

A regulação por incentivos como forma de efetivação do princípio da eficiência na prestação de serviço público

Fernanda Piaginni Romanelli

Bacharela em Direito pela UFMG. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Pós-graduanda em Gestão Pública pela Fundação João Pinheiro. Advogada. Gerente de Apoio ao Controle Externo da Prefeitura de Belo Horizonte.

Resumo: Os serviços públicos são de titularidade exclusiva do Estado, mas podem ter a sua execução transferida ao particular. Alguns serviços podem ser explorados por diferentes agentes mediante concorrência. Contudo, outros devem ser delegados a apenas um concessionário ou grupo econômico. Nessas oportunidades em que a exploração econômica é realizada por um agente econômico, a exploração do contrato tende à ineficiência. Um dos melhores mecanismos de otimização da prestação do serviço é o incentivo de comportamentos através da remuneração proporcional ao ótimo do serviço. Este artigo cuida das situações em que o regime de monopólio pode ser otimizado pela remuneração incentivada.

Palavras-chave: Serviços públicos. Monopólio. Regulação estatal. Autorregulação. Remuneração incentivada. Remuneração tradicional. *Cost plus e rate of return*. *Price cap*. *Yardstick regulation*. Receitas alternativas. Receitas complementares e subsídio.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, em particular o art. 170, opta pela livre iniciativa econômica, e, visto que o país é um estado democrático de direito, cada cidadão tem a liberdade de investir no empreendimento que julgar conveniente. Entretanto, esse acesso não é indiscriminado a todos os setores da economia, uma vez que o mercado, em regra, oferece obstáculos àqueles que nele desejam ingressar. Esses obstáculos ou “barreiras à entrada” podem ser de ordem financeira, competitiva, tecnológica, moral ou legal.

O Estado, por um lado, se afastou da atividade econômica em sentido estrito “salvo daquelas de interesse de segurança nacional ou relevante interesse social” para regular o comportamento do particular determinando a este, que, ao exercer a atividade econômica, obedeça aos parâmetros estipulados pelo mercado. Por

outro lado, o Estado trouxe para si a titularidade de serviços públicos passíveis de exploração de atividade econômica, os quais se submetem à regulação direta do Estado para que atendam os interesses sociais.

Considerando tais serviços como espécies de atividade econômica, a principal barreira de entrada ao seu exercício é a licitação, normalmente realizada na modalidade concorrência¹. A delegação desses serviços é feita sob a forma de concessão. Essa escolha legislativa ocorreu por ter o constituinte entendido que os setores determinados na Carta Federal são estratégicos ao Estado e/ou à sociedade e, por isso, não poderiam ficar disponíveis; assim, mesmo que delegados, os serviços desses setores devem ser assegurados pelo Estado.

Entretanto, a exclusividade da prestação do serviço, por um lado, demonstra ser um ganho na questão estratégica, mas, por outro, pode gerar grande ineficiência desses serviços devido às ausências de estímulos adequados e capazes de induzir o comportamento do concessionário para que este desenvolva o seu trabalho de forma que garanta um equilíbrio entre os interesses dele mesmo, do usuário do serviço e do Estado.

Se a titularidade do serviço público é única, a sua exploração não precisa ser. Os estudos econômicos apontam a concorrência de mercado, por via de regra, como um meio de se alcançar um ponto ótimo no mercado com o fim de beneficiar ao máximo o consumidor. Esse benefício se daria não somente nos preços dos produtos ofertados, mas também na qualidade e na quantidade disponível.

Dessa forma, deve o administrador público ser diligente para procurar meios de maximizar a qualidade, a quantidade e o preço, quando for o caso, desses serviços. Trata-se da dedicação multidisciplinar de estudos de mercado, viabilidade econômica, tecnologias, etc, em momentos de planejamento pré-licitatório, o que está plenamente adequado aos princípios norteadores do serviço público.

Para tanto, a regulação de incentivos é um instrumento precioso para a administração. Afinal, ao delegar serviços a terceiros, o Poder Público pode estabelecer critérios para que haja uma renovação tecnológica e melhora na prestação do serviço para a sociedade como um todo, sem que esta deixe de ser vantajosa ao prestador, que sempre busca o lucro.

2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de eficiência adotado neste trabalho será o do professor Paulo Modesto (2000, p. 150-120):

a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público.

O princípio da eficiência foi formalmente introduzido no *caput* do art. 37 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/98. Mas isso não significa que essa norma não estava implícita na Constituição como decorrente da legalidade e do interesse público — pois nunca houve base legal para a ineficiência. Trata-se de uma interpretação lógica da ordem constitucional que limita os atos da administração àqueles previstos em lei e permite uma discricionariedade limitada, orientada pelo interesse público.

Positivar o princípio no *caput* do artigo foi apenas decorrência da urgência social de melhorar a qualidade na gestão da Administração Pública e os serviços que ela presta. Afinal, se o serviço é considerado público por força constitucional ou legal, cabe ao Estado não apenas o poder da titularidade deste serviço como também o dever de diligenciar para que este seja prestado da melhor forma possível, com o menor dispêndio da verba pública e com o maior benefício para o cidadão que o recebe. A celebração e execução de um

¹ Salienta-se a natureza jurídica controversa do RDC. Alguns autores sustentam que a lei criou nova modalidade licitatória além daquelas previstas na Lei n. 8.666/93. Caso assim seja considerado, as modalidades licitatórias para a concessão de serviço público foram expandidas.

contrato público eficiente decorre de uma interpretação lógica da ordem constitucional que limita os atos da administração àqueles previstos em lei e permite uma discricionariedade limitada, que deve ser orientada pelo interesse público.

Mas, mesmo anteriormente à Emenda Constitucional n. 19/98, podia-se, na literalidade da Lei Maior, apontar diversos trechos em que o constituinte expressou a necessidade de a administração pública ser eficiente.² O prof. Paulo Modesto, no mesmo artigo, relewa que o princípio da eficiência, como todos os demais, é instrumental e deve ser ponderado com os demais existentes.³ Entretanto, a sua adequação ao sistema jurídico deve contemplar a eficácia do serviço público, com a otimização dos meios e a satisfatoriedade dos resultados⁴. Trata-se, portanto, da busca por gastos módicos e proporcionais ao benefício que deve ser otimizado de forma satisfatória para a Administração e para o interesse público.

2.1 Princípio da eficiência e regulação

O Estado ampliou muito as suas atribuições após a Constituição de 1988 por trazer para si atividades de regulação e fomento, além da sua atividade direta, sempre atuando de acordo com o interesse público. Dessa forma, principalmente após as privatizações, a regulação ganhou mais força na ordem nacional. O Estado age para equilibrar as forças do mercado e a qualidade da prestação alheia por ser o único agente com capacidade econômica e coercitiva para controlar o comportamento privado e estabelecer o bem-estar social a partir, dentre outras coisas, do comportamento eficiente dos particulares.

Entretanto, para garantir essa qualidade de comportamento, deve também a Administração se auto organizar para tanto. A forma tradicional do Estado, na qualidade de administrador, de regular o comportamento, é basear-se em leis com regras rígidas e sanções predeterminadas. Contudo, é justamente no momento discricionário da elaboração do edital que a regulação por incentivos encontra o seu espaço, procurando estabelecer critérios que garantam a prestação eficiente do serviço público.

