modelo regulatório brasileiro, contudo, de acordo com Alketa Peci e Bianor Scelza Cavalcanti, é justamente o consumidor dos serviços públicos, precisamente a ausência destes. Em verdade, uma diretriz fundamental a todas as agências reguladoras de serviços públicos é garantir a universalização dos serviços a todos os cidadãos, ou seja, a ideia é transformar todos os brasileiros em usuários de serviços públicos⁶⁰⁸. Para tanto, não basta levar o serviço ao cidadão, mas também transformá-lo em usuário consciente de seus direitos e deveres, na qualidade de consumidor⁶⁰⁹.

Parte dessa consciência do cidadão usuário de serviço público advém, necessariamente, da carga tributária incidente sobre tais serviços. No Brasil, como demonstrado anteriormente, o peso dos tributos sobre os serviços públicos os torna inadequados, ineficientes e de péssima qualidade. Ademais, não se pode olvidar da

⁶⁰⁷ LEHFELD, Lucas de Souza. *Op. cit.*, p. 310.

⁶⁰⁸ Leila Cuéllar também distingue os conceitos de usuário (utente do serviço público), de cidadão (titular de direitos políticos) e de consumidor (“toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, cf. art. 2º, CDC). *Op. cit.*, p. 141. Seguindo esta mesma linha de entendimento, Alexandre Mazza esclarece que o termo *consumidor* possui uma definição legal no art. 2º da Lei nº 8.078/90 e que o vocábulo *usuário* significa “todo aquele que se beneficia pessoal e individualmente da prestação de um dado serviço público”. In: MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. Coleção: Temas de Direito Administrativo n. 13. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 198.

⁶⁰⁹ *Op. cit.*, p. 23.

aplicação de modelos tarifários que encobrem verdadeiros “tributos ocultos ou disfarçados”, o que contribui ainda mais para o panorama desalentador em matéria de serviços públicos brasileiros.

Análise interessante sobre tributação e democracia tece Ronaldo Marton. Ao ressentir-se da plena efetividade de alguns princípios que informam a democracia e se correlacionam com os princípios constitucionais tributários (isonomia, capacidade contributiva, anterioridade tributária, vedação ao confisco), acentua que a “democracia representativa inibe a plena cidadania tributária”, pois “as decisões sobre política tributária permanecem reservadas aos representantes”.⁶¹⁰

Para Diogo Leite de Campos, é necessário assumir em todos os planos o Estado-de-Direito-democrático-dos-cidadãos. Os valores da justiça, da certeza e da segurança jurídica, para o autor, devem ser subjacentes à cidadania, razão pela qual a “cidadania fiscal estará obtida sempre que a criação e a aplicação das normas fiscais sejam feitas *pelo povo*, tenham como autores, sujeitos ativos, os cidadãos/contribuintes”.⁶¹¹

Em suma, não há dúvidas da necessidade de maior participação do cidadão brasileiro na tomada de consciência fiscal para o amadurecimento não apenas de seu *status* na sociedade, mas para o próprio aperfeiçoamento da democracia. A insatisfação da população em relação aos serviços públicos no Brasil deve sair do senso comum e descer a concretização de instrumentos de transparência fiscal, de modo a desvelar os reais custos na prestação dos serviços públicos.

5.4 Tributação justa dos serviços públicos e dignidade humana: a busca da tributação ideal

É preciso pensar o sistema tributário e a tributação de maneira concreta e eficaz, ou seja, no âmbito da realidade brasileira. Para tanto, é possível aplicar e

⁶¹⁰ MARTON, Ronaldo. O cidadão e a política tributária na “democracia representativa”. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Ano 12, n. 70, p. 91, jul./ago. 2014.

⁶¹¹ CAMPOS, Diogo Leite de. A cidadania tributária: de sujeito passivo a sujeito ativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Orgs.). **Direito Tributário & Direitos Fundamentais: limitações ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 83.

desenvolver uma tributação justa como o que já está previsto constitucionalmente (competências tributárias) e, também, legalmente (os tributos legalmente criados).

Não se pode olvidar que o exercício da competência tributária é uma faculdade dos entes políticos, dada a própria autonomia na Federação, mas esta faculdade deve ser ponderada com o dever de uma gestão pública responsável. A verdadeira autonomia de um ente público passa pela questão financeira e esta, por conseguinte, deve ser alcançada com suporte numa gestão fiscal responsável, alcançável mediante a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional dos entes da Federação⁶¹².

Por outro lado, qualquer pessoa física ou jurídica que pratique condutas que se encaixem nos contornos delineados em hipóteses de incidência normativas deverá ser tributada, nos estritos limites da legalidade. Impensável no atual momento do Estado Brasileiro, contudo, é pretender desenvolver um sistema tributário simplificado, prático e livre de embates tão infensos entre o contribuinte e o Fisco. À medida em que avoluma a máquina estatal, cresce exponencialmente a necessidade de mais recursos financeiros para sustentá-la e, com a atual feição fiscal do Estado Brasileiro, a saída para o aumento desses recursos é pela elevação da carga tributária.

Qual Estado, porém, realmente se deseja? Verifica-se, ao mesmo tempo, os cidadãos brasileiros reclamando da elevada carga tributária paga no País e, contraditoriamente, clamando por mais direitos sociais e melhores serviços públicos. Afora o inegável e grande desperdício nos gastos públicos e na má utilização, gestão e fiscalização no trato da coisa pública, é preciso ponderar o tamanho do Estado desejado pela sociedade brasileira e o efetivo e real custo para sua manutenção.

A real e concreta efetivação de um Estado Democrático de Direito se perfaz mediante a concretização dos direitos fundamentais do cidadão, mormente por uma democracia participativa, como alude Paulo Bonavides, traduzindo a carga principiológica deste Estado Democrático em verdadeira efetividade “em seu mais alto

⁶¹² Vide art. 11 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, *verbis*: “Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação”.

grau de realização e legitimidade”⁶¹³. Os cidadãos não podem mais ficar de fora das discussões atinentes aos temas mais relevantes para a Nação. Felizmente, se nota maior consciência da sociedade brasileira no que tange aos tributos. Impende, neste momento, que a atividade legiferante tome ciência e se ponha a par dos anseios da população e a represente de maneira mais adequada.⁶¹⁴

Destarte, os cidadãos-contribuintes têm direito fundamental a uma justa tributação – esta pautada, por um lado, pelo mínimo existencial (conforme art. 1º, III, 3º, I, III e IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 145, §1º, CF/88) e, por outro, pelo princípio do não confisco (art. 150, IV, CF/88)⁶¹⁵ – devendo o Poder Público respeitar os demais direitos fundamentais das pessoas, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Tal princípio, vale ressaltar, não está amarrado num dispositivo constitucional apenas, pois é um princípio vivo, dinâmico, que protege o cidadão contra os excessos do Estado na defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Sobre o princípio da proporcionalidade, Paulo Bonavides assevera:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito.⁶¹⁶

Percebe-se, pois, que o princípio da proporcionalidade pode e deve ser aplicado em matéria tributária, notadamente por intermédio de seus corolários: os princípios da igualdade, da legalidade, da capacidade contributiva, do não confisco, dentre outros. Quando o legislador atropela o princípio da proporcionalidade, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. Portanto, a preservação de tal princípio consiste na preservação de todo o sistema jurídico.

⁶¹³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

⁶¹⁴ Tem-se, como exemplo, a não prorrogação da CPMF em dezembro de 2007, tributo este que fora extirpado do ordenamento jurídico brasileiro e que fora reprochado por grande parte da população. Vale ressaltar, entretanto, que a sua não aprovação não se deu exatamente por estes motivos, mas por falta de acordo na repartição de suas receitas, que fora previamente formado pela oposição a fim de impor uma derrota política ao Governo Lula.

⁶¹⁵ Sobre confisco e mínimo existencial, vide MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Confisco, mínimo existencial e isonomia. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (organizadores). **Direito Tributário & Direitos Fundamentais: limitações ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 119.

⁶¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 434.

Reaproximando o Direito Financeiro e o Direito Tributário, José Marcos Domingues defende o trato equitativo dos recursos públicos pelo ângulo da tributação, baseado no princípio da capacidade contributiva, especialmente considerando o aspecto distributivo de tais recursos. Assim, o Jurista fluminense assevera que “a tributação completa sua conformação com o processo financeiro justo na medida em que serve a propósitos de desenvolvimento socioeconômico, através da progressividade e da seletividade extrafiscais como instrumentos de implementação de políticas públicas”.⁶¹⁷

Por outro lado, a justiça na tributação pode ser vista sob o ponto de vista da atuação estatal em prol do cidadão. Noutros termos, quanto mais adequada é a atuação do Estado na proteção e na garantia dos interesses da coletividade, bem como na qualidade e eficiência da prestação de serviços públicos aos cidadãos, mais justa é a tributação, independentemente de sua carga efetiva ou real.

Com base no interesse público, Marçal Justen Filho defende a cobrança de tarifas justas, não se olvidando da dificuldade em seu estabelecimento, mas ressalta a importância para a qualidade dos serviços públicos. E adiciona: “Coloca-se em risco a dignidade das pessoas que, no futuro, não terão possibilidade de fruir de serviços públicos adequados e satisfatórios”.⁶¹⁸

A título exemplificativo, na tributação do setor de energia elétrica⁶¹⁹, Fábio Amorim compara a carga tributária brasileira com a de outros países, como Portugal, Grécia e Austrália. Nestes, a tributação sobre a prestação do serviço de energia elétrica era inferior a 10%, enquanto no Brasil a carga tributária do setor elétrico – cujo faturamento chegou a R\$121.700.000.000,00 (cento e vinte e um bilhões e setecentos milhões de reais) naquele ano – gravitava em torno de 46%.⁶²⁰ Na comparação entre os serviços públicos dos citados países, bem como no cotejo de suas respectivas cargas

⁶¹⁷ DOMINGUES, José Marcos. A propósito do conceito de tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 228, p. 110, set. 2014.

⁶¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 69.

⁶¹⁹ Eduardo Müller também aponta, especificamente no quadro institucional do setor elétrico, para uma das maiores cargas tributárias setoriais do mundo cobrada sobre uma receita bilionária. MONTEIRO, Eduardo Müller. **Uso político do setor elétrico**: uma metodologia de análise baseada na teoria dos grupos de pressão. Rio de Janeiro: Synergia; São Paulo: FAPESP, 2010, p. 3.

⁶²⁰ ROCHA, Fábio Amorim da. *Op. cit.*, p. 105.

tributárias incidentes sobre esses serviços públicos, a injustiça fiscal aflora de modo indubitável.

Ainda no setor elétrico, Marlisson Marcelo da Cruz Santos defende a inconstitucionalidade da Taxa de Fiscalização do Setor de Energia Elétrica – TFSEE, cobrada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com base na Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996⁶²¹, tendo em vista a imunidade tributária sobre as operações relativas à energia elétrica constante do §3º do artigo 155 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001 (que substituiu a expressão “nenhum outro tributo” por “nenhum outro imposto”). Argumenta, ainda, que a base de cálculo da referida taxa consiste no benefício econômico auferido na atividade pelas empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço público de energia elétrica, havendo uma dissonância daquela em relação a hipótese de incidência de uma taxa incidente sobre o poder de polícia prestado no âmbito das operações de energia elétrica (custo da fiscalização).⁶²²

Em interessante estudo sobre a carga tributária na América Latina e qualidade de suas instituições, André Felipe Canuto Coelho traça um paralelo entre a governança, a qualidade da regulação e a tributação. Ele defende o argumento de que o tratamento

⁶²¹ A Lei Federal 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. Os artigos 12 e 13 desta Lei tratam da Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica: “Art. 12. É instituída a Taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica, que será anual, diferenciada em função da modalidade e proporcional ao porte do serviço concedido, permitido ou autorizado, aí incluída produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia.

§1º. A taxa de fiscalização, equivalente a 0,4% (quatro décimos por cento) do valor do benefício econômico anual auferido pelo concessionário, permissionário ou autorizado, será determinada pelas seguintes fórmulas: (...)

§2º. Para determinação do valor do benefício econômico a que se refere o parágrafo anterior, considerar-se-á a tarifa fixada no respectivo contrato de concessão ou no ato de outorga da concessão, permissão ou autorização, quando se tratar de serviço público, ou no contrato de venda de energia, quando se tratar de produção independente.

§3º. No caso de exploração para uso exclusivo, o benefício econômico será calculado com base na estipulação de um valor típico para a unidade de energia elétrica gerada.

