

UNIVERSIDADE TIRADENTES
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS

**POLÍTICA REGULATÓRIA DA ANEEL E INCENTIVOS
FISCAIS SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA
PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL?**

Autor: Francisco Joaquim Branco de Souza Filho

Orientador: Henrique Ribeiro Cardoso

ARACAJU/SE - BRASIL

DEZEMBRO/2022

POLÍTICA REGULATÓRIA DA ANEEL E INCENTIVOS FISCAIS
SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL?

FRANCISCO JOAQUIM BRANCO DE SOUZA FILHO

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE TIRADENTES
COMO PARTE DOS REQUISITOS
NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITOS
HUMANOS.

Prof. Orientador: Henrique Ribeiro Cardoso

Prof^a. Dr^a. Gabriela Maia Rebouças

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silvia

ARACAJU/SE - BRASIL

DEZEMBRO/2022

**POLÍTICA REGULATÓRIA DA ANEEL E INCENTIVOS FISCAIS
SOBRE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS: UMA SAÍDA PARA O
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL?**

FRANCISCO JOAQUIM BRANCO DE SOUZA FILHO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO SUBMETIDA À BANCA EXAMINADORA PARA A
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITOS HUMANOS

Aprovada por:



Prof. Orientador: Henrique Ribeiro Cardoso
PPGD - UNIT



Prof^ª. Dr^ª. Gabriela Maia Rebouças
PPGD - UNIT



Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
PPGD - UFS

ARACAJU/SE - BRASIL

DEZEMBRO/2022

Souza Filho, Francisco Joaquim Branco de.

S729p Política regulatória da ANEEL e incentivos fiscais sobre células fotovoltaicas: uma saída para o desenvolvimento sustentável/ Gustavo Tenório Cavalcante; orientação [de] Prof.º Dr.º Henrique Ribeiro Cardoso - Aracaju: UNIT, 2022.

105 f. il ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Tiradentes, 2022

1. Direitos humanos. 2. Aneel. 3. Células Fotovoltaicas. 4. Extrafiscalidade. 5. Política regulatória. I. Souza Filho, Francisco Joaquim Branco de. II. Cardoso, Henrique Ribeiro (orient.). III. Universidade Tiradentes. IV. Título.

CDU: 342.743

RESUMO

A necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável aliando intenção de se preservar ecossistemas através de políticas públicas das mais variadas, fez com que o comércio de células fotovoltaicas passasse a ser o grande foco de exploração de atividade econômica, patrocinando a narrativa do oferecimento de energia limpa, barata, eficiente e sustentável. Todavia, a política de incentivo fiscal à produção nacional desses equipamentos não é bem equilibrada, ainda mais levando em consideração os incentivos fiscais já existentes sobre esses bens e insumos importados, de modo que a má qualidade na regulação nacional sobre esses bens e serviços tende a prejudicar a sua disponibilidade no mercado interno, não privilegiando a produção interna e o seu consumo pela classe mais vulnerável da população brasileira, circunstância esta que prejudica o desenvolvimento econômico sustentável nacional, conferindo apenas um mercado de consumo que privilegia uma parte muito específica da população brasileira, cujo prejuízo dessa exploração acaba por prejudicar outra parcela da sociedade menos subsistente, em decorrência do tipo de política regulatória conferida pela ANEEL. Sendo assim, o presente projeto foi desenvolvido a partir de um método dedutivo por meio de revisão bibliográfica em livros e artigos publicados, com o objetivo de avaliar o exercício das políticas públicas das diversas agências reguladoras no Brasil, com foco na ANEEL, sobre o comércio de células fotovoltaicas no país, a produção desses equipamentos e a disponibilidade à população de baixa renda, como elemento ensejador de justiça social e garantia do desenvolvimento econômico e sustentável, muito embora existindo nítida contradição entre as regras de incidência fiscal sobre energia consumida no Estado. Para isso, a presente dissertação é construída sobre três capítulos essenciais, quais sejam, o enfrentamento da análise do Direito Ambiental na Constituição, associado ao desenvolvimento sustentável a partir de uma perspectiva dos Direitos Humanos, necessário à compreensão da estrutura protetiva desses direitos conferidos pela Constituição da República na tutela do meio-ambiente; num segundo momento, será avaliada a temática vinculada a política regulatória das agências reguladoras, em especial a da ANEEL, associada a política extrafiscal de fomento à indústria nacional e a disponibilidade desse serviço que, por fim, demonstrará a existência de

contradições entre o objetivo da atividade regulamentadora para o serviço de energia elétrica e a política de fomento nacional de células fotovoltaicas, criando um mercado de consumo exclusivista, demonstrando que a baixa regulação na qualidade desse serviço traz consigo uma má qualificação de oferta de energia para comunidades menos favorecidas, prejudicando o incremento de políticas públicas mais eficientes para uma grande parcela da população brasileira mais necessitada, violando, ao final, a tutela do meio-ambiente equilibrado e dos Direitos Humanos a ele inerente.