3 O MONOPÓLIO

A palavra “monopólio” deriva do grego, *monopolion*, formada da palavra *monos*, só, e *polein*, vender, significando venda de um só. Nesse sentido, esclarece Misabel Vaz (1993): “o regime econômico, no qual o detentor único de qualquer mercadoria ou serviço, numa quantidade qualquer, mas determinada, é livre para realizar, através de seu preço ou do sistema de preços, o máximo de utilidade”. O monopólio se opõe ao regime de concorrência perfeita.⁵

A Carta Federal, no art. 170, opta pelo regime de livre iniciativa como regra e a concorrência regulada nos casos em que a lei determinar, pois nem sempre o regime concorrencial, exclusivamente regulado

² São exemplos: o art. 144, II, que ordena que a organização interna dos poderes seja bem organizada e eficiente, cabendo, caso contrário, sanção pelo Tribunal de Contas; o art. 70, ao delegar ao Tribunal de Contas a fiscalização da “legalidade e economicidade” dos atos da administração; e o art. 144, § 7º, que determina que os órgãos de segurança pública devem ser organizados “de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

³ “não possui caráter absoluto, mas irradia efeitos em quatro dimensões: cumpre uma função ordenadora, uma função hermenêutica, uma função limitativa e função diretiva”. *Idem*.

⁴ Entende-se eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isso. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência.

A imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere-se a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis:

a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios;
b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública.

⁵ “pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou vendedores cuja igualdade de condições impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços”. (VAZ, 1993, p. 27).

pelo mercado, é viável. A fim de evitar abusos e ineficiências que costumam ser gerados por um sistema monopolista, deve o Estado exercer a sua atividade reguladora e normativa para garantir que a concorrência do mercado seja meio para o alcance da dignidade da pessoa humana, como preconizado no art. 170 da Constituição. Assim, a regulação de um serviço monopolista é necessária, seja ele público ou não, para balancear os interesses do prestador e do usuário.⁶

Essa atuação estatal é importante, pois um bem ou serviço que é passível de uma demanda de grande escala normalmente se confunde com algo de interesse da coletividade e, não raramente, quando o monopólio é estatal, costuma tratar-se de um serviço público em sentido amplo, que deve ser delegado por meio de licitação. Se, por outro lado, o ganhador da licitação for único, devem-se evitar as distorções no mercado que este pode causar. Até que a legislação e as tecnologias existentes se alterem, não existe a possibilidade de ingresso de novos concorrentes no mercado licitado, o que, sem dúvida, gera distorções no regime do mercado.

Percebe-se, portanto, que a regulação estatal sobre o monopólio de titularidade exclusiva do Estado deve ser direcionada ao atendimento dos princípios do art. 37 da Constituição.

3.1 Tipos de monopólio

3.1.1 Monopólio natural

Segundo Mankiw (1999, p. 312), o monopólio como melhor forma de atuação de uma empresa “surge quando uma única empresa pode oferecer um bem ou serviço ao mercado inteiro por um custo menor do que ocorreria se existissem duas ou mais empresas no mercado”. Ou seja, quando a forma eficiente de organizar a produção em relação ao tamanho do mercado é atendida pelo monopolista, quando existem elevadas economias de escala e escopo, de forma que é ineficiente a concorrência. Não se trata de uma criação da lei, mas do mercado em uma situação em que a concorrência torna inviável ou ineficiente a atividade. Trata-se de circunstância oposta à concorrência perfeita.

Raymond Barre (1975) citado por Cordovil (2005, p. 130) descreve o modelo de concorrência perfeita, com a reunião dos seguintes fatores: atonicidade do mercado⁷; homogeneidade do produto⁸; inexistência de barreiras à entrada⁹; simetria de informação¹⁰ e facilidade de saída e entrada do mercado. Logicamente, esse é um modelo perfeito, mas a realidade possui distorções e, para corrigi-las, existe a regulação. Entrementes, a ausência ou deficiência de um desses fatores pode levar a concorrência a um modelo ineficiente e, com isso, gerar um monopólio natural.

Dois exemplos são as entidades que exploram energia elétrica e o transporte público urbano. No primeiro exemplo, os custos de manutenção e instalação são muito altos, de forma que a existência de concorrentes inviabilizaria a exploração da atividade. No segundo, a impossibilidade ocorre devido ao caos que seria a concorrência entre várias empresas atuando nas mesmas vias e mesmos horários por privilegiarem as vias mais lucrativas.

⁶ 1) garantir os direitos dos consumidores de receber o serviço com a qualidade estabelecida no contrato de concessão e de pagar por esse serviço uma tarifa justa. A tarifa justa evita que os consumidores paguem encargos indevidos, como também paguem valores insuficientes que conduzam a deterioração na qualidade do serviço; e 2) garantir os direitos dos prestadores do serviço que atuam com eficiência e prudência de obter ganhos suficientes para cobrir custos operacionais e obter adequado retorno sobre o capital investido. (FARIAS, 2004, p. 33).

⁷ “Existência de um grande número de entidades econômicas sem que uma delas possa exercer ação sobre a produção e preço da indústria.” (CORDOVIL, *Op. cit.*, 2005, p. 130).

⁸ “Na comparação entre dois produtos não há razão diversa do preço para que o consumidor prefira um ou outro serviço.” (*Ibidem*, p. 130).

⁹ “Qualquer interessado pode produzir, sendo-lhe garantido o acesso aos fatores de produção.” (*Ibidem*, p. 130).

¹⁰ “Pleno conhecimento por todos os produtores dos fatores de produção.” (*Ibidem*, p. 130).

3.1.2 Monopólio legal

O monopólio legal ocorre quando a lei cria o regime de monopólio em determinado setor. É o caso, por exemplo, daqueles criados temporariamente para a propriedade intelectual e permanentemente para os serviços públicos.

No primeiro caso, trata-se da proteção legal como forma de incentivo à criação científica. No segundo, trata-se da proteção a setores considerados de relevante interesse social ou estratégico para o Governo. A Administração guarda para si a titularidade de determinado setor, embora possa delegá-la a terceiros, particulares ou membros da própria Administração. Em muitas situações, como nas hipóteses de transporte público urbano e de fornecimento de energia elétrica, os serviços que são considerados públicos e, portanto, exclusivos da Administração, são também monopólios naturais. Isso ocorre porque normalmente os serviços suscetíveis a monopólios naturais são de difícil exploração e, por isso, acabam sendo estratégicos, exigindo atuação estatal.

Assim, a singularidade desses serviços, aliada à escassa exploração, pode tornar o monopólio um grande interesse da coletividade — parâmetro para definição de serviço público. Entretanto, o que em um momento é impossível de acontecer em regime de concorrência é possível em outro.

Este é o caso, por exemplo, dos serviços de telefonia. Em princípio, as operadoras deveriam, cada uma, instalar os seus próprios cabos, o que inviabilizaria a exploração de mais de um agente. Quando passou a ser possível a transmissão de chamadas pelos mesmos cabos e a diferenciação das operadoras por códigos, o serviço foi aberto para a exploração concorrencial do mercado. Contudo, mesmo sendo possível a exploração de mais de uma empresa, os serviços de telecomunicações são prestados por oligopólios. A restrição à entrada no mercado, prevista no art. 84, § 1º, da Lei n. 9.472/97, ocorre por continuar sendo um serviço cuja implementação e prestação é muito onerosa às prestadoras.

Por isso, cada Estado federado tem poucas operadoras de celular. Essas operadoras concorrem entre si nos principais centros urbanos. Contudo, para ser viável a prestação do serviço em regiões mais afastadas, estas são divididas pelas operadoras que exercem monopólio sobre tais áreas. Essa também é a linha de organização das empresas aéreas. Mercados tão restritos precisam ser fortemente regulados. Nesses casos, a regulação é realizada pela Anatel e pela Anac, autarquias criadas para exercer o controle estatal sobre tais atividades.