Art. 13. A taxa anual de fiscalização será devida pelos concessionários, permissionários e autorizados a partir de 1º de janeiro de 1997, devendo ser recolhida diretamente à ANEEL, em duodécimos, na forma em que dispuser o regulamento desta Lei.”

⁶²² SANTOS, Marlisson Marcel da Cruz. A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização da ANEEL. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 13, n. 78, p. 231-232 e 246-249, nov./dez. 2015.

justo dos contribuintes influencia na sua disposição de pagar tributos e tal situação ocorre quando existe uma boa governança – no sentido de instituições apropriadas:

Os contribuintes estão mais inclinados a obedecer à lei se a troca entre os tributos pagos e os serviços proporcionados pelo governo são equitativos. Então ações positivas por parte do governo tenderiam a proporcionar atitudes positivas e maior compromisso para com o sistema tributário e com o pagamento de tributos, incentivando um comportamento que visaria ao cumprimento das obrigações tributárias.

Se os contribuintes estão cientes da carga tributária e da maneira pela qual o governo usa esses recursos, isso poderia indicar que a relação entre os tributos pagos e sua contrapartida não está em equilíbrio. A *tax compliance* de um indivíduo poderia então ser influenciada pela relação entre os benefícios recebidos pelo governo na forma de bens públicos e o preço por eles pagos. Os indivíduos podem sentir-se enganados se os tributos não são gastos de forma adequada. Os custos morais de evasão fiscal diminuem e a *tax morale* fica comprometida.⁶²³

Não há dúvidas, portanto, de que a carga tributária está diretamente vinculada à Administração Pública Fazendária, à gestão dos recursos públicos, à qualidade dos serviços públicos prestados e ao efetivo custos na manutenção destes serviços. O equilíbrio nessa relação entre contribuinte e Poder Público é essencial para se garantir boa governança e uma moral tributária.

Aliás, acerca da moral tributária dos contribuintes e do Estado, Klaus Tipke assevera que esta não decorre da tradição de um povo, mas das leis tributárias e da Constituição, baseadas em princípios éticos que há nos direitos fundamentais⁶²⁴. O Jurista alemão defende a ideia de que uma incorreta moral tributária do Estado não pode justificar uma incorreta moral tributária do contribuinte, pois a maioria dos cidadãos age com respeito às leis, sem condicionar suas atitudes e sua moral à reciprocidade por parte do Estado.⁶²⁵

Como, porém, se elabora um sistema jurídico justo? Quais as características de um sistema tributário justo, de modo a se alcançar uma tributação equitativa? Partindo-

⁶²³ André Felipe Canuto Coelho define *tax compliance* como o cumprimento das obrigações tributárias; já a *tax morale* é a “motivação intrínseca para pagar tributos”. In: Carga tributária na América Latina e a qualidade de suas instituições. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 22, jan./mar. 2013.

⁶²⁴ TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes (Bestuerungsmoral und Steuermoral)**. Traducción, presentación y notas a cargo de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 89-90.

⁶²⁵ TIPKE, Klaus. *Op. cit.*, p. 121.

se de um Estado de Direito calcado em valores dos direitos fundamentais, Klaus Tipke conclui:

Como todo sistema jurídico justo, también el sistema tributario es una construcción mental fundada en principios adecuados a la realidad, coherentes y llevados hasta sus últimas consecuencias. Esta construcción no puede elevarse en el vacío; tiene un fundamento empírico referido a la realidad y deriva de un principio ético fundamental (eventualmente de varios principios). Del principio fundamental deben deducirse subprincipios y, en último término, preceptos concretos. Así se constituye un sistema jurídico. Tal sistema contribuye esencialmente a dotar al derecho de una perspectiva de conjunto, a simplificarlo y a hacerlo inteligible.⁶²⁶

Portanto, a realidade de cada país deverá ser o ponto de partida para se desenhar um sistema tributário justo, desde que fundamentado em princípios éticos, voltados à consecução dos interesses públicos e do bem comum. O principal elemento para que este sistema não se esgote nem se avolume é ser constituído de modo simples e inteligível. Em suma, a tributação justa advém da simplicidade e da equidade.

Sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, não se fala em tributação justa ou ideal, mas de tributo “ótimo”. A tributação ótima é aquela que enseja receitas para o Estado e, ao mesmo tempo, influencia minimamente comportamentos dos produtores e consumidores no mercado, ou seja, sem distorcer muito o sistema de preços do mercado.

Neste azo, sobram interessantes as ponderações de Cristiano Carvalho sobre os requisitos para a configuração do tributo “ótimo”: a) base grande de contribuintes; b) regras simples e objetivas; c) incidência sobre produtos e serviços de demanda inelástica; d) ser justo (não violar a isonomia); e) baixo custo administrativo.⁶²⁷ O ponto ótimo de arrecadação tributária foi demonstrado pelo economista estadunidense Arthur Laffer, em sua famosa teoria da Curva de Laffer, segundo a qual, em certas situações, quanto maior a alíquota de um tributo, maior será o seu inadimplemento. O ponto de interseção da arrecadação com a alíquota seria o tributo ótimo.⁶²⁸

Seja sob o ângulo da Análise Econômica do Direito, ou sob o prisma da Teoria dos Direitos Fundamentais, percebe-se o valor isonomia ser um fator essencial para se determinar um tributo “ótimo” ou justo. Isto porque, em ambos os casos, a isonomia é um

⁶²⁶ TIPKE, Klaus. *Op. cit.*, p. 31.

⁶²⁷ CARVALHO, Cristiano. *Op. cit.*, p. 254.

⁶²⁸ CARVALHO, Cristiano. *Op. cit.*, p. 254.

princípio inerente ao valor justiça. Nesta mesma linha de pensamento, Hugo de Brito Machado leciona que “a lei não isonômica é sempre uma lei *injusta*; lei que não se pode admitir porque a ideia de justiça, que em certo sentido se confunde com a ideia de igualdade, está na essência do Direito”.⁶²⁹

Delineado o conceito de tributação justa, baseado num sistema tributário justo e calcado nos valores da moral tributária e da isonomia, necessário se faz trabalhar o conceito de dignidade. O que significa dignidade? O que faz uma pessoa digna ou não? A dignidade é algo a ser caracterizado individualmente ou em relação aos outros e à sociedade? Qual a relação da dignidade da pessoa com o Estado ou o Poder Público?

Etimologicamente, o termo “dignidade” provém do latim *dignus* – aquele que merece estima e honra, aquele que é importante. É “a qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza”⁶³⁰.

Partindo da premissa da interpretação como construção de sentido para a juridicidade, Eduardo Bittar julga a “dignidade humana” como uma expressão aberta, uma *topoi* ou lugar-comum do discurso normativo, pois representa “uma assunção de imprecisão feita pelo legislador com o fito de permitir a adaptação do texto normativo a momentos sociais e a peculiaridades de casos concretos”.⁶³¹

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade humana pode ser utilizada em três aspectos: a) como *diretriz*, na medida em que o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros sujeitos iguais a ele, assegurando assim o humanismo; b) como *valor*, pois intrínseco às pessoas humanas; c) como *princípio*, por alcançar todos os setores da ordem jurídica, é o único princípio capaz de conferir a unidade axiológica e lógica sistemática, necessárias à reconstituição do sistema jurídico.⁶³²

Antes mesmo do sentido jurídico, a dignidade deve ser vista como um conceito filosófico-político que se perfez ao longo da História. Assim, não cabe ao

⁶²⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85.

⁶³⁰ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040.

⁶³¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica: Semiótica, Discurso e Direito**. 6 ed. rev., atual. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159.

⁶³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 118-119.

ordenamento jurídico conceituar a dignidade, determinar seu conteúdo ou suas características. Quaisquer destas tentativas serão de balde, na medida em que cairão no equívoco de restringi-la, de aprisioná-la, vedando, assim, a própria essência da dignidade e a dinâmica que a envolve com as pessoas. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes delimita a expressão jurídica da dignidade humana:

Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. Tampouco são as Constituições que a definem. O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos.⁶³³

Com sua redescoberta pelo humanismo, a dignidade humana foi recepcionada nas Declarações de Direito do Homem e nas declarações de direitos fundamentais constitucionalizadas nos mais diversos países, e, dado sua precedência lógica e ética, é tida como princípio supraconstitucional ou megaprincípio do Direito; em suma, é fundamento da própria civilização.⁶³⁴

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III). Não apenas nesta, mas também em outras passagens da Lei Maior, a expressão é utilizada como uma diretriz, um valor ou um princípio. A ordem econômica tem como uma de suas finalidades assegurar a todos existência digna, conforme disposto no *caput* do artigo 170 da *Lex Magna*.

Aliás, numa crítica à panjusfundamentalização (alargamento e complexidade dos direitos fundamentais rumo ao infinito) e sua conseqüente banalização na sociedade atual, José Casalta Nabais assevera ser imperioso definir com rigor os critérios para caracterizar a fundamentalidade dos direitos. Com efeito, a ideia dos direitos fundamentais deve estar ligada à salvaguarda da dignidade humana, mas não em seu

⁶³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

⁶³⁴ Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2014, p. 83.

sentido tradicional (“consciência geral” da comunidade), e sim vinculada à satisfação de necessidades humanas vitais.⁶³⁵ Em síntese, o Jurista português conclui ser necessária a “recondução dos direitos fundamentais a ‘bens jurídicos’ constitucionalmente essenciais e efetivamente essenciais à dignidade da pessoa humana”.⁶³⁶

Destarte, pode-se inferir que a garantia da dignidade da pessoa humana é um dos objetivos do Estado Regulador, como bem assevera Leonardo Vizeu Figueiredo: “busca-se com este modelo um retorno comedido aos ideais do liberalismo, sem, contudo, abandonar a necessidade de sociabilidade dos bens essenciais, a fim de se garantir a dignidade da pessoa humana.”⁶³⁷ Ademais, complementa o autor, a existência digna consiste num dos preceitos fundamentais da ordem econômica na Constituição Federal:

O fundamento da existência digna traduz-se no fato do Estado direcionar, ao menos em tese, a atividade econômica para a erradicação da pobreza, acabando com as desigualdades e injustiças sociais. Para tanto, deve aplicar políticas que efetivem uma justa distribuição de rendas (justiça distributiva), fazendo com que as classes menos favorecidas e marginalizadas tenham acesso ao mínimo existencial em todos os setores da sociedade.⁶³⁸

Fernão Justen de Oliveira corrobora este entendimento sobre o atual papel do Estado Brasileiro na cena econômica, identificando um movimento histórico cíclico, no qual se abandona a função de garantir a estabilidade da justiça comutativa e passa-se a retomar o papel protagonista na atividade econômica, buscando-se a realização das atividades, voltando-se à ideia de uma justiça distributiva⁶³⁹.

Em interessante investigação sobre o raciocínio econômico e o pensamento jurídico, José Reinaldo de Lima Lopes identifica quatro enfoques⁶⁴⁰, dos quais é útil para o presente trabalho apenas o da *eficiência*. No campo da Economia, o critério da eficiência ou do custo é crucial para se realizar as avaliações e os raciocínios econômicos, enquanto,

⁶³⁵ NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 88, abr./jun. 2008.

⁶³⁶ NABAIS, José Casalta. *Op. cit.*, p. 95.

⁶³⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. cit.*, p. 44.

⁶³⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. cit.*, p. 60.

⁶³⁹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico** (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 35.

⁶⁴⁰ Os outros enfoques desse raciocínio são: do resultado, da autoridade e da temporalidade. LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 142, out./dez. 2004.

no terreno jurídico, a *legalidade* é ainda o grande critério a ser utilizado. É justamente neste ponto a diferença crucial entre o raciocínio jurídico e o econômico:

Nestes termos, regras de direito funcionam realmente como limites e obstáculos à extensão universal da racionalidade de meios e fins a todos os objetos de interesse da vida. Isto é especialmente visível em casos-limite, o mais exemplar deles sendo a própria vida humana. Cada sujeito humano é infungível, insubstituível do ponto de vista moral. Esta é, aliás, a diferença que Kant encontra entre o preço e a dignidade. O preço é o valor das coisas que se trocam, a dignidade é o valor das coisas que não se trocam. Há no direito tanto regras a respeito dos preços quanto da dignidade. Conforme o caso o direito (o sistema normativo) determina possibilidades diferentes. Se tudo puder converter-se em preço, desaparece a noção de direito fundamental. Mas se, ao contrário, tudo for considerado parte dos direitos fundamentais, ou da dignidade, processos de redistribuição e reforma social não serão possíveis.⁶⁴¹

Calcado na ideia de vetor de interpretação e de atuação estatal, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo defende a ideia de que o princípio da eficiência possui íntima relação com o Estado do Bem-Estar Social. Por isso, o legislador deve levar em consideração as inúmeras prestações positivas previstas constitucionalmente, de modo a otimizar a garantia dos direitos fundamentais. Outrossim, a insuficiência do princípio da legalidade e das medidas clássicas que assegurem a economia de recursos públicos devem sobrepujar uma atuação sistemática da Administração Pública na busca do daqueles direitos, com um ordenamento jurídico e uma sociedade complexa⁶⁴².