Palavras-chave: Aneel; Células Fotovoltaicas; Direitos Humanos; Extrafiscalidade; Política Regulatória.

ABSTRACT

The need to promote sustainable development, combining the intention to preserve ecosystems through the most varied public policies, has made the trade in photovoltaic cells become the main focus of economic activity, sponsoring the narrative of offering clean energy, cheap, efficient and sustainable. However, the fiscal policy to encourage the national production of such equipment is not well balanced, despite taking into account the existing tax incentives on these imported goods and inputs, so that the poor quality of the national regulation on these consumer goods causes that national manufacturers are not benefited, since imported modules have tax incentives, while national companies are taxed when purchasing inputs necessary for the production of such equipment, which has been harming competitiveness and economic and sustainable development in Brazil. In this context, the Brazilian regulatory policy does not privilege domestic production, a circumstance that harms national sustainable economic development, employability and income generation, giving only a consumer market that privileges a very specific part of the Brazilian population, whose exploitation ends up harming another less subsistent part of society, as a result of the type of regulatory policy conferred by ANEEL. Therefore, the present project was developed from an expository research through bibliographic review in books and published articles, with the intention of observing the exercise of public policies of regulatory agencies in Brazil, in this case, ANEEL, on trade of photovoltaic cells in the country, the production of this equipment and its availability to the low-income population, as an element of social justice and guarantee of economic and sustainable development, even though there is a clear contradiction between the tax incidence rules on energy consumed in the State. For this, the present dissertation is built on three essential chapters, namely, the confrontation of the analysis of Environmental Law in the Constitution, associated with sustainable development from a Human Rights perspective, necessary to understand the protective structure of these rights conferred by the Constitution. of the Republic in protecting the environment; in a second moment, the theme linked to the regulatory policy of regulatory agencies will be evaluated, in particular that of ANEEL, associated with the extrafiscal policy of promoting the national industry which, finally, will demonstrate the existence of

contradictions between the objective of the regulatory activity for the service of electric energy and the policy of national promotion of photovoltaic cells, creating an exclusive consumption market, demonstrating that the low regulation in the quality of this service, brings with it a bad qualification of energy supply for less favored communities, harming the increase of public policies more efficient for a large portion of the most needy Brazilian population, violating, in the end, the protection of a balanced environment and the Human Rights inherent to it.

Keywords: Aneel; Photo-voltaic cells; Human Rights; Extrafiscality; Regulatory Policy.

Agradecimentos

Sempre acreditei que a vida deve ser vivida em ciclos. Momentos que se iniciam e se completam sucessivamente. Em mais um ciclo que se completa, agradeço primordialmente a Deus, inteligência suprema do universo, causa primária de todas as coisas, por me conferir o dom da vida e a oportunidade de um dia retornar para si melhor de que saí.

A minha família, razão dos meus esforços e das minhas responsabilidades. Tudo isso só ganha sentido quando vocês estão por perto! Agradeço pela oportunidade de ter chegado até aqui, na certeza do apoio e cuidados que nunca me faltaram para a construção dos nossos objetivos.

A elaboração da tese que se apresenta não seria possível sem os demais colegas, amigos e mestres do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes, em especial ao meu orientador Professor Doutor Henrique Ribeiro Cardoso, uma referência de profissional e acadêmico a ser seguido, sem cuja colaboração e paciência foram determinantes para construção dessa temática. A todos vocês, muitíssimo obrigado!

Sumário

1. Introdução	10
2. Da tutela do meio ambiente ao desenvolvimento sustentável e sua concepção como direito humano	12
2.1 Da tutela constitucional do meio ambiente	12
2.2 Sustentabilidade como paradigma do Direito ao Desenvolvimento	20
3. Do processo de formação normativa das agências reguladoras à política extrafiscal no comércio de células fotovoltaicas	27
3.1 A reformulação do Estado Brasileiro e a atividade regulamentar	27
3.2 A transferência de competências normativas primárias para a Administração e a intervenção do Estado no domínio econômico	44
3.3 Poder Normativo das Agências Reguladoras	61
3.4 Mudança da matriz energética de baixo carbono para otimização do serviço de disponibilidade de energia por células fotovoltaicas	71
4. Da má qualidade da regulação normativa da ANEEL sob as células fotovoltaicas à lei nº. 14.300/2022	86
4.1 Da Resolução Normativa nº. 482/2012 da ANEEL	87
4.2 Da limitação do exercício da atividade regulatória pela Lei nº. 14.300/2022?	93
5. Considerações Finais	94
Referências Bibliográficas	97
Referências ao conteúdo normativo	101

1. INTRODUÇÃO:

A Constituição da República de 1988 dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Do mesmo modo, a tutela do meio ambiente também é conferida como princípio básico da ordem econômica e financeira, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, demonstrando o fato de que o desenvolvimento econômico no Brasil deve estar alinhado, dentre outras circunstâncias, à sustentabilidade.