3.1.3 Monopólio estatal

O monopólio estatal corresponde aos setores cuja titularidade cabe apenas ao Estado. Aqui se inserem as atividades estatais em sentido lato: desde a atividade legislativa e jurisdicional, passando pelo poder de polícia, até o conceito de serviço de utilidade pública ou de serviço público passível de exploração de atividade econômica.

Segundo a regra do art. 175 da CR, os serviços públicos em sentido estrito podem ser delegados. Por outro lado, funções essenciais ao Estado — como a legislativa, a judiciária e o poder de polícia — não podem ser entregues nas mãos do particular. É importante frisar que, segundo a Lei n. 8.987/95, embora a titularidade do serviço público seja monopólio do Estado, a sua delegação deve ocorrer, em regra, sem exclusividade. Contudo, os casos do presente estudo estão contidos no art. 16 da mencionada lei, constituindo, em sua maioria, monopólios naturais.

Todavia, a entrega da execução do serviço a um único particular (ou a um único consórcio vencedor da licitação) pode receber incentivos concorrenciais. Isso pode ocorrer tanto para empresas dentro do mercado,

agindo em regime de livre concorrência, quanto em situações monopolistas em que se cria uma empresa hipotética que atua como parâmetro de remuneração da prestadora.

3.2 Monopólio e ineficiência

O monopólio, por si, não é uma escolha ineficiente. Existem, como já exposto, casos em que a sua implementação é necessária ao sucesso da prestação do serviço. Contudo, uma firma monopolista tende a controlar o seu mercado, diminuir a produção e aumentar o preço do produto. Logicamente, cabe ao Estado, em um processo de regulação, impedir que o monopolista assim atue.

Porém, sem a concorrência do mercado, o monopolista também tende à ineficiência, visto que não precisa de inovar tecnologicamente ou fazer investimentos, o que causa malefícios para a sociedade. No caso do serviço público, o Estado tem o dever de estabelecer os limites de captação de tarifas e de qualidade de prestação. O modelo privatista, que norteou as reformas no serviço público na década de 90, foi além:

Por isso, observadores argutos como Umberto Allegretti concordam que 'o interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social [...]'; levando publicistas desbravadores, como entre nós destacadamente Odete Medauar, a concluir que 'Após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade'. (MOREIRA NETO, 2000, p. 127, 137-138).

Em princípio, a regulação do Poder Público sobre os seus serviços ou bens se limitava aos preços e às quantidades em que eram oferecidos. No entanto, a primeira vez que um monopólio recebeu um tratamento incentivado foi na década de 50 quando *Boïeux* e outros criaram o sistema de *cost plus* para a *Eletrecité de France*.

Após evoluções de teorias liberais e econômicas, percebeu-se que, com determinados estímulos, os monopólios podiam expressar o mesmo ótimo de uma concorrência. Paralelamente, a evolução tecnológica permitiu que alguns desses serviços (como as telecomunicações) deixassem de ser monopólios. Esses serviços têm como características em comum o fato de serem básicos para a vida econômica e social, suas transações afetarem a própria coletividade, poderem existir em economias de escala e escopo (monopólios naturais) e possuírem características em que a coordenação é mais vantajosa do que a competição.

A justificativa econômica para a regulação é a existência das falhas de mercado¹¹. Por isso, a regulação é importante instrumento para atribuir segurança ao serviço ou bem oferecido, sendo estabelecidos critérios mínimos de comercialidade com padrões legítimos para todas as partes. O Estado pode exercer o seu poder de regulação sobre o particular ou sobre si mesmo nos contratos que assina. Entretanto, a liberdade estatal de atuar em situações definidas em lei é restrita pela própria ordem administrativa existente. A atividade administrativa deve ser exercida dentro dos limites da legalidade, da moralidade e da probidade, agindo em busca de eficiência e orientando-se pelo interesse público.

Ao determinar as cláusulas de um contrato administrativo, o Estado não age como interventor em conduta alheia, visto que é o próprio titular e concedente daquele contrato. Por essa razão, não é necessário que esteja positivado no ordenamento os modos de execução do contrato, afinal, essas condições devem ser estudadas e estabelecidas caso a caso para que a prestação ocorra da melhor forma possível, dentro dos princípios norteadores do serviço público (art. 37 da Constituição).

¹¹ Informações assimétricas, indivisibilidades, externalidades, comportamento conclusivo ou não otimizante dos agentes ou a impossibilidade de concorrência.

Assim, em palestra ministrada na IV Jornada de Estudos de Regulação, o diretor do BNDES, José Carvalho Ferraz, ao se referir à política do banco para desenvolvimento produtivo, sustentou que “Regulação e incentivos são instrumentos que não devem viver por si mesmos. Devem estar em função de um objetivo maior, de uma política e, portanto, a necessidade de coordenação, senão essas coisas vão cada uma para um lado” (MARQUES NETO, 2004, p. 331-351).

Em fase pré-contratual, deve o administrador estabelecer os seus objetivos e estipular os parâmetros para atingi-los a partir de um planejamento coeso a fim de alcançar a eficiência dessa prestação. Dessa forma, a Administração específica no edital as formas de incentivar a conduta do particular para que, ao assinar um contrato de concessão, ele preste serviço de forma satisfatória e tente superar à medida que o tempo passa. Atrelado a isso, pode-se também acrescentar ao contrato sanções por não conseguir atingir o mínimo do que foi exigido, salvo se ocorrer algum dos fatores que alteram o equilíbrio econômico-financeiro.

A regulação deve abranger todos os serviços prestados — a chamada cesta de serviços —, pois alguns podem ser eficientes se prestados por um único concessionário (como a energia elétrica); outros podem sofrer pressões e concorrências (como as concessionárias de transporte urbano). São aspectos a serem observados pelo órgão regulador: controlar a quantidade e a qualidade do serviço para maximizá-lo sem criar distorções lucrativas ao concessionário, garantir a universalidade do serviço, a prestação eficiente e o progresso tecnológico.

4 REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Segundo o prof. Floriano Azevedo Marques Neto (2004, p. 338), os serviços públicos “envolvem a mobilização de recursos para a sua boa prestação.” Eles podem ser prestados pelo particular ou diretamente pelo Estado, mas sempre implicará custos. Por isso, o professor enumera duas questões econômicas sobre as quais o Estado deve se debruçar ao decidir como será a prestação de um serviço público: “(i) de onde virão os recursos necessários a tornar o serviço disponível, (ii) quem remunerará a prestação” (NETO, 2004, p. 338). Ao delegar a prestação de um serviço público, a administração pública, então, o realiza mediante remuneração ao particular vencedor da licitação. A ponderação dos valores dessa remuneração deve considerar os interesses envolvidos na concessão,¹² tanto o interesse privado quanto o público.

O fato de a execução do contrato ser delegada não implica transferência da titularidade do serviço. O Estado continua responsável pelo objeto da prestação e pela fiscalização e regulação. Dessa forma, o contrato possui em si cláusulas regulamentares, e a administração continua com a possibilidade de ingerência sobre o comportamento do prestador, além de continuar servindo a um interesse público e se submetendo aos princípios do regime administrativo.

Por outro lado, deve o concessionário, que se submete ao regime público de um contrato, ter assegurado o seu equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, o particular colaborador tem a garantia de que perceberá, do início ao fim da execução do contrato, na mesma proporção, a remuneração que tinha como expectativa no ato da assinatura do contrato.