Pode-se inferir, portanto, o fato de que um dos grandes confrontos entre a Economia e o Direito é a utilização dos critérios inerentes aos campos de incidência de cada um dos sistemas. Enquanto no sistema econômico é o critério da eficiência, esta é alcançada por via do preço ótimo, ou seja, se utiliza o parâmetro do custo-benefício para se atingir o equilíbrio ideal entre as utilidades e seus custos. Já no sistema jurídico, com base exatamente na legalidade, mormente nos Estados de Direito Democráticos que atribuem direitos fundamentais aos seus cidadãos, toda a racionalidade do ordenamento jurídico está fundamentada, em última análise, na garantia da dignidade da pessoa humana.

Na Constituição Federal de 1988, a dicotomia entre o sistema jurídico e o sistema econômico está refletida no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira,

⁶⁴¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 142.

⁶⁴² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 79-80.

notadamente no Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica. A dicotomia do legislador constituinte ocorre quando ele faz alusão ao *mercado* – tanto na valorização da livre iniciativa (art. 170, *caput*) como no princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV) – cujo parâmetro é o da *eficiência*; ao mesmo tempo, a Carta Magna assegura o *princípio da dignidade humana*, quando alude à existência digna (art. 170, *caput*) e aos ditames da *justiça social* (art. 170, *caput*).

Como resolver, então, esta dicotomia constitucional entre os sistemas econômico e jurídico? Os campos de incidência da Economia e do Direito são inconfundíveis e intangíveis? É possível uma integração positiva entre os dois sistemas? Às três perguntas é possível responder positivamente, baseando-se na legitimação jurídica da eficiência econômica.

Tendo em vista que uma das premissas deste trabalho é a defesa da administração de resultados e do Estado Regulador, cumpre exprimir, preliminarmente, a ideia de que a defesa da legalidade não precisa se apartar da busca pela eficiência. Noutros termos, o campo de incidência da Economia não precisa ficar, necessariamente, apartado do campo da incidência jurídica, devendo-se abandonar as correntes doutrinárias puramente positivistas.

A defesa pela tangibilidade entre os sistemas (econômico e jurídico) pode ser feita com base no próprio texto constitucional. A eficiência restou alçada ao posto de princípio constitucional da Administração Pública, conforme disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Não se pode olvidar que o princípio da eficiência alocado no Capítulo VII – Da Administração Pública não é uma regra dirigida ao Poder Público, pois não se constitui em finalidade a ser por ele alcançada. Em verdade, é o princípio da eficiência um instrumento para a consecução das atividades da Administração, cuja finalidade maior é o interesse público.

Aprofundando estas ideias, é necessário diferenciar a eficiência da Administração Pública (como princípio jurídico-constitucional) da eficiência econômica como parâmetro do sistema econômico. Neste sentido, são interessantes as ponderações de Fernão Justen de Oliveira:

De todo modo, o deslocamento do critério econômico de eficiência para o patamar de princípio jurídico estabelece uma perplexidade adicional. Embora

sua derivação seja claramente atribuível a um postulado da atividade empresarial, a eficiência como categoria jurídica imanente à Administração Pública precisa ter aplicação como norma de direito público. Por isso, não se há de avaliar o princípio constitucional da eficiência conforme a ótica empresarial, do consumidor ou do cliente, mas sim pela sua utilidade para o Estado, o cidadão e o usuário do serviço público. Não será interpretável conforme os cânones das relações privadas de direito, que reduzem a idéia de eficiência a postulados de quantidade e qualidade, de oferta e demanda.

Em relação à ordem econômica, o princípio constitucional da eficiência se revela na prestação do serviço público adequado e organizado racionalmente. Vincula-se à regra hermenêutica pela qual toda conduta da Administração deve ter em mira a promoção de direitos fundamentais, mas com o adendo que qualifica o êxito como efeito da eficiência: significa a imposição de dever para a Administração de produzir o melhor resultado concretamente apreciável para o cidadão pelo menor custo possível para os cofres públicos.⁶⁴³

A despeito das diferenças conceituais em torno do parâmetro da *eficiência*, no âmbito constitucional dos serviços públicos, vislumbra-se o entrelaçamento dos campos de incidência da Economia e o Direito. Se, na ótica empresarial, se busca a eficiência como relação custo-benefício⁶⁴⁴ e preço ótimo, no âmbito do ordenamento jurídico, a Administração Pública deve pautar suas atividades com eficiência, à procura da prestação de serviços públicos de qualidade e a promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente ao garantir a dignidade dos usuários dos mencionados serviços. Eis justamente neste ponto crucial a importância da regulação, como atividade a ser desempenhada por entidade autônoma e independente, dotada dos necessários conhecimentos e atributos a aproximar e tangenciar, na justa medida, os sistemas econômico e jurídico.

Por outro lado, a tributação ideal dos serviços públicos regulados será alcançada quando encontrado o *equilíbrio* entre contribuinte e Fazenda Pública, garantindo-se um sistema tributário justo e eficiente, e a *equivalência* entre os sistemas econômico (livre mercado e livre iniciativa) e o jurídico (dignidade humana e justiça social). O binômio equilíbrio-equivalência deve ser encontrado, portanto, conjuntamente na análise entre os sistemas do Direito e da Economia.

⁶⁴³ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁴⁴ A análise de custo-benefício é considerada, às vezes, um obstáculo às atividades econômicas reguladas, caso se torne excessivamente injustificável e custosa. Nesse sentido, Cass Sunstein explica que a quantificação dos benefícios é um palpite e análise completa dos custos é impossível de ser mensurada. *In: The cost-benefit state: the future of regulatory protection*. Chicago: ABA, 2002, p. 20-21.

5.5 A demanda social por políticas públicas: a regulação como novo instrumento indutor

Políticas públicas são ações governamentais desenhadas e constituídas com o objetivo de atender a determinados interesses públicos, cujas medidas são definidas por meio de normas e atos jurídicos. Noção de boa comparência nas Ciências Sociais, as políticas públicas auferem força no Direito, desde movimentos de transformação não somente da realidade jurídica (plano normativo) como da Ciência do Direito (plano científico).

Para Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, o sucesso das políticas públicas depende do Direito, tanto no plano normativo como no fático. Segundo esses autores, a “discussão das políticas públicas tem de necessariamente levar em conta três importantes vetores: o valor do Direito; o modo pelo qual o Direito é construído; e os perigos que decorrem do modo de ser do Direito”.⁶⁴⁵ Destarte, preliminarmente, faz-se necessário analisar a inserção das políticas públicas no plano constitucional.

Após a inauguração da ordem constitucional vigente, desenhou-se um panorama de constitucionalização das políticas públicas, razão pela qual se pode asseverar que elas se tornaram uma categoria jurídica e objeto do Direito Constitucional e do Direito Administrativo⁶⁴⁶. A mudança de regime político – da ditadura para a democracia – certamente influenciou bastante no desenho de um texto constitucional repleto de normas com fortes características de políticas governamentais, o que também refletiu no *modus operandi* do sistema político brasileiro.

A título ilustrativo, é possível inferir diversos dispositivos constitucionais indicativos de políticas públicas preconizados pelo legislador constituinte e direcionadas aos gestores públicos, a saber: a) moradia (art. 5º, XXII, XXIII e XXVI; art. 6º, *caput*; art. 21, XX; art. 23, IX; arts. 182 a 186); b) educação (art. 6º, *caput*; art. 22, XXIV; art. 23, XII; art. 24, IX; art. 30, VI; arts. 205 a 214); c) saúde (art. 6º, *caput*; art. 23, II; art.

⁶⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 47.

⁶⁴⁶ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 217.

30, VII; arts. 196 a 200); d) alimentação (art. 6º, *caput*; art. 23, VIII); e) trabalho (art. 5º, XIII; art. 6º, *caput*; art. 7º, *caput*; art. 21, XXIV; art. 22, XVI); f) transporte (art. 6º, *caput*; art. 21, IX, XII, *c, d, e, f*, e XX; art. 22, IX, X e XI; art. 30, V); g) lazer (art. 6º, *caput*; art. 23, IV); h) segurança (art. 5º, *caput* e XXXV a XLIX; 6º, *caput*; art. 21, XIII, XIV e XXII); i) previdência social (art. 6º, *caput*; arts. 201 e 202), dentre outros.

Tratando as políticas públicas como categorias jurídicas que representam algum objetivo no Estado Constitucional contemporâneo, Thiago Lima Breus distingue as políticas públicas voltadas para a realização de Direitos Fundamentais (saúde, educação e lazer) das políticas públicas desenvolvimentistas (fomento industrial, energia e transportes), ressaltando que estas também possibilitam um aumento no nível e na qualidade de vida da população⁶⁴⁷.

Em interessante análise das fases políticas da Constituição de 1988, André Rosilho denomina o terceiro ato da histórica política constitucional brasileira como “Constituição em reforma”.⁶⁴⁸ Ante as peculiaridades da Constituição Federal vigente, aponta ser um dos óbices à implementação das políticas públicas seu engessamento no plano constitucional. Tais políticas são dotadas de alto grau de complexidade e, uma vez postas no texto constitucional, restringem os limites para as tomadas de decisões pelo Legislativo e pelo Executivo.

No que tange aos serviços públicos, cabe aqui estudar como são desenhadas as políticas públicas para esses serviços, qual o grau de proteção constitucional e, também, legal e qual a efetividade dessas políticas públicas em prol dos cidadãos. Ao fim, vale perquirir o papel das agências reguladoras em relação às políticas públicas voltadas aos serviços públicos.

No Brasil, as políticas públicas são delineadas, via de regra, com supedâneo em programas de governo e não em políticas de Estado. Quando vinculadas a programas de governo, as políticas públicas são temporárias, eleitoreiras, de duvidosa qualidade e de efetividade difícil. Ao contrário, quando as políticas públicas estão alinhadas às políticas

⁶⁴⁷ BREUS, Thiago Lima. *Op. cit.*, p. 219.

⁶⁴⁸ Cf. Rosilho, 2014, p. 32-33. No Governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), promoveu-se uma agenda política bastante nítida, cujo objetivo principal era a reforma do Estado Brasileiro.

de Estado, independentemente do governante de plantão, elas tendem a ser perenes, institucionais, de maior robustez, qualidade e efetividade.

Outrossim, no plano da proteção jurídica dessas políticas públicas, a despeito das já apontadas diretrizes constitucionais de cada uma dessas, o marco legal dessas políticas públicas, notadamente àquelas relativas aos serviços públicos, tende a ser vinculado aos programas de governo com todas as vicissitudes anteriormente citadas. Assim, verificam-se, na prática, alterações frequentes nos regimes jurídicos dos serviços públicos justamente em decorrência das constantes mudanças de políticas públicas a eles relativas.

Partindo da premissa de que o substrato material dos serviços públicos se configura por via de políticas públicas, Vinícius Marques de Carvalho traz uma reflexão interessante sobre o tema, acentuando que os regimes jurídicos das políticas públicas são “os responsáveis por criar as condições institucionais que retirem as atividades consideradas serviços públicos da esfera da integração por meio da troca e transfiram-nas para a da redistribuição”.⁶⁴⁹ Noutros termos, a falta de políticas públicas – em matéria de regulamentação jurídica – sobre determinada atividade vai relegá-la à livre iniciativa do mercado.

Nesta relação entre as políticas públicas e o Direito, percebe-se que as medidas, os métodos e as estruturações das políticas públicas são organizados pelo Direito, que, portanto, também estabelece os controles jurídicos daquelas ações governamentais. Desta feita, no âmbito dos serviços públicos, é possível concluir que o planejamento de políticas públicas a eles relacionados também envolve certas medidas, métodos e controles a serem estruturados e desenhados, nestes casos específicos, pela Administração Pública, normatizadas pela respectiva Casa Legislativa e fiscalizadas pelas agências reguladoras de serviços públicos.