É importante destacar a posição do prof. Floriano Azevedo Marques Neto, que alerta sobre a inexistência de qualquer disposição legal que determine a origem da remuneração dada ao particular. Não é intrínseco

¹² “Os autores franceses Georges Vedel e Pierre Delvolvé (1984:1139) realçam um dado que é fundamental dos vários aspectos da concessão dos serviços públicos. Observam eles que ‘a concessão de serviços públicos se constitui de duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão’:

- De um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração.
- De outro lado, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está à sua testa, o máximo de proveito possível (DI PIETRO, 2011, p. 75-76).

ao contrato de concessão que seja o usuário aquele quem remunera o serviço. Ao revés, uma vez que o Estado tem autoridade para determinar a tarifa, pode estipular que o seu valor seja igual a zero.

Exemplificativamente, o professor explica o projeto “Tarifa Zero” de São Paulo, que objetivou a reestruturação do transporte público. O serviço não era remunerado pelo usuário, mas por um fundo proveniente de receitas tributárias, e a contrapartida da concessionária seria aferida a partir da medição de utilização de cada passageiro por quilômetro rodado.¹³ O transporte gratuito cumpriria função muito mais universalizante do que aquele modelo que cobra as tarifas dos usuários.

Visando alcançar a modicidade tarifária (ou seu custo zero), o Poder Público pode delegar o serviço e remunerá-lo sob a forma de subsídio ou de reequilíbrio econômico-financeiro. Os subsídios podem ocorrer de três formas: (i) entre serviços, quando um serviço superavitário compensa outro deficitário, (ii) entre usuários, quando aqueles que têm maiores condições pagam mais e outros usuários com menos condições pagam menos, (iii) subsídio externo, quando o próprio Estado arca com a diferença.

Conforme reconhece o prof. Marques Neto, o subsídio de serviços públicos pelo Estado é opção administrativa muito comum para viabilizar a prestação de serviços públicos, como ocorre no transporte coletivo. Os subsídios entre serviços são o objetivo frequente dos recursos gerados pelas receitas alternativas ou complementares. Outra possibilidade desse subsídio ocorre quando o serviço tem várias opções de exploração (ex: várias linhas de ônibus), e alguns deles compensam outros (linhas lucrativas suprem o *deficit* de linhas que causam prejuízos).

A opção de pagamento subsidiado por outros usuários também tem a sua utilização. Nessa hipótese, existe a linha argumentativa para que o transporte público seja subsidiado pelos usuários de carro. Afinal, dado que a maioria dos automóveis tem capacidade para ao menos cinco pessoas e não raramente é ocupada por somente uma, o espaço que cada veículo com uma pessoa ocupa no trânsito costuma ser o grande responsável pela superlotação das vias urbanas. Se essas mesmas pessoas, que têm condições de comprar e manter um carro, utilizassem o transporte coletivo, provavelmente o trânsito seria melhor. Por isso, segundo essa perspectiva, deveria subsidiar o transporte coletivo aquele que utiliza o transporte particular. Obviamente, para que se exija a utilização universal do transporte coletivo, é necessário que o serviço oferecido alcance um padrão de aceitabilidade universal de utilização.

Contudo, nem sempre o subsídio é uma alternativa juridicamente possível. Um exemplo é o art. 70 da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações)¹⁴, que proíbe o subsídio, entre outras condutas, com vistas a reduzir artificialmente o preço como “práticas prejudiciais à competição livre”.

É importante frisar que a opção entre subsidiar um serviço público, parcial ou completamente, e delegar esse ônus ao usuário é uma decisão do gestor público, que deve ter em vista os compromissos que assumiu quando foi eleito.

¹³ A remuneração das concessionárias dar-se-ia por passageiro transportado por quilômetro, e a tarifa seria paga com recursos de um fundo integrado por receitas tributárias (basicamente advinda de impostos). Além do aspecto distributivo e social do projeto (lembramos que, mesmo baixa para os padrões internacionais e para a renda da classe média, a tarifa de ônibus é inacessível para grossas parcelas da população), o modelo favorecia a reestruturação do serviço, pois, sem preocupar com o custo da passagem, o usuário poderia montar seu itinerário de forma mais racional, diminuindo a necessidade de linhas que cubram longos percursos ou a demanda de pesados investimentos em estações segregadas de transbordo (transferência) de passageiros (MARQUES NETO, 2004, p. 351).

¹⁴ Art. 70. Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I — a prática de subsídios para redução artificial de preços;

II — o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;

III — a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem.

Contudo, salienta-se que a remuneração dos serviços efetuada diretamente pela Administração Pública provavelmente culminaria no aumento de tributos, e poucos provavelmente teriam condições de distinguir os que utilizam o serviço com frequência daqueles que o utilizam raramente. Não seriam mais os usuários do serviço, mas os munícipes, que arcariam com os custos do transporte coletivo, independentemente de quanto ou quando utilizassem o serviço. Saliente-se que o risco de essa cobrança ocorrer de forma desproporcional parece grande.

Por fim, alerta-se que, além do aumento de tributos, uma escolha como a defendida pelo prof. Marques Neto afetaria grande quantidade de recursos públicos, que passariam a integrar as despesas correntes. E, uma vez condicionadas a pagar gastos rotineiros, essas receitas não poderiam ser alocadas para investimentos em outras áreas de interesse público.

4.1 Remuneração tradicional

Tradicionalmente, na concessão clássica, o particular é remunerado pelo usuário do serviço. Entretanto, as Leis n. 8.987/95, n. 11.079/04 e n. 12.462/11 permitem formas de remuneração incentivada, vistas a seguir.

4.1.1 Tratamento legal

A fixação das tarifas é aspecto fundamental da relação contratual tríplice estabelecida na concessão de serviços públicos. A competência de legislar e regular sobre o tema é do mesmo ente titular deste serviço, dada a vinculação. A União disciplina escassamente o tema na Lei Geral de Concessões, apenas no aspecto vinculado à execução do serviço público. Cabe, então, a cada ente regular a sua política tarifária.

Expressamente, a Lei n. 8.987/95 permite a tarifação diferenciada como regulação de comportamento (art. 13) e a remuneração além do contrato (art. 11). A Lei n. 11.079/04 (Lei de PPP) também prevê hipóteses de utilização de remuneração variável “vinculada ao seu desempenho” (do parceiro privado), no art. 6º, § 1º. A Lei n. 12.462/11 (Lei do RDC) prevê a remuneração variável como uma diretriz a ser observada nas contratações realizadas por meio do RDC.

Contudo, dentro das hipóteses legais citadas, apenas o RDC foi regulamentado pelo Decreto n. 7.581/11, que se preocupou em definir critérios norteadores de aplicação da remuneração variável¹⁵: respeito ao limite orçamentário; parâmetro de aferição do desempenho do contratado; motivação do valor a ser pago; uso do benefício a ser gerado pela Administração como referência, sendo a remuneração proporcional a este benefício; exclusão dos ganhos provenientes do bom desempenho da administração do cômputo do desempenho do contratado.

Embora o Decreto n. 7.581/11 refira-se apenas à Lei do RDC e aplique-se somente na esfera federal, seus dispositivos são norteadores possíveis de utilização por todos os demais entes federados quando utilizarem

¹⁵ Art. 70. Nas licitações de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, parâmetros de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos pela administração pública no instrumento convocatório, observado o conteúdo do projeto básico, do projeto executivo ou do termo de referência.

§ 1º A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação e será motivada quanto:

I — aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado;

II — ao valor a ser pago; e

III — ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 2º Eventuais ganhos provenientes de ações da administração pública não serão considerados no cômputo do desempenho do contratado.

§ 3º O valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a administração pública.

§ 4º Nos casos de contratação integrada, deverá ser observado o conteúdo do anteprojeto de engenharia na definição dos parâmetros para aferir o desempenho do contratado.

a remuneração variável. Contudo, a falta de especificação normativa não é, em si, um fato contrário à remuneração variável. Percebe-se que mesmo a previsão do art. 70 do Decreto n. 7.581/11 tem apenas o caráter de nortear a escolha, delegando ao caso concreto a determinação da remuneração.

Na falta de maiores detalhes na lei positiva, os critérios de remuneração variável devem ser estipulados no edital e em conformidade com os princípios do regime jurídico administrativo, buscando a eficiência da prestação, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a modicidade das tarifas e o interesse público.

Segundo o economista Fernando Froes (2006, p. 557), a tarifa dos serviços públicos deve alcançar três objetivos: o equilíbrio econômico-financeiro, a eficiência do contrato e o acesso ao serviço público em atendimento aos princípios da universalização do serviço e da modicidade tarifária.¹⁶

Qualquer conflito entre o interesse dos concessionários e o usuário deve ser resolvido pelo princípio da associação, o qual estabelece que a solução do conflito deve ser voltada para conciliar os critérios de racionalidade econômica para fins de beneficiar o interesse particular e o coletivo. São exemplos da aplicação desse princípio as fórmulas remuneratórias que conciliam a remuneração com um fator de produtividade. Por fim, aceita-se, no caso da ocorrência de conflitos, a decisão de um tribunal arbitral.

5 A AUTORREGULAÇÃO ESTATAL

Segundo o prof. Bandeira de Mello (2010, p. 687), serviço público é definido como:

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 interesses definidos como públicos pelo sistema normativo brasileiro.

O prof. Floriano Azevedo Marques Neto (2004), a seu turno, considera o serviço público como espécie de atividade econômica. Classifica os serviços públicos em: delegáveis (art. 21 da CR) por meio de concessão, permissão ou autorização de serviço público (aqueles que devem ser delegados ao menos parcialmente, como é o caso dos relacionados com telecomunicações); e serviços que podem ser prestados pelos particulares de forma suplementar (assistência social e educação). Os primeiros são aqueles em que o Estado assume a titularidade por considerá-los de interesse público, mas pode delegá-los a terceiros por concessão, autorização ou permissão. Ainda, segundo o professor, a partir da Constituição, podemos concluir por concessão de serviço público aquela que possui as seguintes características:

i) Instrumento jurídico para a delegação da prestação do serviço público (art. 175, *caput*); ii) que se substancia em um contrato administrativo (art. 175, parágrafo único); iii) cuja extinção atende a um regime especial (art. 175, parágrafo único, I, *in fine*); iv) que prevê que a atividade seja oferecida diretamente aos cidadãos-usuários (art. 175, parágrafo único, II); v) que a remuneração seja compatível com uma política tarifária prevista em lei (art. 175, parágrafo único, III); e, finalmente, vi) que a atividade seja explorada dentro de parâmetros de suficiência e adequabilidade (art. 175, parágrafo único, IV).

Para este trabalho, importam os serviços delegados pelo Estado através de licitação, mensuráveis individualmente e passíveis de aferição de lucro quando explorados. A delegação pelo Estado, por si, afeta

¹⁶“(1) o objetivo financeiro, onde se buscar preservar o equilíbrio entre despesas e receitas, pressupondo-se a margem de retorno do concessionário; (2) o objetivo econômico, mirando-se a maximização do uso dos recursos e dos equipamentos disponíveis para os usuários; e (3) o objetivo social, em que se fixam metas de universalização do serviço público e do acesso aos equipamentos de infra-estrutura pública”.

o contrato com aspectos jurídicos de direito público. Salienta-se que não apenas os serviços prestados diretamente ao usuário podem ser remunerados de forma incentivada, pois os serviços prestados à administração, como nos casos de PPP administrativa ou concessão de obra pública, podem receber tratamento semelhante.

Portanto, esses serviços devem ser passíveis de exploração econômica — embora nem sempre concorrencial. Entretanto, dada sua natureza de interesse público, não deve ter o lucro como seu maior objetivo, e sim o atendimento dos princípios de universalidade, moralidade, publicidade, continuidade, eficiência e todos os demais princípios constantes direta ou indiretamente na Constituição e nas normas infraconstitucionais.

As concessionárias particulares de serviços públicos, ao assinar o contrato, se incumbem da responsabilidade e do ônus de fazer com que o interesse público e todos os demais princípios intrínsecos ao serviço sejam cumpridos. Dessa forma, em relação aos usuários e ao Estado, o particular atua preponderantemente no regime jurídico público. Entretanto, o Estado continua com a titularidade do serviço, visto que este é intransferível. Assim, mesmo delegando o serviço público ao particular, o Estado é o garantidor último de sua prestação e, portanto, deve fiscalizar se esta cumpre as exigências contratuais e legais.

Essa fiscalização pode ser feita pela própria Administração Direta. Ainda, dependendo da questão envolvida, pode ser realizada por entes autárquicos ou independentes: como os tribunais de contas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (o serviço público se enquadra na atividade econômica em sentido lato, e a sua prestação pode ter consequências na concorrência do mercado), e as agências reguladoras.

Nas situações em que o serviço é prestado de uma forma diretamente concorrencial — como no caso das telecomunicações —, cabe ao órgão regulador perceber não somente se a concessionária atende aos interesses do Estado e do público, mas também se age dentro dos parâmetros do mercado.

Para uma regulação eficiente dos serviços públicos, alguns desafios devem ser superados. Primeiramente, a fase de planejamento deve conceber as melhores formas de atuação e parametrização dos comportamentos. Em momento posterior à assinatura do contrato, a Administração deve criar um órgão ou entidade com a função e possibilidade técnica de fiscalização. Em contratos de maior volume e complexidade é possível que se contrate uma auditoria externa para atuar como perito na fiscalização do contrato, agindo como entidade independente para elaborar relatórios de desempenho impessoais e, com isso, basear as decisões tanto do concedente quanto do concessionário. O auditor, no entanto, não pode substituir a função de fiscalização do Estado, que deve ser o responsável pela decisão final dos fatos analisados pela auditoria contratada. Para serviços de maior abrangência pública, aconselha-se (em alguns casos é obrigatória) a realização de audiências públicas, com ampla participação da sociedade, para que se perceba as suas maiores necessidades.

O poder regulador, além de independente e imparcial aos anseios do Estado e do concessionário, deve exigir que as demandas sociais sejam executadas. Entretanto, não raramente, ocorre a captura¹⁷ por parte de um ou mais dos agentes dessa relação. A Administração, nessa circunstância, deve buscar decisões imparciais, tendo em vista o interesse público.

Outro problema que pode ser gerado é o oportunismo, uma vez que cada uma das partes do contrato de concessão não possui todas as informações sobre a outra e, considerando situações em que os contratos demoram a ser revisados, o prestador pode ser desestimulado a agir da melhor forma possível. A existência de várias negociações em intervalos de tempo menores diminui esse risco. Percebe-se, por fim, que não existe um modelo perfeito para todas as concessões. Cada modelo deve ser escolhido de acordo com o que

¹⁷ Entende-se por captura quando uma das partes consegue impor a sua influência sobre as demais.

é mais adequado ao bem ou serviço a ser oferecido, considerando as possibilidades de concorrência e os impactos que podem ser gerados sobre o preço e a qualidade dos produtos.