Por este motivo, Marcos Juruena Villela Souto defende o planejamento como instrumento de controle objetivo de eficiência na execução de políticas públicas, precisamente a *eficiência pela subsidiariedade*. Tendo em vista a escassez de recursos, o Estado deve atuar onde a sociedade não consegue prover adequadamente os bens e

⁶⁴⁹ CARVALHO, Vinícius Marques de. *Op. cit.*, p. 29-30.

serviços. No processo democrático, para Marcos Juruena, a legitimidade das escolhas para a concretização dos direitos fundamentais se dá pela conciliação entre o sistema eleitoral (propostas dos representantes eleitos pela sociedade), o sistema econômico (desenvolvimento de atividade econômica) e o sistema financeiro (elaboração das leis orçamentárias).⁶⁵⁰

Fernão Justen de Oliveira, baseado na ideia de que o direito ao desenvolvimento suplanta paulatinamente a justiça distributiva promovida pelo Estado, aproxima esse direito fundamental (art. 3º, inciso II; art. 5º, §2º, CF/88, em conformidade com o art. 2.1 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas) ao campo da Economia:

O desenvolvimento que atribui conteúdo a essa categoria tem conexão imediata com a dimensão da economia. Não restritivamente à da economia, contudo. A superveniência do desenvolvimento não se verifica considerando isoladamente o incremento do volume de recursos financeiros que ingressam e se mantêm em determinada região. Nem se restringe à potencialidade das transações econômicas, inclusive pela exploração dos recursos naturais, que permanecem latentes sob o controle de certo Estado. Vale dizer: o postulado do desenvolvimento não estará satisfeito tão-somente pelo acréscimo quantitativo da produção e circulação econômica. Essa universalidade material, abstratamente considerada, será insuficiente para cumprir a exigência jurídica do desenvolvimento. Será preciso apurar a extensão e o efeito da redistribuição de riquezas no seio da sociedade não sob parâmetros fundamentalmente econômicos, mas sim em moldes compatíveis com a satisfação das necessidades fundamentais de seus integrantes – o que se faz inclusive por intermédio da prestação de serviços públicos de modo universal, contínuo, isonômico, transparente, eficiente e por preço módico.

Em outras palavras, o serviço público coloca-se dentre as atividades instrumentais concretas de natureza econômica (como a exploração de atividade econômica, a atividade regulatória e de fomento) pelas quais o Estado realiza os valores humanos fundamentais. O desenvolvimento econômico se conecta à satisfação desses valores fundamentais através da implementação de *políticas públicas* pelo Estado, cuja concepção, planejamento e aplicação subsumem-se ao regime consagrado explicitamente no art. 170 da Constituição. Nesse passo, as políticas públicas estão subordinadas a limites e ao controle inclusive judicial, à parte do controle político e daquele promovido pelo Ministério Público e por Cortes de Contas. O direito ao desenvolvimento adquire por intermédio do controle judicial e extrajudicial das políticas públicas o alcance de direito subjetivo, apto a ser invocado em juízo pelo cidadão.⁶⁵¹

Juarez Freitas entende não ser papel das agências reguladoras a formulação de políticas públicas nos respectivos setores regulados, mas tão-somente a função de

⁶⁵⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 154, jan./mar. 2007.

⁶⁵¹ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Op. cit.*, p. 35-36.

implementá-las com imparcialidade, eficiência e eficácia.⁶⁵² Na regulação estatal contemporânea, no entanto, para esse autor, tem o papel de viabilizar as medidas estruturais indispensáveis ao desenvolvimento continuado, tendo em vista problemas e impasses relacionados ao imediatismo da política convencional, a falta de sinergia entre os reguladores, o imprevisto voluntarista na implementação de políticas públicas e a cooptação patrocinada por grupos de interesse⁶⁵³. E arremata afirmando que a boa avaliação regulatória se concretiza efetivamente com a tutela eficiente e eficaz dos direitos fundamentais dos usuários dos serviços públicos e dos agentes das atividades econômicas, tomando como base as prioridades constitucionais.⁶⁵⁴

Odete Medauar aduz a noção de que, apesar de ser papel da regulação a edição de normas, a fiscalização do cumprimento dessas normas, a imposição de sanções e a mediação de conflitos, não se incluindo necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas públicas, seria interessante e viável a contribuição das agências reguladoras para tanto, inclusive com a participação de representantes de todos os segmentos envolvidos.⁶⁵⁵

Mariana Mota Prado entende que deve existir uma definição clara nas competências do Poder Executivo e das agências reguladoras na formulação de políticas públicas. A falta de definição dessas competências legais pode causar apatia do Executivo e o engessamento de algumas agências, razão pela qual tal premissa se torna essencial. Serve, entretanto, justamente para mitigar tal apatia, a implementação de contratos de gestão, como instrumento para estabelecer, de modo objetivo, as metas das agências reguladoras, reduzir a burocracia, ampliar a autonomia das agências e a eficiência do Poder Público.⁶⁵⁶

Marçal Justen Filho defende, de modo mais direto, como uma das funções das agências reguladoras a de formuladora de políticas públicas:

⁶⁵² Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). **Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009, p. 19.

⁶⁵³ FREITAS, Juarez. Direito da regulação: avaliação de impactos de longo prazo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 279, jan/fev 2015.

⁶⁵⁴ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 286.

⁶⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 257.

⁶⁵⁶ PRADO, Mariana Mota. *Op. cit.*, p. 133-134.

Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.⁶⁵⁷

Pedro Dutra não verifica qualquer exorbitância de função das agências reguladoras na formulação de políticas públicas, uma vez que não é da exclusiva competência do Poder Executivo tal atribuição, devendo diferencia-las da ação política dos governos:

“Política Pública” é uma expressão vinda da experiência norte-americana – *public policy* – e significa um conjunto de regras legais e infralegais especialmente editadas para a consecução de um fim determinado, de eminente interesse público. Distingue-se, portanto, da ação política de natureza partidária – *politics*, no idioma inglês. Tanto no sistema jurídico norte-americano como no brasileiro e assim em regime democrático, só pode a administração pública agir na forma da Lei. Logo, toda “política pública” há de estar formulada em normas legais ou infralegais e há de contar, em sua elaboração, com a participação do Legislativo, direta naquele caso e indireta neste. Não há, pois, “política pública” na qual não se tenha, em sua formulação, a presença do poder Legislativo. Ao poder Executivo cabe executar “políticas públicas”, e, na medida e pela forma em que a Lei lhe reserve, formulá-las, inclusive pela proposição ao Congresso de novas normas.

Afasta-se, no regime democrático, a prevalência da norma da vontade monocrática do agente da administração pública, eleito ou não, para nela afirmar-se a vontade plural expressa pelo Legislativo, ressalvada a delegação legislativa àquele estendida, na forma da Lei. Não é outra a função precípua do poder Executivo, que o nome está a dizer, a começar pelo seu órgão máximo, o presidente da república: executar leis e fazê-las cumprir.⁶⁵⁸
(grifamos)

A questão crucial é saber até que ponto podem as agências reguladoras participar da formulação de políticas públicas, notadamente no que tange aos serviços públicos. Se, via de regra, a competência para a formulação dessas políticas é do Poder Legislativo, cabendo ao Executivo executá-las na medida e nos termos legais, cumprindo assim a vontade popular, como se encaixariam as agências reguladoras nessa realidade?

Apesar do aparente imbróglio no tocante a este tema, cabe às agências reguladoras o papel de regulação, fiscalização e controle dos serviços públicos, mediante a produção de regramentos técnicos e específicos para cada setor de atuação, formada por

⁶⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

⁶⁵⁸ DUTRA, Pedro. *Op. cit.*, p. 201-202.

quadro técnico dotado de alta expertise e, via de regra, sem a influência de fatores políticos, partidários ou eleitorais que tanto podem transformar as políticas públicas de Estado em políticas públicas de governo. Destarte, as agências reguladoras podem desempenhar função por demais relevante e técnica, desprovida de outros interesses que não sejam aqueles voltados ao bem comum da população, na formulação das referidas políticas públicas atinentes aos serviços públicos.

No Brasil, a assunção do papel de formulador de políticas públicas por parte das agências reguladoras, com uma visão mais intervencionista no mercado, ensejou uma verdadeira “crise regulatória”, segundo Diogo de Sant’Ana. Tal mudança ocorreu em face de duas visões distintas sobre o papel do Estado Brasileiro por parte do governo brasileiro: a) nos anos de 1990, as agências reguladoras eram mais independentes e pautavam-se em planejar e implementar políticas setoriais, resguardando, contudo, a livre concorrência e a livre iniciativa do mercado; b) nos anos de 2000 a 2010, as agências reguladoras tornaram-se menos independentes e passaram a ter o papel de formuladoras de políticas públicas e de organizadoras do Estado como indutores do desenvolvimento econômico.⁶⁵⁹

Não se pode olvidar, por certo, do fato de que grande parte das agências reguladoras brasileiras (sejam as federais, estaduais e municipais) recebeu bastante influência política nos últimos anos, que culminaram em grave desvirtuamento de suas originais funções e de tão relevante papel. As interferências políticas e os grupos de pressão e de interesses econômicos influenciaram bastante a escolha dos dirigentes dessas agências que, em muitos casos, se tornaram meras coadjuvantes no cumprimento das políticas públicas dos governantes.

Segundo a “Teoria dos Grupos de Pressão” formulada por Gary Becker, o equilíbrio político encontrado em ambientes sujeitos à atuação de grupos de pressão depende de alguns fatores:

Political equilibrium depends on the efficiency of each group in producing pressure, the effect of additional pressure on their influence, the number of persons in different groups, and the deadweight cost of taxes and subsidies. An increase in deadweight costs discourages pressure by subsidized groups and encourages pressure by taxpayers. This analysis unifies the view that

⁶⁵⁹ SANT’ANA, Diogo. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380-381.

governments correct market failures with the view that they favor the politically powerful: both are produced by the competition for political favors.⁶⁶⁰

De acordo com Sundfeld e Rosilho, por não ser o ordenamento jurídico um sistema coerente e coeso, mas cheio de exceções, incoerências e hesitações, a elaboração das políticas públicas pelo Direito surge pela pressão dos interesses. Numa análise bem pragmática, os citados juristas acentuam que tanto o Poder Legislativo como as agências reguladoras são, como parte do jogo democrático, “verdadeiras arenas nas quais os interesses, dos agentes estatais e privados, se fazem presentes e legitimamente buscam ser acolhidos pela legislação”.⁶⁶¹

Não se há de confundir as políticas públicas, tomadas pela Administração Pública direta (o próprio Chefe do Poder Executivo) ou indiretamente (pelas empresas estatais), com as decisões de política regulatória (tomadas pelas agências reguladoras independentes). Giovani Ribeiro Loss explica, muito claramente, essa distinção:

Conforme observa Floriano Marques, as políticas públicas são metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidos a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos.

Note-se que estas não devem ser confundidas com as políticas regulatórias, que são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória com vistas à consecução das pautas de políticas públicas para o setor regulado, utilizando os instrumentos de regulação a seu dispor.⁶⁶²

Exemplo de política pública, cuja atuação regulatória fora crucial para o atingimento das metas, dos programas e dos objetivos da ação governamental, foi o programa da universalização do serviço de energia elétrica no Brasil, o chamado “Programa Luz para Todos”. Este Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica foi lançado por meio do Decreto Federal nº 4.873, de 11 de

⁶⁶⁰ Em tradução livre: “Este artigo apresenta uma teoria da concorrência entre grupos de pressão pela influência política. Equilíbrio político depende da eficiência de cada grupo em produzir pressão, o efeito da pressão adicional em suas influências, o número de pessoas nos diferentes grupos e o custo do peso-morto de impostos e subsídios. Um aumento no custo do peso-morto desencoraja pressão por grupos subsidiados e incentiva a pressão pelos contribuintes. Esta análise unifica a visão de que os governos corrigem as falhas de mercado com a visão de que eles favorecem o poderoso político: ambos são produzidos pela competição por favores políticos.” BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 98, n. 3, aug. 1983, p. 371. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici?=033-5533%28198308%2998%3A3%3C371%3AATOCAP%3E2.0.CO%3B2-I>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁶⁶¹ SUNDEFELD, ROSILHO, 2014, p. 56-57.

⁶⁶² LOSS, Giovani Ribeiro. *Op. cit.*, p. 25.

novembro de 2003, “destinado a propiciar, até o ano de 2018⁶⁶³, o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural brasileiro que ainda não possui acesso a esse serviço público.” (Art. 1º).