Ainda existem as questões relativas às distorções causadas por inovações tecnológicas. Se, por um lado, a tecnologia cria barreiras à entrada, por outro, em um mercado fortemente regulado no modelo tradicional há grande desestímulo à inovação. Dessa forma, mesmo os modelos incentivados tendem à estagnação e, por isso, é recomendável que sejam combinados com medidas competitivas.

Entretanto, o maior problema da regulação é o da assimetria de informação da Administração em relação ao contrato. São três as principais restrições informacionais existentes com relação ao regulador quanto ao nível de eficiência produtiva¹⁸: a) desconhecimento do lucro marginal, o que gera grande nível de insegurança aos sistemas clássico e *cost plus* de remuneração; b) restrições transacionais como a contratação de advogados e consultorias em geral para monitoramento e aumento da abrangência do contrato, que também deve obedecer o princípio da legalidade, prever e prevenir contingências e, principalmente, custear tudo isso; c) restrições administrativas e políticas, as quais são características legais e institucionais que limitam o poder regulador como a rigidez do certame licitatório ou a excepcionalidade da interferência direta (arts. 32 e 34 da Lei n. 8.987/95).

Para contrabalancear isso, o Estado cria mecanismos de aferição de desempenho, fiscalização ostensiva e, quando presta serviço diretamente à população, utiliza os sistemas de ouvidorias e análise de resultados no atendimento de demandas.

5.1 Remuneração tradicional

É a chamada remuneração por custo de serviço ou remuneração histórica. Foi o primeiro modelo criado para a remuneração dos monopólios. É uma forma de estipulação de preços que pretende impedir que uma empresa monopolista exerça poderes sobre sua posição dominante e determine o mercado em que atua. Considerando que a receita total percebida é a multiplicação da tarifa pelo consumo, a remuneração pelo custo do serviço é expressa com a seguinte fórmula:

$$\text{Receitas} - \text{despesas} - \text{depreciação} - \text{impostos} = \text{taxa de retorno} \times \text{base de capital}$$

A taxa de retorno é o índice estipulado pelo governo (geralmente o IPC), e a base de capital é composta pela soma do total de investimentos em funcionamento efetivo ainda não depreciados. Cabe ao órgão regulador decidir as despesas e investimentos que são válidos, e isso é tarefa árdua, já que existe uma assimetria de informação que desfavorece a Administração. Quando existem mais serviços sendo ofertados, o valor das despesas deve ser rateado. Como método, utilizam-se: i. a soma dos custos específicos de cada bem servido, embora seja de difícil aferição; ii. a receita dos diversos bens oferecidos, que leva a um sistema de benefício cruzado; iii. os valores de cada bem em determinado período.

Visivelmente, essa forma de remuneração não permite nenhum estímulo ao trabalho eficiente da empresa. Isso fica ainda mais relevante quando se percebe que os investimentos futuros ou em expansão não são abatidos; no máximo, entram em subsídios externos ou serão repostos posteriormente. Outro problema ocorria em momentos de inflação e deflação em que essas não podiam ser repostas. Por fim, percebe-se uma tendência a gastos desnecessários e um desestímulo à redução de custos a longo prazo, visto que a concessionária não se apropriará da benfeitoria. Se o mercado exige aumento de investimentos, logicamente, pelas cláusulas de equilíbrio econômico-financeiro, pode haver uma renegociação de valores.

¹⁸ A eficiência produtiva (ou técnica) se refere a uma situação na qual o máximo da produção é obtido a partir de um dado montante de insumos, ou ainda um mínimo de insumos é utilizado para um dado nível de produção. Os dois critérios são equivalentes quanto a prevalecerem os retornos constantes da escala. (REZENDE, 1997).

5.2 A regulação por incentivos

É uma forma específica de regulação voltada para a remuneração com vistas à eficiência da redução dos custos e das tarifas. Esses modelos devem ser combinados com a estipulação editalícia de critérios de qualidade. Para regular uma situação, é importante que se tenha conhecimento de todas as características da empresa, do mercado e do serviço ou bem. Percebe-se, assim, que é impossível à melhor consultoria preventiva antever todas as situações possíveis de forma que o maior problema da regulação, e o mais trabalhado, é o da assimetria de informação.¹⁹

Sempre existe o risco de a concessionária passar por ineficiente sem ser para aumentar os seus lucros ou mesmo haver um erro nos cálculos dos custos e retornos. O mau resultado afeta as expectativas, o que pode alterar futuros contratos de concessão. Por um lado, o preço de arrematação da oferta vencedora do certame, se muito baixo, pode tornar o contrato inexecutável e, por outro, pode o prestador receber um lucro acima do que seria socialmente conveniente para se sustentar. Em ambas as situações, pode o concessionário se sentir tentado a diminuir a qualidade do material ou serviço para aumentar sua margem de lucro.

No caso da regulação por incentivos nos contratos públicos, a Administração estipula critérios de remuneração em que há uma partilha de riscos com o particular que se inclina a melhorar a prestação do serviço para aumentar seu lucro. Normalmente, os cálculos são feitos para propiciar que quanto melhor for essa prestação, maior será a remuneração.

5.2.1 *Cost plus*

O *cost plus* surgiu como o primeiro modelo de incentivo. Estabelece uma taxa de retorno máxima ao concessionário a partir da estimativa dos custos máximos do empreendimento. A fixação do valor da tarifa considera o montante necessário para o custeio das atividades da concessionária mais uma margem de lucro. Remunerado com o limite dos seus gastos, o particular se vê obrigado a reduzir os seus custos:

se não há distorções em outras partes da economia, o ponto de funcionamento de uma indústria que maximiza o excedente social é aquele no qual o preço de um bem ou serviço iguala seu custo marginal. Se essa indústria é um monopólio sob controle público, esta política simularia um mercado perfeito e seria ótima para a sociedade. (ARAÚJO, 2001b, p. 81).

No caso da concessão de apenas um produto, como energia elétrica, faz-se necessário que a receita total se iguale ao custo total, que também se equivalha à média dos preços públicos arrecadados. Tem-se:

$$\begin{aligned} & (\text{Preço do bem ou serviço} - \text{custo marginal no ponto de operação}) / \text{custo marginal no ponto de operação} \\ & = (\text{Constante de proporcionalidade}) / \text{preço da demanda} = 1^{20} \end{aligned}$$

¹⁹ A questão essencial é: sabendo que a firma conhece mais que o regulador suas próprias condições de operação e planejamento, que mecanismos é possível desenhar para levar a firma a um comportamento (próximo do) desejado, os quais requeiram menos informação para o regulador do que os esquemas de custo de serviço e custo marginal? (ARAÚJO, 2001).

²⁰ Uma observação dessa equação diz respeito ao fator $(P - CM)/CM$, conhecido como índice de Lerner, que surge na análise de comportamento de monopólios, isto é, para um monopólio não regulado e maximizando seu lucro, esta razão é igual a $1/Exi$. Analisando um monopólio forte, preços a custos marginais dão *deficit*. Nesse caso, os preços de todos os bens ou serviços serão superiores a seus custos marginais, ou seja, bens ou serviços com demanda inelástica ($C < 1$) terão maiores aumentos que os bens ou serviços cuja demanda é elástica ($C > 1$), apesar de teoricamente ótima (maximizar o excedente total), essa regra enfrenta alguns opositores com relação a sua redistribuição de renda que implica a discriminação que ela faz entre consumidores e à mesma empregada por monopolistas que visam maximizar seus lucros.

Pela regra de Ramsey Boiteux as camadas mais penalizadas seriam as de baixa renda, já que em setores regularizados, exige-se acesso universal e que as demandas sejam inelásticas, em que os preços são superiores aos custos marginais, e também que a demanda inelástica se encontre nos serviços consumidos pelas camadas de baixa renda.