O aludido Programa é coordenado pelo Ministério das Minas e Energia, operacionalizado pela Eletrobrás e executado pelas concessionárias de energia elétrica e cooperativas de eletrificação rural em parceria com os governos estaduais. Cabe à agência reguladora competente para fiscalizar sobredito serviço, no caso a ANEEL, assegurar o cumprimento das metas do Programa. Cabe salientar, inclusive, que o Diretor-Geral da ANEEL é um dos componentes da Comissão Nacional de Universalização, cuja finalidade é “estabelecer ações de desenvolvimento integrado no meio rural, em consonância com os diversos programas governamentais existentes” (sic) (art. 4º, *caput* e §1º, inc. XVI, do Decreto Federal nº 4.873/2003).

Os custos para a manutenção do “Programa Luz para Todos” advêm de recursos provenientes de fundos setoriais de energia – a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) e a Reserva Global de Reversão (RGR), de agentes do setor elétrico, da participação dos estados, municípios e outros destinados ao Programa (art. 2º, Decreto Federal nº 4.873/2003). De modo mais específico, os recursos oriundos da CDE têm como um dos objetivos legais promover a universalização do serviço de energia elétrica em todo o Território Nacional⁶⁶⁴.

Como outro exemplo, a concretização de políticas públicas no âmbito dos serviços públicos regulados pode ser efetivada na cobrança de uma tarifa mínima ainda quando não haja qualquer consumo. A cobrança por esta tarifa mínima ocorre no serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Estado do Ceará, que pode variar de acordo com a categoria do usuário e o serviço⁶⁶⁵.

⁶⁶³ A meta original era até o ano de 2008, depois modificada para o ano de 2010 por meio do Decreto nº 6.442/2008. Após, houve nova prorrogação desse prazo até o ano de 2011, por meio do Decreto nº 7.324/2010. Outra prorrogação ocorreu com o Decreto nº 7.520, de 8 de julho de 2011, estendendo este prazo até o ano de 2014. Por fim, o Decreto nº 8.387, de 30 de dezembro de 2014, prorrogou o prazo do programa até o ano de 2018.

⁶⁶⁴ Art. 13, inciso I, da Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002, com redação dada pela Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

⁶⁶⁵ Vide tabela tarifária válida desde 23 de abril de 2016 para o Município de Fortaleza e os demais do Estado do Ceará, no sítio eletrônico da Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE. Disponível

Como explica Cláudio Smirne Diniz, “não se paga apenas pelo que se utiliza, mas também pela manutenção de uma política social tendente a propiciar a universalização dos serviços”.⁶⁶⁶ Corroborando este entendimento na implementação de políticas governamentais no âmbito dos serviços públicos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu a respeito:

ADMINISTRATIVO – PREÇO PÚBLICO – DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA – TARIFA MÍNIMA. O preço público tem natureza diversa do preço privado, podendo servir para a implementação de políticas governamentais no âmbito social. Neste regime, a tarifa mínima, a um só tempo, favorece os usuários mais pobres, que podem consumir expressivo volume de água a preços menores, e garante a viabilidade econômico-financeira do sistema, pelo ingresso indiscriminado dessa receita prefixada, independentemente de o consumo ter, ou não, atingido o limite autorizado. Recurso Especial não conhecido.⁶⁶⁷

Não restam dúvidas, portanto, da vinculação entre as políticas públicas relativas aos serviços públicos e o papel das agências reguladoras no tocante à efetividade e à qualidade daquelas políticas, particularmente em virtude da aplicação de técnicas que viabilizem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, garantam a modicidade tarifária e almejem o interesse público primário. Afastar as agências reguladoras como partícipe na formulação de políticas públicas é retroceder ao formalismo burocrático do clássico papel do Poder Executivo, cujo chefe era o único titular na formulação e execução das políticas públicas.

Paulo Todescan Lessa Mattos, procurando superar a argumentação jurídica tipicamente lógico-formal da separação dos poderes – do papel tradicional do Poder Executivo na execução das políticas públicas para a concreção do interesse público, tendo sido estes estabelecidos pelas normas fixadas pelo Poder Legislativo – assevera que no Estado Regulador tal lógica se torna cada vez mais difícil. Para o autor, verifica-se atualmente que

[...] a legitimidade das políticas públicas definidas pelo Poder Executivo (por órgãos reguladores da administração direta e indireta) tem dependido no Brasil da eficácia das políticas econômicas sobre a dinâmica da sociedade brasileira

em: <http://www.cagece.com.br/atendimentovirtual/faces/publico/home.xhtml?page=estrutura_tarifaria>
Acesso em: 15 set. 2016.

⁶⁶⁶ DINIZ, Cláudio Smirne. Saneamento básico e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 34, jul./set. 2009.

⁶⁶⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 20.741/DF**. Relator Min. Ari Pargendler. Julgado em 09 maio 1996. Brasília: STJ, 1996. Disponível em: <[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(“ARI+PARGENDLER”\).min&processo=20714&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(“ARI+PARGENDLER”).min&processo=20714&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 09 out. 2015.

– sendo o “interesse público” um lugar comum utilizado retoricamente onde tudo cabe e tudo é passível de uma justificativa mediante a “melhor” interpretação da norma – encobrindo, assim, a real dinâmica de atuação dos grupos de pressão sobre a administração e os privilégios e vantagens gerados para determinados setores da sociedade civil.⁶⁶⁸

Em face da atual dinâmica do sistema político brasileiro e da crise de governabilidade que assola, tanto a União Federal como vários Estados-membros da Federação brasileira, mostra-se necessário repensar uma possível reestruturação das agências reguladoras de serviços públicos, de modo a reaver seu papel, legitimidade e importância para a sociedade brasileira.

⁶⁶⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Op. cit.*, p. 190.

5 CONCLUSÕES

Para se investigar o tema da “Tributação oculta ou disfarçada nos serviços públicos regulados: o custo social da regulação e a transparência fiscal”, fez-se necessário o estabelecimento dos conceitos, métodos e linguagem utilizados nesta tese, a fim de se dirimir as dúvidas suscitadas no início da pesquisa.

A linguagem é um fenômeno englobante, pois envolve não apenas a experiência individual e subjetiva (v.g., do intérprete, do juiz ou do legislador), mas também da cultura, da história e dos aspectos sociais e políticos de uma sociedade. A linguagem jurídica – a exemplo das outras linguagens – utiliza como base a comunicação e os signos linguísticos. Embora sejam importantes estes dois elementos, o discurso jurídico não pode se resumir ao estudo dos signos linguísticos e da comunicação, pois a compreensão do Direito envolve interpretação, entendida esta como atividade dinâmica de determinação e construção do sentido das normas jurídicas.

A tarefa de conceituar é uma necessidade humana. Por isso, *o conceito é uma atividade mental e linguística representada por uma ou mais palavras*. Daí a importância da atividade de conceituar, pois as pessoas necessitam materializar a representação mental de suas ideias, tornando-as vivas dentro de contornos linguísticos hábeis a perfazer a comunicação. Em face exatamente da dinâmica desta atividade, porém, os conceitos são fluidos e mutáveis, ao passo que as definições – principalmente aquelas encartadas em textos jurídicos – tornam-se presas em seus contornos e limites semânticos, embarreiradas histórica e geograficamente pelos enunciados linguísticos que limitam os termos utilizados.

No contexto desta tese, os conceitos de “tributo”, “serviços públicos” e “regulação” foram revisitados, utilizando-se tanto da linguagem prescritiva (do sistema do Direito Positivo) como da linguagem descritiva (do sistema da Ciência do Direito), baseada na necessidade de argumentação plena, da plurivocidade dos sentidos e de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. A fixação de tais premissas é essencial para o conceito científico de “tributo oculto ou disfarçado”, bem como para a análise do custo social da regulação e da transparência fiscal.

Desta feita, o fenômeno da tributação foi e deve ser analisado pelos aspectos *histórico* (origem e evolução dos institutos jurídico-tributários), *econômico* (análise de caráter funcional e pragmática dos efeitos dos tributos na economia), *político* (levando-se em consideração os fatores políticos e partidários que subsidiam o processo legislativo), *sociológico* (os efeitos das mudanças da legislação tributária na sociedade e nos indivíduos que a compõem) e *jurídico* (exame da estrutura normativa do tributo e do Sistema Tributário Nacional).

No âmbito do Direito Positivo, o Sistema Tributário Nacional possui uma definição legal de tributo (art. 3º do Código Tributário Nacional) já perfeitamente arraigada, válida e vigente, no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, entende-se que tal definição legal é insuficiente, do ponto de vista da Ciência do Direito, para demonstrar todos os aspectos de uma relação jurídica tributária, especialmente sua dinâmica (direitos e deveres de ambas as partes), as funções dos tributos e sua destinação legal.

Entende-se, por conseguinte, que o conceito de tributo consiste não apenas numa prestação pecuniária compulsória estatal, mas também uma relação jurídica tributária entre o Estado e o contribuinte, jungida ao regime jurídico de Direito Público, cuja receita é indispensável para satisfazer as necessidades públicas de uma coletividade. Estabelecidas estas premissas, permite-se trazer o conceito de tributo para a realidade e o atual Estado Democrático de Direito no Brasil, haja vista a necessidade premente e constante de legitimação da atuação estatal, especialmente da tributação.

No tocante aos serviços públicos, infere-se que as necessidades públicas variam conforme o modelo de Estado adotado por parte de cada sociedade. Em face da peculiar evolução do Estado e da sociedade brasileira, entende-se mais coerente metodologicamente e cientificamente mais adequado ao ordenamento jurídico nacional o conceito de serviço público *como toda atividade administrativa pública, formal, funcional e integralmente submetida à Constituição, com o objetivo de realizar os direitos fundamentais das pessoas.*

Com efeito, o Estado passou a atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, razão pela qual se pode asseverar a existência de um verdadeiro Estado Regulador no Brasil. Distintamente da regulamentação (entendida esta como

parcela da regulação e apenas uma das técnicas de normatização secundária), a regulação em sentido estrito consiste no modo de intervenção indireta do Estado na atividade econômica e nos serviços públicos, por via de mecanismos normativos.

Da leitura do texto constitucional, pode-se verificar que o critério da partilha constitucional das competências para a instituição dos serviços públicos é o da titularidade destes em razão de seus interesses predominantes. Eis a noção nuclear do Estado Federado brasileiro: estabelecer para cada ente da Federação os seus respectivos âmbitos de atuação e de exercício das atividades de prestação de seus serviços públicos, de acordo com a predominância dos interesses envolvidos, ou seja, o grau de repercussão para uma determinada coletividade (local, regional ou nacional).

Pela análise do modelo jurídico de prestação do serviço público, é possível inferir as formas e as fontes de financiamento dessas atividades estatais. Portanto, do ponto de vista da origem dos recursos financeiros necessários ao custeio da prestação do serviço público, tem-se os modelos da prestação direta, da concessão comum e da concessão patrocinada. Dependendo do modelo de concessão para a prestação do serviço público, haverá uma estrutura tarifária diferente, com o intuito de financiar o sobredito serviço, mostrando-se necessária maior transparência desses modelos aos usuários dos serviços regulados.

Após detido exame das várias teorias regulatórias, bem como das diversas perspectivas de abordagens e das metodologias regulatórias, não se pode, *a priori*, determinar um modelo regulatório ideal aplicável a todas as atividades econômicas ou a todos os serviços públicos passíveis de regulação. Não há uma fórmula-padrão que possa ser utilizada para a regulação estatal em todos os setores econômicos ou que seja viável para mais de um país, aliás como já pôde concluir o Banco Mundial em diversos estudos. A solução ótima da regulação deve considerar todas as variáveis e fatores do setor regulado, as externalidades, os agentes econômicos envolvidos e também a sociedade.

Ademais, exsurge a importância das entidades reguladoras na atual realidade política estatal em face da “crise de governabilidade”. A ausência de solução de conflitos no seio da sociedade e a crescente insatisfação dos grupos sociais com as tradicionais instituições estatais, ensejando inclusive dúvidas de legitimidade destas entidades bem como dos agentes públicos que as intitulam, fazem crescer na sociedade a ideia de

governança. Neste contexto de ordenamento plural e complexo, a governança pode ser entendida como um modo da gestão eficaz, mediante participação da sociedade civil na produção de políticas públicas.

No contexto corrente, a governança regulatória se encaixa e dispõe de instrumentos suficientemente hábeis a garantir maior legitimidade (p.ex., na participação de audiências públicas) e maior eficiência nas decisões regulatórias (v.g., no planejamento e controle de resultados, nas propostas de alterações das regras de revisões tarifárias por parte dos reguladores etc.). Destarte, defende-se uma governança regulatória no Brasil, particularmente em matéria de serviços públicos, confluindo os tradicionais preceitos do Direito Público e do Direito Privado, mesclando o *hard law* e o *soft law*, com o intuito de substituir a prevalência da coerção pela primazia da cooperação e da coordenação.