A favor do modelo, tem-se como argumentos favoráveis à sua adoção a estabilidade que gera em situações de instabilidade econômica — não há incertezas para as partes, e a depreciação é igual às despesas com reposição. Como afirmado, trata-se de uma alternativa quando há ocorrência de *deficits* ou lucros excessivos. Entretanto, Boiteux²¹, o próprio criador desse modelo, não sustenta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato por levar a um lucro zero. No caso de um monopólio cujos preços e custos marginais são deficitários, os preços de produtos de demanda inelástica encarecem menos do que aqueles de demanda elástica. Em se tratando de serviço público, a demanda, a curto prazo, tende a ser inelástica, o que demonstra ser visivelmente desfavorável ao usuário final, principalmente, àqueles de baixa renda.

Outros aspectos negativos são a dificuldade de contabilizar precisamente a demanda, o que é imprescindível para a correta aplicação do modelo, e a insustentabilidade deste modelo, que acaba por exigir a existência de subsídios cruzados. Percebe-se, portanto, que o sistema possui baixíssimo grau de incentivo, uma vez que o particular não guarda interesse de diminuir os seus custos ou aumentar a produtividade, pois a sua remuneração será a mesma. Ainda, existe o risco de o concessionário alterar os verdadeiros valores dos custos como forma de aumentar sua margem de lucro. Trata-se de uma assimetria informacional muito grande, e o custo da fiscalização é de difícil contabilização.

Por fim, a taxa de retorno deve ser precisa, visto que, se os custos do particular forem superiores aos estudados pela administração, pode haver inviabilidade econômica para a execução do serviço.

5.2.2 *Rate of return*

Rate of return é o método de remuneração mais tradicional dos monopólios, como a eletricidade. Tem também como objetivo impedir que os preços de serviços importantes à população sejam aumentados artificialmente. O *cost plus* e o *rate of return* se diferenciam em sua contabilização, segundo Cuétara Martinez (1999, p. 266):

Naquele, considera-se a contabilização formal dos custos do operador para sobre ele introduzir uma margem de lucratividade na composição do valor da tarifa; neste, adiciona-se ao custo do serviço um valor do retorno dos investimentos produzíveis pelo concessionário, distribuindo-o em um número de anos prefixado, resultando-se daí a tarifa.

5.2.3 *Pricecap* ou preço-teto

Surgido na Inglaterra, quando das privatizações da década de 80, os modelos *pricecap* são tentativas de superação do anterior. Trata-se da fixação de uma tarifa máxima calculada para um serviço ou um grupo de serviços. Os prestadores fazem jus ao recebimento do maior valor na hipótese de ter prestado o serviço dentro dos padrões de eficiência estipulados no contrato.

O contrato deve estipular uma fórmula de reajustes periódicos. Nesses reajustes se incluem a inflação e as metas de ganho de produtividade estipuladas pelo regulador. Pode também incluir um termo contendo choques específicos à indústria e não contabilizados na inflação. Os ganhos superiores ao ganho de produtividade ocorrido entre a assinatura do contrato e o momento de revisão das tarifas podem ser apropriados pelo concessionário.

²¹ Um monopólio natural com experiências de perdas de lucro é forçado a corrigir o seu preço de saída ao valor igual ao seu custo marginal. Assim, o preço Ramsey Boiteux consiste em maximizar o bem-estar total sob a condição de lucro não negativo, ou seja, lucro zero. Nos preços de Ramsey Boiteux, a marcação de cada produto também é inversamente proporcional à elasticidade da procura, mas é menor do que o inverso da elasticidade da demanda é multiplicada por uma constante menor que 1.

Existe, portanto, um estímulo para reduzir custos. Considerando um contrato assinado após certame licitatório, o lance oferecido pelo ganhador pode, em princípio, reduzir os ganhos extraordinários. Pode-se aplicar a fórmula para um produto ou uma cesta de produtos, como várias linhas de ônibus. Em geral, vincula-se o fator de produtividade a um índice geral de preços para que se realize a comparação entre o desempenho da concessionária e o das demais empresas existentes no setor. Em princípio, parece ser necessária menor atuação do Poder Público na adoção desse modelo, visto que são necessários apenas o acesso aos preços praticados e o estudo sobre choques externos e ganhos de produtividade.

Também apontava-se como vantagens em relação ao modelo tradicional: existência de um período de reajuste tarifário fixo (com intervalos entre as revisões, existe a possibilidade de apropriação dos ganhos percebidos); abordagem prospectiva de qualidade; graus de liberdade mais amplos e menor necessidade de explicações por parte do regulador.

Entretanto, deve o regulador também ficar atento à possibilidade de a concessionária realizar um serviço inicialmente ineficiente para garantir remunerações extraordinárias no futuro após o reajuste. Percebe-se, portanto, que essa forma de remuneração, por outro lado, exige do Poder Público um monitoramento mais incisivo sobre a concessão, já que o prestador pode se sentir tentado a diminuir a qualidade da prestação para, dessa forma, reduzir seus custos e aumentar os lucros. Fica patente que a regulação de preço também deve ser conjugada com a regulação de qualidade.

Embora o serviço seja menos regulado, a fiscalização deve ser mais forte e abrangente. Os conflitos nas alterações contratuais são inerentes ao modelo — especialmente quando há uma grande correção de um lucro inaceitável ou inexistente — e exigem quase o “mesmo tanto” de informação daqueles necessários ao modelo tradicional. Entretanto, esse modelo não explica quais seriam as determinantes do fator de produtividade. Corre-se o risco de ocorrer uma defasagem ao longo dos contratos, além do risco do perigo moral, que ocorre quando o fator é excessivamente alto.

Um exemplo da fórmula do *pricecap* está na Lei Geral de Telecomunicações, art. 106. Mas isso não impede que o modelo seja utilizado em outros serviços públicos, como transporte de ônibus. Essa modalidade guarda alto poder de incentivo quando se cumula métodos de reajuste de tarifa com índices de produtividade. O índice que costuma ser adotado é o IPC-X (índices gerais de preços menos o fator de produtividade) (SANTOS, 2004, p. 155).

Essa forma de remuneração, por outro lado, exige do Poder Público um monitoramento mais incisivo sobre a concessão, visto que o prestador pode se sentir tentado a diminuir a qualidade da prestação para, desta forma, reduzir seus custos e aumentar os lucros.

5.2.4 *Yardstick competition* ou regulação por comparação

É uma forma complementar às demais. Cria critérios de parametrização entre empresas baseados no alto grau de desempenho de algumas. O nome *yardstick competition* é inspirado no comportamento de uma pessoa que tenta superar no seu jardim a beleza do jardim do vizinho. É adotado nos casos de monopólio em que se determina um modelo de referência para a comparação de empresas que atuam no mesmo setor, e os prestadores são comparados com aquelas melhor avaliadas.

Esse modelo impõe a existência de superação de metas de qualidade, preço e tecnologias. Pode ser utilizado sozinho ou como potencializador do *pricecap*, uma vez que o modelo por preço-teto tende a diminuir a qualidade do serviço.

Pode ser feito quando um determinado serviço é prestado por um consórcio de concessionárias. O regulador tem acesso aos seus balanços anuais e fixa preços para o ano seguinte tomando por base a empresa mais

eficiente. Diminui-se o custo da assimetria de informação e da própria regulação de forma que não se permitam investimentos desnecessários ou lucros exorbitantes.

Em caso de o serviço ser prestado por uma única empresa, é possível que se faça uma reprodução completa e fictícia de uma empresa com todas as características da prestadora que realiza os serviços de forma eficiente. Essa empresa fictícia seria a base comparativa de remuneração da prestadora. Entretanto, esse modelo possui todos os problemas possíveis da assimetria de informação, já que é impossível ao regulador atentar para todos os detalhes da empresa prestadora e da riqueza de detalhes do dia a dia. Alguns autores encontram no art. 16 da Lei Geral de Concessões um autorizativo legal para o *yardstick regulation*. O artigo preceitua que a tarifa deve ser estabelecida “de maneira a assegurar o efetivo compartilhamento com os usuários dos ganhos de eficiência obtidos pelo concessionário”, mas pode ser utilizado como referência legal aos demais métodos de incentivo.

É também possível no caso dos monopólios naturais. Nesse caso, cria-se uma empresa hipotética eficiente que servirá de parâmetro de remuneração ao concessionário, à medida que ele se aproxima dos padrões da empresa hipotética.

5.3 Receitas alternativas

O art. 11 da Lei n. 8.987/95 previu expressamente a possibilidade de o concessionário explorar “outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”.

Essas fontes não se confundem com a prestação do serviço. Outrossim, são uma forma de assegurar a modicidade tarifária e o equilíbrio econômico-financeiro. Trata-se de um contrapeso que pode tanto reduzir o valor da tarifa em si quanto aumentar a eficiência da prestação ou diminuir o tempo de concessão. Dessa forma, se, por um lado, o incremento financeiro permite a modicidade tarifária, por outro, aumenta os rendimentos do concessionário, que é incentivado à eficiência de sua prestação. Saliente-se que o art. 11 é expresso em afirmar que a modicidade tarifária é uma finalidade a ser alcançada pela renda complementar, mas isso não significa que toda a verba produzida deva ser revertida ao usuário. Uma interpretação em sentido oposto leva a um comportamento ineficiente da prestadora que não possui estímulo para operar da melhor forma possível e atingir com mais contentamento o próprio interesse público.

Outra questão que se levanta é a possibilidade de o concessionário ser remunerado exclusivamente por receitas alternativas. Nessa hipótese, não há remuneração pelo Poder Público; configura-se a concessão comum. A polêmica se levanta, pois, neste caso, existem ao menos dois objetos distintos colocados na mesma licitação e, ainda, o serviço que seria acessório ganha, para o concessionário, a importância de principal. Por outro lado, essa forma de remuneração viabiliza que o particular exerça atividades que são, pela sua natureza, gratuitas, mas possa com elas se beneficiar.

5.4 Receitas complementares

São situações em que inexistem, em princípio, nenhuma relação com o contrato de concessão. Como exemplo, um caso hipotético em que se concede o espaço para a concessão de uma rodoviária e permite-se que a concessionária construa um hotel ao lado e o explore economicamente. Essa possibilidade é um pouco mais polêmica, dado que alguns sustentam que feriria o processo licitatório. Contudo, caso seja condição estabelecida no edital, não passa de uma das variáveis a ser aferida pelo licitante ao realizar a sua proposta.

Essas receitas podem ser implementadas durante a execução do contrato. Entretanto, essa inovação deve receber a anuência do concessionário, uma vez que trata de requisito do equilíbrio econômico-financeiro.

Se, por um lado, a concessão não pode ser preterida em razão dos serviços associados, de outro, a exploração de atividades extras é tão mais desejável, quanto melhor a qualidade e eficiência da prestação do serviço público.

6 CONCLUSÃO

A regulação tarifária tem importância fundamental na relação tríplice estabelecida entre poder concedente, concessionário e usuário em qualquer circunstância. Trata-se de um instrumento do Estado para controlar a qualidade de serviços que lhe são estratégicos ou de interesse público. Por um lado, não se deve olvidar do potencial econômico do serviço oferecido e sempre ter em vista que o concessionário age em direção ao lucro. Para equacionar a remuneração, é necessária uma fase de planejamento robusta, prevendo o máximo de circunstâncias possíveis, e, após a assinatura do contrato ou outorga da concessão de serviço público, é necessária a fiscalização ostensiva (dependendo do caso, por agências reguladoras) para que o Estado tenha condições de se certificar de que os parâmetros determinados estão sendo seguidos. Afinal, se não é dever do Estado prestar o serviço público diretamente, ele deve se certificar de que o serviço está sendo prestado de forma eficiente e módica para a população.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, João Lizardo R. H. de. Modelos de formação de preços na regulação de monopólios. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 35-66, jun. 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a EC 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010. 1.119 p.

BARRE, Raymond. *Économie politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1975 *apud* CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 8.987/95*, 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 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 n. 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 11.079/04*, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 12.462/11*, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992,

11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 7.581*, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC, de que trata a Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. (Redação dada pelo Decreto n. 8.251, de 2014). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 813 p.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil / CADE Practical Guide: the defense of competition in Brazil*. 3. ed. rev., ampl. e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007. 112 p. (Coleção CIEE especial / CIEE Special collection).

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. *A Intervenção estatal nas telecomunicações: a visão do direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. Las tarifas de telecomunicaciones. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org.) *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 266.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 461 p.

FARIAS, Regina Cláudia Gondim Bezerra. *Controle social da regulação no setor elétrico*. 2004. 77 f. Monografia (Especialização em Controle externo, área de regulação) — Instituto Sezedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 2004.

FROES, Fernando. Infra-estrutura e serviços públicos: princípios da regulação geral e econômica. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (Org.) *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 509-640.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros. 2003. 406 p.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico*. 2008. 598 f. Tese (Doutorado em Direito, área de concentração em Direito do Estado, sub-área: Direito Econômico) — Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2008.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macro economia*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MARINS, Vinícius. Restrições verticais e teleologia do direito da concorrência nos Estados Unidos e na União Europeia. In: FONSECA, João Leopoldino da (Org.) *Temas de direito da concorrência*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais/Pós-Graduação, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-351.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista de Serviço Público*, Brasília, v. 51, n. 2, p. 105-120, abr./jun. 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257-281.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 287 p.

MULLER, B. *Instituições regulatórias*. Brasília: UNB, 2003. Mimeografado.

PEREIRA FILHO, Carlos Eduardo Ferreira. O marco regulatório no setor de saúde suplementar: contextualização e perspectivas. In: MONTONE, Januário; CASTRO, Antônio Joaquim Werneck de (Org.). *Regulação e Saúde*; documentos técnicos de apoio ao fórum de saúde suplementar de 2003. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2004. v. 3, t. 1, p. 93-120. (Coleção Regulação e Saúde, v. 3).

RESENDE, Marcelo. Regimes Regulatórios: possibilidades e limites. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 27, n. 3, p. 641-664, dez. 1997.

SANTOS, Rodolfo Torres dos. A diversidade regional e o dilema do modelo regulatório na telefonia fixa do Brasil. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 153-182, jan./abr. 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. In: _____ (Coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 321-322.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 189 p.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 681 p.

Abstract: Public services are the sole property of the State, but can be transferred to the particular implementation. Some services may be provided by different agents through competition. However, others should be delegated to only one dealer or economic group. In these opportunities where economic exploitation is carried out by an economic agent, the exploitation of contract tends to inefficiency. One of the best measures for optimization of service is to encourage behavior through proportionate to the great service remuneration. This article deals with the situations in which a monopoly can be optimized for the remuneration encouraged.

Keywords: Public service. Monopoly. Regulation. Autorregulation. Incentivized remuneration. Traditional remuneration. Cost plus and rate of return. Price cap. Yardstick regulation. Alternative revenue sources. Complementary revenues and subsidy.