Demonstradas as características do Estado-Regulador no Brasil e do direito de governança regulatória na sociedade nacional, foi possível aprofundar os estudos acerca da regulação tarifária dos serviços públicos, com esteio em parâmetros constitucionais e, também, legais, bem como de parâmetros técnicos e econômicos. Assim, é possível concluir que o estabelecimento do regime tarifário está intrinsecamente ligado à política tarifária determinada em lei e à própria titularidade do serviço público. Noutros termos, a competência para fixar políticas sobre tarifas deriva da competência constitucionalmente atribuída aos entes federados para os respectivos serviços públicos dos quais sejam titulares.

Respondendo, objetivamente, à primeira indagação proposta no início para justificar esta pesquisa – como a regulação influencia na estruturação e funcionamento das instituições e/ou entidades estatais e não-estatais prestadores de serviços públicos, notadamente no que tange ao custo desses serviços? – pode-se afirmar que o desenho do modelo tarifário, com suporte nos parâmetros constitucionais e, também, legais, está previamente delineado nos comandos normativos retrocitados, o que garante um certo grau de estabilidade no funcionamento tanto das entidades públicas como particulares prestadoras de serviços públicos. Quanto aos parâmetros técnicos, a regulação possui um grau de variação e influência maior no desenho da estrutura tarifária, especialmente no que diz respeito ao detalhamento dos mecanismos técnicos inerentes à modicidade tarifária (p.ex: definindo a estrutura e a forma de cálculo dos subsídios tarifários) e à

revisão tarifária (p.ex: definindo a metodologia da revisão ordinária e extraordinária de tarifas incidentes sobre a prestação e serviços públicos). Por último, quanto aos parâmetros econômicos, a regulação atua de modo mais incisivo e influente na atividade e no funcionamento das entidades prestadoras de serviço público, pois é com a definição do modelo econômico-tarifário que aquelas entidades reguladas poderão se estruturar e organizar sua contabilidade regulatória e seus mecanismos de cobrança das tarifas de serviços públicos.

Além disso, pela análise constitucional do regime jurídico tributário dos serviços públicos, com enfoque na divisão das competências materiais relativas a esses serviços, pôde-se concluir que as taxas são as espécies tributárias constitucionalmente adequadas a incidir sobre os mencionados serviços, em especial aqueles serviços específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (art. 145, II, CF/88).

De outro lado, é possível também o custeio dos serviços públicos por meio de tarifas, como contraprestação devida pelos usuários, não se confundindo aquelas com preços públicos, em razão destes se adequarem melhor à remuneração das atividades econômicas em sentido estrito. Demonstrou-se, também, que dentre os critérios distintivos entre taxas e tarifas existentes na doutrina, entende-se ser o regime jurídico da utilização o critério mais apto a explicar a dicotomia entre taxa (uso compulsório do serviço) e tarifa (uso facultativo do serviço).

No que tange ao “tributo oculto” ou “tributo disfarçado”, seu disfarce se caracteriza justamente por se adequar ao conteúdo (material) da definição legal do artigo 3º do CTN, mas por não se ater à forma (denominação) das espécies tributárias atualmente identificadas no ordenamento jurídico brasileiro. A análise realmente importante para se identificar algo como um “tributo oculto ou disfarçado” é da natureza jurídica da obrigação e não da denominação ou demais características formais adotadas pela lei (art. 4º, inciso I, CTN). Destarte, ante todos os elementos contidos na definição legal de tributo, a característica única não atendida é exatamente a ausência de instituição em lei.

Também chamados de *tributos encubiertos* (Argentina e Uruguai) e *tributos atípicos* (Espanha), os “tributos ocultos ou disfarçados” são identificados como modo de remunerar a prestação de serviços públicos nesses países, mas que, em face das limitações

inerentes aos sistemas tributários desses Estados, prefere-se criar outros procedimentos e mecanismos de aumento de tarifas ou preços públicos e não se percorrer o dispendioso processo legislativo de aumento de tributo. Esse mecanismo também é aplicado, de maneira obtusa, pelo Estado como exercício de sua soberania, encobrindo e violando as normas e os princípios constitucionais tributários.

No Direito Brasileiro, foi possível identificar os seguintes exemplos de “tributos ocultos ou disfarçados”: valor da outorga, sobrepreço dos monopólios estatais e contraprestação de serviços de uso compulsório. Examinando as características de cada uma dessas cobranças, suas naturezas jurídicas e suas respectivas estruturas tarifárias, é razoável a identificação deles como verdadeiros tributos encobertos ou atípicos.

O valor da outorga – entendida como preço pago pelo licitante vencedor de um certame público na concessão ou permissão de um serviço – é um dos itens componentes da tarifa a ser cobrada do usuário do mencionado serviço público. Por consequência, em razão desse repasse automático autorizado por lei para a composição da estrutura tarifária tem-se a verdadeira expressão da soberania estatal, porém se caracteriza tal cobrança como tributo nominado, sem as garantias do sistema tributário nacional, além de não contribuir tal componente para o princípio da modicidade tarifária.

Outro caso de “tributo oculto ou disfarçado” que está na ordem jurídica brasileira consiste no sobrepreço dos monopólios estatais (v.g., participações governamentais previstas na Lei do Petróleo; “tarifas” dos serviços postais; sobretarifa dos serviços de telecomunicação). Em sendo um monopólio estatal, o preço cobrado por estas entidades públicas representa o custo da referida atividade econômica. Portanto, em face do regime monopolístico, não sujeito à exploração dos demais agentes econômicos da iniciativa privada, trata-se também tal cobrança pecuniária compulsória de reflexo da soberania estatal, o que revela uma tributação oculta ou disfarçada, sem a necessária denominação e sem as devidas garantias do sistema tributário nacional.

Por último, também se identifica tributação oculta ou disfarçada no caso de contraprestação de serviços de uso compulsório (ex: “tarifas” cobradas por um serviço público de esgotamento sanitário em determinado município, diante de previsão legal expressa). Assim, a despeito do *nome in juris* utilizado pela lei – e muitas vezes sendo conhecido o desgaste político e tormentoso processo legislativo de criação e aumento de

tributos – opta o gestor público por usar uma prerrogativa legal para se instituir o pagamento pelo custeio de um determinado serviço público, mas utilizando-se da denominação de “tarifa”, não obstante a natureza jurídica real do valor efetivamente cobrado àquele título.

Identificadas as espécies de “tributos ocultos ou disfarçados” no ordenamento jurídico brasileiro, responde-se às indagações propostas no início do trabalho: qual o papel das agências reguladoras de serviços públicos em relação à tributação oculta ou disfarçada inserida no custo dos serviços públicos essenciais? Em caso de violação à ordem jurídica, qual a medida ou procedimento a ser utilizado pelas agências reguladoras para combater tal prática?

Partindo da premissa de que as agências reguladoras não possuem as mesmas atribuições legais das fazendas públicas, não compete a estas entidades a função de cobrar, arrecadar e fiscalizar tributos. Portanto, o exame da constitucionalidade ou da legalidade dos chamados “tributos ocultos ou disfarçados”, a despeito de sua clara inobservância ao princípio da legalidade inserido na parte final do artigo 3º do CTN, não deve ser feito por parte das entidades reguladoras de serviços públicos.

No âmbito de suas competências regulatórias, no entanto, a identificação e a necessária utilização dos “tributos ocultos ou disfarçados” na composição dos custos da estrutura tarifária dos mencionados serviços públicos deverão ser levadas em consideração, haja vista às atribuições gerais e legais de promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos regulados, propiciando assim condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade tarifária. Uma vez pautadas nos princípios regulatórios da legalidade, transparência, moralidade, publicidade e eficiência dos serviços públicos, compete às agências reguladoras desnudar a “tributação oculta ou disfarçada” sobre eles incidentes.

Delineado o papel das agências reguladoras de serviços públicos, particularmente em face da “tributação oculta ou disfarçada”, foram examinadas, também, a questão do custo social da regulação e a transparência fiscal. Avaliando as reformas promovidas no aparelho estatal brasileiro desde os anos de 1990, a despeito de alguns efeitos práticos decorrentes da globalização e das privatizações, o surgimento das agências reguladoras e o aperfeiçoamento das normas regulatórias contribuíram e

continuam a concorrer para o desenvolvimento econômico e social brasileiro, sendo esta mais uma resposta à indagação proposta no princípio deste trabalho.

Estudos do Banco Mundial confirmam que, nos países que adotaram medidas estatizantes com a conseguinte instituição de agências reguladoras – a despeito do efetivo custo de sua manutenção – desenvolveram e aperfeiçoaram os seus serviços públicos, atendendo às demandas da população e tornando-os mais eficientes e de melhor qualidade. No Brasil, não há dúvidas da evolução de alguns serviços públicos, da tecnologia atualmente utilizada e da difusão desses serviços a toda a população, contudo há também de se ressaltar ainda a deficiência de qualidade em outros setores. A estrutura da agência reguladora, seu grau de autonomia, o nível de influência política em suas decisões, o âmbito de abrangência e de seu atendimento à população constituem, dentre outros, aspectos essenciais para se influenciar na qualidade e na eficiência dos sobreditos serviços prestados à sociedade brasileira.

Outra questão proposta no início da tese foi: a regulação efetivada no Brasil é instrumento ou obstáculo à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil delineados no art.3º da Carta Magna? No tocante aos serviços públicos, merece especial destaque o exame das finalidades precípua do Estado Brasileiro de “garantir o desenvolvimento nacional” e “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Pôde-se demonstrar ao longo do trabalho que a regulação, fincada nas balizas principiológicas da ordem econômica (especialmente nos arts. 170, 173, 174 e 175, CF), constitui instrumento útil e eficaz na formação e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito no Brasil, na medida em que utilizada como instrumento de fiscalização e normatização de serviços públicos, propõe-se também a cumprir com os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa. A regulação, por cumprir uma função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico, desempenha papel indutor, capaz de alcançar os objetivos fundamentais republicanos antes mencionados.

Do mesmo modo que a regulação busca a universalização dos serviços, ela deve também procurar garantir a liberdade de mercado e a livre concorrência. Ao passo que a atividade regulatória é implementada com vistas à qualidade e eficiência dos

serviços públicos prestados aos cidadãos, também devem ser buscadas tarifas módicas em seus custos. Eis a característica essencial da regulação: a busca pelo equilíbrio de valores tão caros ao Estado Democrático de Direito no Brasil e aos objetivos republicanos.

Outra pergunta formulada, preambularmente, nesta pesquisa foi: como os modelos tributário e tarifário podem ser mais transparentes e justos ao cidadão contribuinte e usuário dos serviços públicos essenciais regulados? De que maneira a regulação pode despertar essa consciência fiscal?

Baseado justamente na ideia de governança regulatória, as agências reguladoras devem atuar com transparência e imparcialidade em suas decisões, estimulando a participação dos cidadãos, inclusive na própria atividade de fiscalização e normatização dos marcos regulatórios dos serviços públicos. Além da obrigatoriedade de apresentação de relatórios anuais à população, prestando contas de suas atividades, dos recursos arrecadados e dos gastos realizados, cabe às agências reguladoras estimular a participação democrática do cidadão no cotidiano de suas atividades, especialmente por meio das audiências e consultas públicas.

Inserida numa sociedade de informação, ao imprimirem maior transparência em suas decisões e estimularem a participação social, as agências reguladoras legitimam todo o processo regulatório, garantindo o apoio do cidadão em suas atividades, além de torná-lo mais consciente na qualidade de usuário dos serviços públicos regulados. Nesta via de mão dupla da democracia, um cidadão consciente sempre buscará maior transparência nas atividades estatais, especialmente nas de teor regulatório.

Por este motivo, é direito do cidadão-usuário de serviços públicos ter a real noção da carga tributária incidente sobre esses serviços, não apenas da carga tributária atinente aos tributos diretos ou indiretos, mas também daqueles denominados “tributos ocultos ou disfarçados”, como se defende nesta tese. Portanto, é crucial respeitar o direito à transparência fiscal, desnudando-se a real natureza jurídica desses tributos atípicos ou encobertos. A real e concreta efetivação de um Estado Democrático de Direito se perfaz por via da concretização dos direitos fundamentais do cidadão, especialmente no que toca a este escrito, no desenvolvimento de uma maior consciência fiscal em relação à verdadeira carga tributária incidente sobre os serviços públicos.

Além dos limites demarcados pelos princípios da legalidade, igualdade, capacidade contributiva, proporcionalidade, dentre outros, a justiça na tributação pode ser divisada sob o ponto de vista da atuação estatal em prol do cidadão. Assim, quanto mais adequada é a atuação do Estado na proteção e na garantia dos interesses da coletividade, bem como na qualidade e eficiência da prestação de serviços públicos aos cidadãos, mais justa é a tributação, independentemente de sua carga efetiva ou real.

Por fim, a última indagação proposta nesta tese foi: as agências reguladoras brasileiras desempenham seu papel de garantir a eficiente e adequada prestação de serviços públicos, bem como de implementação da dignidade da pessoa humana dos usuários desses serviços? A despeito das inúmeras facetas e sentidos da expressão “dignidade da pessoa humana”, optou-se pela análise do termo à luz do texto constitucional, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III).

Destarte, pode-se inferir que a garantia da dignidade da pessoa humana é um dos objetivos do Estado Regulador, mediada por um equilíbrio entre os ideais do liberalismo e as necessidades públicas em se garantir os bens e os serviços essenciais a toda a população. Uma atividade regulatória bem estruturada, com claras definições do marco regulatório, com garantia de atuação com autonomia e sem interferências políticas, tende a cumprir com os desígnios constitucionais, contribuindo para o alcance dos objetivos fundamentais republicanos encartados no artigo 3º da Carta Magna brasileira.

Como último argumento, a título conclusivo, demonstrou-se nesta tese que a regulação de serviços públicos deve ser utilizada como instrumento indutor de políticas públicas, contribuindo para torná-las políticas de Estado, e não programas de governo, dotadas, portanto, de maior perenidade, institucionalidade, robustez, qualidade e efetividade. Dado o necessário distanciamento do Poder Concedente, das entidades reguladas e dos usuários de serviços públicos, a participação das agências reguladoras na fixação de políticas públicas, certamente, propiciará a demarcação de um marco regulatório mais seguro e institucional, garantindo inclusive a legitimação de suas atividades, mediante participação direta de representantes de todos os setores envolvidos.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. **Incidência jurídica: teoria e crítica**. São Paulo: Noeses, 2011.
- ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos. Parte III: O anti-seguro. O incentivo à eficiência e a separação dos objetivos de prevenção do risco e de reparação do dano. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 51-132, out./dez. 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 11-46.
- BAGATIN, Andreia Cristina. A natureza da cobrança pelo serviço prestado por concessionário de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 211-222, jul./set. 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Hugo de Brito Machado Segundo (atualizador). 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BAPTISTA, Jaime Melo; PÁSSARO, Dulce Álvaro; SANTOS, Rui Ferreira dos. O modelo de regulação das águas e resíduos em Portugal. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 103-115, jul./set. 2003.
- BARBOSA, Arnaldo Parente Leite. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Fortaleza: UECE, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: BONAVIDES, Paulo (Fundador e Diretor). **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. n.1. Belo Horizonte: Del Rey, p. 285-317, jan./jun. 2003.
- _____. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 jan. 2013.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2 ed. São Paulo: Lejus, 2004.

_____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BECKER, Gary S. A theory of competition among pressure groups for political influence. **The Quarterly Journal of Economics**, vol. 98, n. 3, aug. 1983, p. 371-400. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici?=033-5533%28198308%2998%3A3%3C371%3AATOCAP%3E2.0.CO%3B2-I>. Acesso em: 31 out. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; MASSONETO, Luís Fernando. Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia”. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 137-147, jan./mar. 2009.

BINEBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica: Semiótica, Discurso e Direito**. 6 ed. ver., atual. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade** – para uma teoria geral da política. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. **Nomos** – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 22, n. 1/2, p. 247, jan./dez. 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do Estado**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITO, Lucas Galvão. **O lugar e o tributo**. São Paulo: Noeses, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 95-127, out./dez. 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de. A cidadania tributária: de sujeito passivo a sujeito ativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (Orgs.). **Direito Tributário & Direitos Fundamentais: limitações ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 75-91.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e Lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Cristiano. Análise Econômica da Tributação. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 246-265.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Teoria da norma tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito econômico regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASÁS, José Osvaldo. **Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente**. Buenos Aires: AD HOC, 2002.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio – a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 3. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CAVALCANTI, Bianor Scelza; PECL, Alketa. A outra face da regulação: o cidadão-usuário de serviços públicos no novo modelo regulatório brasileiro. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 9-31, jul./set. 2003.

CEARÁ. **Decreto Estadual nº 29.687, de 18 de março de 2009**. Aprova o regulamento dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 2009. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/decretos>>. Acesso em: 09 set. 2015.

CEARÁ. **Lei Estadual nº 9.499, de 20 de julho de 1971**. Cria a Companhia de Água e Esgoto do Ceará – CAGECE – e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia

Legislativa do Estado do Ceará, 1971. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/9499.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CEARÁ. **Lei Estadual nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2001. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/leis?download=146%3Alei-estadual-13094-de-120101-&start=40>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

CEARÁ. **Lei Estadual nº 14.394, de 07 de julho de 2009**. Define a atuação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce) relacionada aos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, 2009. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/leis?start=20>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

CEARÁ. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. **Resolução nº 201, de 19 de novembro de 2015**. Dispõe sobre a autorização de implantação da tarifa de contingência pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece), visando à gestão do consumo de água potável em face da situação de escassez de recursos hídricos e dá outras providências. Fortaleza: ARCE, 2015. Disponível em: <www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/category/11-resolucoes>. Acesso em: 31 mar. 2016.

CEARÁ. Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará. **Resolução nº 212, de 17 de agosto de 2016**. Altera a Resolução ARCE nº 201, de 19 de novembro de 2015, referente ao mecanismo tarifário de contingência aplicada pela Companhia de Água e Esgoto do Ceará (Cagece), em face da situação de escassez de recursos hídricos. Fortaleza: ARCE, 2015. Disponível em: <<http://www.arce.ce.gov.br/index.php/legislacao/category/11-resolucoes>>. Acesso em: 30 out. 2016.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

_____. Estado e ordem concorrencial. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007.

CINTRA, Carlos César Sousa. A tributação indireta no direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Tributação indireta no Direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros/ICET, 2013, p. 98-142.

CLARK, Giovani. A regulação e a constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 63-85, abr./jun. 2009.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. [Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e

Marcelo Lennertz]. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 135-191, abr./jun. 2009.

COELHO, André Felipe Canuto. Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso da Anatel. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 9-40, jan./mar. 2007.

_____. Carga tributária na América Latina e a qualidade de suas instituições. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 9-33, jan./mar. 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CORREA, Paulo; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo; MELO, Marcus. **Regulatory governance in infrastructure industries: assessment and measurement of brazilian regulators**. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank, 2006. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/06/01/000090341_20060601160058/Rendered/PDF/363060Regulato101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2012.

COPI, Irving M. **Introdução à Lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Alcides Jorge. História da tributação no Brasil: da República à Constituição de 1988. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 112-151.

COSTA, Ramón Valdés. **Instituciones de Derecho Tributario**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de abastecimento de água e suspensão de fornecimento. **Revista de direito público da economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 131-159, jul./set. 2003.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação adequada da constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DE LA TORRE, Augusto; IZE, Alain. **Regulatory reform: integrating paradigms**. Washington, DC: The World Bank - Latin America and Caribbean Region. Chief Economist Office. February, 2009. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2009/05/04/000158349_20090504085341/Rendered/PDF/WPS4842.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha. A cobrança pela outorga de concessões, permissões e autorizações de serviços de telecomunicações. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 43-66, abr./jun. 2004.

DINIZ, Cláudio Smirne. Saneamento básico e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 9-37, jul./set. 2009.

DOMINGUES, José Marcos. A propósito do conceito de tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, n. 228, p. 110-125, set. 2014.

DUTRA, Pedro. Agências reguladoras: reforma ou extinção? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 187-208, jul./set. 2003.

ESTACHE, Antonio; ROSSI, Martín A. **Regulatory agencies: impact on firm performance and social welfare**. Washington, DC: The World Bank Sustainable Development Network - Finance, Economics and Urban Department. February, 2008. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2008/02/06/000158349_20080206153950/Rendered/PDF/wps4509.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

FALCÃO, Maurin Almeida; ABREU, Iracema Fonseca Siqueira. O tributo na pós-modernidade: as diretrizes das escolas neoliberais norte-americanas e a emergência da terceira via. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Ano 14, n. 81, maio/jun. 2016.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARINA, Elizabeth M.M.Q. Prefácio. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. Coleção Temas de Direito Administrativo. v.12. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito e regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. Tomo I. 9 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004.

FORTALEZA. **Lei Municipal nº 5.530, de 17 de dezembro de 1981**. Dispõe sobre o Código de Obras e Posturas do Município de Fortaleza e dá outras providências. Fortaleza: Câmara Municipal de Fortaleza, 1981. Disponível em: < <http://cm-fortaleza.jusbrasil.com.br/legislacao/243787/lei-5530-81>>. Acesso em: 30 set. 2015.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4 ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Direito da regulação: avaliação de impactos de longo prazo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 89, p. 279-287, jan./fev. 2015.

_____. Novo modelo de Direito da Regulação e desafios pós-crise global. In: GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (Org.). **Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto**. Vol. II. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2009.

FUGIMOTO, Sérgio Kynia. **Estrutura de tarifas de energia elétrica: análise crítica e proposições metodológicas**. São Paulo, 2010. Tese apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do Título de Doutor em Engenharia. Disponível em:

<http://www.aneel.gov.br/documents/656835/14876412/Tese_Sergio_Fugimoto.pdf/c2914349-819a-491d-983e-ebd79e3fb5b4>. Acesso em: 16 jun. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública à partir do mote da *new public governance*. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 10 ed., tomo I, Buenos Aires: FDA, 2009.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOLDSTEIN, Andrea; PIRES, José Claudio Linhares. **Analysing privatisation in brazil: the role of independent regulatory agencies**. ABCDE EUROPE. Paris, France May 15-16, 2003. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/04/27/000265513_20040427111544/Rendered/PDF/28733.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica.** São Paulo: RT, 1978.

GRECO, Marco Aurélio. Breves notas à definição de tributo adotada pelo Código Tributário Nacional no Brasil. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 419-434.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas.** 2 ed. São Paulo: Malheiros/FGV, 2011.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras:** da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O custeio do serviço público: a concessão patrocinada como via à implementação de tarifas sociais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 119-135, jan./mar. 2009.

_____. O regime tarifário na concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 51-76, jul./set. 2009.

_____. Atividades estatais indelegáveis. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 9-22, abr./jun. 2013.

HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights:** why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton Company, 1999.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato.** Terza edizione. Milano: Laterza, 2004.

JACOBS, Scott; LADEGAARD, Peter. **Better Regulation For Growth:** regulatory governance in developing countries. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713050729/Rendered/PDF/556450WP0Box0349461B0GovReg01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

JARACH, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario.** Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. Políticas públicas: entre o liberalismo e o paternalismo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, p. 213-231, abr./jun. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KFOURI JR., Anis. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário: teoria geral do tributo**. Barueri: Manole; Espanha: Marcial Pons, 2007.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras: a participação-cidadã como limite à sua autonomia**. Tese de Doutorado em Direito do Estado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7142>>. Acesso em: 29 out. 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. BONAVIDES, Paulo (coord.) *et alii*. **Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21-34.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2004.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências Federativas**. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Linguagem e método: abordagem hermenêutica do direito como alternativa ao purismo metodológico. **Revista Opinião Jurídica**. Ano VII, n. 11, 2009, p. 199-223.

LOSS, Giovani Ribeiro. **A regulação setorial do gás natural**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O**

poder normativo das agências reguladoras. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 109-130.

LUCINDA, Cláudio R. Regulação tarifária: princípios introdutórios. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico regulatório.** Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 240.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional.** Vols. I e III. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Curso de Direito Tributário.** 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição.** São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **O conceito de tributo no Direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. Serviços públicos e tributação. **Interesse Público.** Ano 7, n. 32, jul./ago. 2005. Porto Alegre: Notadez.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Confisco, mínimo existencial e isonomia. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CASTILHO, Ricardo (organizadores). **Direito Tributário & Direitos Fundamentais: limitações ao poder de tributar.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Fundamentos do Direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **O Direito e sua Ciência: uma introdução à epistemologia jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Processo Tributário.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARAIS, Bertran du. **Droit public de la régulation économique.** Paris: Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Linguística de texto: o que é e como se faz?** São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. *In*: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Estado Constitucional de Derecho y Servicios Públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. Coleção: Temas de Direito Administrativo n. 29. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTON, Ronaldo. O cidadão e a política tributária na “democracia representativa”. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Ano 12, n. 70, p. 79-94, jul./ago. 2014.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 169-195, out./dez. 2005.

_____. O marco regulatório do setor de telecomunicações no Brasil e as condições de legalidade da regulação assimétrica de serviços com fundamento na aplicação do conceito de poder de mercado significativo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 196-222, abr./jun. 2008.

MAZZA, Alexandre. **Agências Reguladoras**. Coleção: Temas de Direito Administrativo n. 13. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Luiz de Anhaia. **O problema económico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo: Gráfica da Prefeitura, 1940.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MISES, Ludwig von. **Ação humana: um tratado de economia**. 31 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MONTEIRO, Eduardo Müller. **Uso político do setor elétrico**: uma metodologia de análise baseada na teoria dos grupos de pressão. Rio de Janeiro: Synergia; São Paulo: FAPESP, 2010.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de; TORRECILLAS, Geraldo Leopoldo da Silva. Por uma nova economia política: notas críticas à teoria neoclássica, ao direito econômico e à política econômica: uma contribuição epistemológica para os preceitos de administração pública no contexto da globalização contemporânea. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 227-240, jan./mar. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockman. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 101-117, jan./mar. 2009.

_____. **Direito das concessões de serviço público** – inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros/SBDP, 2010.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 107-139.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016, p. 249-270.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** – A questão fundamental da democracia. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p. 153-181, out./dez. 2007.

_____. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n.22, p.61-95, abr./jun. 2008.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos** – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte, Fórum: 2008.

NIETO, Estela Rivas. **Los tributos atípicos**. Madri: Marcial Pons, 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORTH, Douglass Cecil. **Transaction cost, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário & Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Lecciones de administración (y políticas públicas)**. Madrid: Iustel, 2011.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986.

PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *In: Brookings papers on economic activity: microeconomics*, 1989. Disponível em: <www.brookings.edu/~media/Projects/BPEA/1989-micro/1989_bpeamicro_peltzman.PDF>. Acesso em: 21 ago. 2015.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva *et alii*. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 140-185.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PICCHIA, Lucia Del. Poder normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 331-361.

PIMENTA, André Patrus Ayres. Aspectos regulatórios e tributários da conta de compensação de variação de valores dos itens da ‘parcela A’ – CVA. In: BORGES, Eduardo de Carvalho; LEME, Delvani (coord.). **Tributação no setor elétrico**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 39-51.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. Forense: Rio de Janeiro, 1941.

PRADO, Mariana Mota. O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei nº 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 119, abr./jun. 2008.

_____. O setor de energia elétrica. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico: Direito e Economia na regulação setorial**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

RIMMER, Stephen. **Better regulation for growth: governance frameworks and tools for effective regulatory reform**. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713045004/Rendered/PDF/556390WP0Box031tion0Policy01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 10.931, de 09 de janeiro de 1997**. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2010.931.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 11.127, de 09 de fevereiro de 1998**. Institui o Sistema Estadual de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros - SETM, cria o Conselho Estadual de Transporte Metropolitano Coletivo de Passageiros - CETM e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2011.127.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito**. São Paulo: Noeses, 2011.

ROCHA, Fábio Amorim da. **As irregularidades no consumo de energia elétrica: doutrina, jurisprudência, legislação**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

RODRIGO, Delia; RIMMER, Stephen. **Better regulation for growth: institutions for regulatory governance**. Washington, DC: Investment Climate Advisory Services - World Bank Group, 2010. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/13/000334955_20100713033451/Rendered/PDF/556350WP0Box0310Governance01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 17-44.

SADDI, Jairo. É possível a análise econômica da Constituição?. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 80-90.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15-59.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Manual de Direito Fiscal**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: **Justiça Tributária – 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 133.

SANT'ANA, Diogo. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365-392.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília: ENAP, 2006, p. 105-130.

SANTOS, Marlisson Marcel da Cruz. A inconstitucionalidade da taxa de fiscalização da ANEEL. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 13, n.78, p.227-254, nov./dez. 2015.

SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 469, de 03 de fevereiro de 2014**. Aprova, em caráter emergencial, a implantação do Programa de Incentivo à Redução de Consumo de Água da Sabesp, que tem por objetivo bonificar, com 30% de redução nas tarifas de água e esgoto, os usuários atendidos pelo Sistema Cantareira que reduzirem em 20% o seu consumo mensal, durante a vigência do Programa. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=265272>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 480, de 31 de março de 2014**. Amplia a área de abrangência e estende o período de vigência do Programa de Incentivo à Redução de Consumo de Água da Sabesp e dá outras providências. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em:

<<http://www.arsesp.sp.gov.br/BancoDadosAudienciasPublicasArquivos/ldl4802014.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SÃO PAULO. Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo. **Deliberação nº 545, de 07 de janeiro de 2015**. Dispõe sobre a autorização da implantação da tarifa de contingência pela Sabesp, visando à redução do consumo de água em face da situação de grave escassez de recursos hídricos. São Paulo: ARSESP, 2014. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=279945>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional? In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Coord.) **Crise e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 375-414.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Traduz. Português. 3 ed. São Paulo: Cultrix, 1971.

SCAFF, Fernando Facury. A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 67-101, jul./set. 2003.

SCHAUER, Frederick F. **The force of law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 197-216, out./dez. 2005.

_____. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse público**. Porto Alegre: Notadez, n. 30, p. 80, mar./abr. 2005.

_____. Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade. In: SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142-169.

_____. Geração de energia elétrica o Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 141-168, jul./set. 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O custo dos direitos: o caso da gratuidade prevista no Estatuto do Idoso e a remuneração do concessionário de transporte urbano (comentários a acórdão do Supremo Tribunal Federal). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 215-240, jan./mar. 2008.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Leandro Novais e; FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Regulação econômica das rodovias públicas na perspectiva dos direitos fundamentais e da Análise Econômica do Direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 111-142, jan./mar. 2007.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento: a função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 123-140, abr./jun. 2013.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **Direito Constitucional e Regulatório: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SMITH, Warrick; SHIN, Ben. **Regulating infrastructure: funding regulatory agencies**. Washington, DC: Country Dept.I – Latin American and the Caribbean Region. *Economic Notes* n.5. September, 1995. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1995/09/01/000009265_3970311123201/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Extensão do poder normativo das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. PPP – Parceria Público-Privada: uma inovação para a Administração Pública Brasileira – Amortização dos Investimentos – Cessão de Créditos e Outorgas de Direitos – Pagamentos Preferenciais. **Direito Administrativo em Debate - 2ª série**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 273-283.

_____. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 143-163, jan./mar. 2007.

SOUSA, Rubens Gomes de; ATALIBA, Geraldo; CARVALHO, Paulo de Barros. **Comentários ao Código Tributário Nacional – Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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/FGV, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.

STERN, Jon; CUBBIN, John. **Regulatory effectiveness**: the impact of regulation and regulatory governance arrangements on electricity industry outcomes. Washington, DC: World Bank Policy Research Working Paper 3536, Março 2005. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/03/11/000012009_20050311141647/Rendered/PDF/wps3536.pdf>. Acesso em: 09 maio 2012.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da Regulação e políticas públicas**. São Paulo: SBDP/Malheiros/FGV, 2014, p. 47.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Da regulação política à regulação técnica: o efeito da liberdade empresarial nos serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 55-62, abr./jun. 2009.

_____. Dever regulamentar nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 33-55, jul./set. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. A superação da condição de empresa estatal dependente. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n.12, p. 9-49, out./dez. 2005.

SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p. 33-65, jul./set. 2003.

_____. **The cost-benefit state**: the future of regulatory protection. Chicago: ABA, 2002.

_____. **Simpler**: the future of government. New York: Simon & Schuster, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 20.741/DF**. Relator Min. Ari Pargendler. Julgado em 09 maio 1996. Brasília: STJ, 1996. Disponível em:

<[www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(“ARI+PARGENDLER”\).min&processo=20714&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(“ARI+PARGENDLER”).min&processo=20714&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 09 out. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. **Recurso Especial nº 480.692/MS**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 10 jun. 2003, Brasília: STJ, 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=412207&num_registro=200201462376&data=20030630&formato=PDF>. Acesso em: 06 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9-DF**. Relator Min. Néri da Silveira. Julgado em 28.06.2001. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=9&processo=9>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4/DF**, Relator Min. Moreira Alves, julg. 3.03.1993, p. 52-53. Brasília: STF, 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.491/DF**, Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 01.07.1998. Brasília: STF, 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1491&processo=1491>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.468-0/DF**, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29.06.2001. Brasília: STF, 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2468&processo=2468>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 600.237**. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8182374>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Conflito de Atribuições nº 35**, Relator Min. Sydney Sanches. Julgado em 02 dez. 1987. Brasília: STF, 1987. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25588>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Recurso Extraordinário nº 117.315/RS**, Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 19 abr. 1990. Brasília: STF, 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206825>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 422.941-2/DF**, Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 05 dez. 2005. Brasília: STF, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368446>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Recurso Extraordinário nº 556.854**. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 30 jun. 2011. Brasília: STF, DJe-195 divulg. 10.10.2011, publ. 11.10.2011, RT v. 100, n. 914, 2011, p. 430-446. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2542263>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Súmula 71**: “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto”. Sessão de 13 dez. 1963. Brasília: STF, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=71.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **Súmula 546**: “Cabe restituição do tributo pago indevidamente quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo”. Sessão de 03 dez. 1969. Brasília: STF, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=546.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 17 out. 2015.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes (besteuerungsmoral und steuermoral)**. Traducción, presentación y notas a cargo de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2011.

UNIÃO FEDERAL. **Decreto Federal nº 509, de 20 de março de 1969**. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. Brasília: Governo Federal, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/Del0509.htm>. Acesso em: 29 jan. 2016.

UNIÃO FEDERAL. **Decreto-lei nº 2.186, de 20 de dezembro de 1984**. Institui o imposto sobre serviços de comunicações, e dá outras providências. Brasília: Governo Federal, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2186.htm>. Acesso em: 07 nov. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília: Congresso Nacional, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 5.070, de 7 de julho de 1966**. Cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e dá outras providências. Brasília: Congresso

Nacional, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5070.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978.** Dispõe sobre os serviços postais. Brasília: Congresso Nacional, 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6538.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília: Congresso Nacional, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jun. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal 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: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorgas e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 03 maio 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 9.478, de 06 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: Congresso Nacional, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei Federal nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm#art35>. Acesso em: 10 set. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro

de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 11 out. 2015.

UNIÃO FEDERAL. **Medida Provisória nº 2.152-2, de 01 de junho de 2001**. Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2152-2.htm>. Acesso em: 10 jul. 2015.

UNIÃO FEDERAL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Portaria nº 075/GM5, de 06 de fevereiro de 1992**. Institui a liberação monitorada das tarifas aéreas domésticas. Brasília: ANAC, 1992. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-1992/portaria-no-75-gm5-de-06-02-1992/@@display-file/arquivo_norma/port075GM5.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2015.

UNIÃO FEDERAL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Portaria nº 1055/GC5, de 1º de novembro de 2012**. Brasília: ANAC, 1992. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-1992/portaria-no-75-gm5-de-06-02-1992>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

UNIÃO FEDERAL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução Normativa ANEEL nº 166, de 10 de outubro de 2005**. Estabelece as disposições consolidadas relativas ao cálculo da tarifa de uso dos sistemas de distribuição (TUSD) e da tarifa de energia elétrica (TE). Brasília: ANEEL, 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2005166.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

VALDIVIA, Diego Zegarra. Apuntes en torno a la caracterización jurídica de los usuarios de servicios públicos y la actividad de la Administración reguladora. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 33-53, jan./mar. 2011.

VALLÉ-HARDY, Benoit. **O que é um conceito?** Prefácio: Alice Maria Araújo Ferreira. São Paulo: Parábola, 2013.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 9-42, out./dez. 2011.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito Econômico Regulatório**. Série GV-Law. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81-109.

VILLEGAS, Hector Belisario. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 9 ed. Buenos Aires: Astrea, 2009.

WALD, Arnaldo. Perfil constitucional dos serviços locais de gás canalizado. **Revista de Direito Público da Economia – RPDE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 7-34, out./dez. 2007.

WIMMER, Miriam. Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p.183-207, out./dez. 2007.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Português no Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAGO, Luis Henrique. O método dialético e a análise do real. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 127, jun./2013, p. 109-124. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/Kr/v54n127/n127a06.pdf> Acesso em: 29 mar. 2016.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.