Esse aspecto interpretativo deriva de uma análise teleológica do texto constitucional diante da premente necessidade de alternativas energéticas sustentáveis, nas quais o meio ambiente e a exploração energética tentam se coadunar com as formas de desenvolvimento econômico do Brasil.

Nesse sentido, a necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável com intenção de preservar ecossistemas através de políticas públicas das mais variadas, faz com que a matriz energética de um país seja um dos elementos que mais se leva em consideração na adequação de qualquer processo de produção e desenvolvimento, a partir da disponibilidade de recursos naturais, fazendo com que o comércio de células fotovoltaicas, no Brasil, passe a ser o grande foco de exploração de atividade econômica, patrocinando a narrativa do oferecimento de energia limpa, barata, eficiente e sustentável. Mas até que ponto acessível?

O fato é que a inserção dessas tecnologias no mercado de consumo, com a finalidade de proteção do meio ambiente e tutela do desenvolvimento econômico sustentável não é marcada por interpretação que favoreça a integração política e social capaz de criar um efeito conservador sobre o que, à princípio, constituiria a unidade para efetivação dos Direitos Humanos sobre tutela ambiental, qual seja, a sua ampla disponibilidade à população, fazendo com que as regras que regulamentam este setor traduzam, na realidade, os anseios do capital, limitando a sua disponibilidade a uma parte muito específica da sociedade, prejudicando aquelas

menos favorecidas com abstenção ao acesso a essas tecnologias, tornando um tanto contraditório o enredo criado em função da proteção ambiental ao desenvolvimento econômico equilibrado.

As alternativas energéticas importam no aspecto da vida em sociedade e na perspectiva da sustentabilidade, garantindo o bem-estar das presentes e futuras gerações. Por conta disso, esse desenvolvimento garantidor não pode ser limitativo, ao contrário, deve atingir aspectos econômicos, ambientais e sociais, de forma ampla.

Por conta disso, se faz necessário compreender as teorias concebidas em nossos Tribunais e na doutrina sobre os destinatários e titulares dessa proteção constitucional como direito fundamental que leva em consideração a dignidade da pessoa humana sobre um aspecto antropocêntrico, isto é, os seres humanos no centro das preocupações ambientais, conforme se observa no *caput* do art. 225, da Constituição Federal.

Ato contínuo, conhecer o processo de produção normativa das Agências Reguladoras se faz necessário para pontuar a contradição existente entre a baixa participação dos envolvidos no setor, decorrente da má qualidade da regulação realizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANNEEL) e a política extrafiscal brasileira que não privilegia a produção interna desses equipamentos, circunstância esta prejudicial o desenvolvimento econômico sustentável, a empregabilidade e a geração de renda no Brasil, conferindo apenas um mercado de consumo que privilegia uma parcela muito específica da população brasileira, cujo prejuízo dessa exploração acaba sendo pulverizado sobre a outra parcela da sociedade menos subsistente.

Para isso, este trabalho foi construído sobre três capítulos essenciais, quais sejam, (I) o enfrentamento da análise do Direito Ambiental na Constituição, associado ao desenvolvimento sustentável a partir de uma perspectiva dos Direitos Humanos, necessário à compreensão da estrutura protetiva desses direitos conferidos pela Constituição da República na tutela do meio-ambiente; (II) num segundo momento, será avaliada a temática vinculada a política regulatória das agências reguladoras, em especial a da ANEEL, associada a uma política extrafiscal deficiente de fomento à indústria nacional que, por fim, (III) demonstrará a existência de contradições entre o objetivo da atividade regulamentadora para o serviço de energia elétrica e a política de fomento nacional de células fotovoltaicas, criando um mercado de consumo

exclusivista, demonstrando que a baixa qualidade da regulação desse mercado da ANEEL, traz consigo uma má qualificação de oferta de energia para comunidades menos favorecidas, prejudicando o incremento de políticas públicas mais eficientes para uma grande parcela da população brasileira mais necessitada, violando, ao final, a tutela do meio-ambiente equilibrado, o trabalho digno e dos Direitos Humanos a ele inerente.

Por fim, o método de pesquisa predominantemente utilizado será o método dedutivo, com a técnica de pesquisa voltada à revisão bibliográfica.

2. DA TUTELA DO MEIO AMBIENTE E SUA CONCEPÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL:

2.1 Da tutela constitucional do meio ambiente:

Na data de 08/10/2021, o Conselho de Direitos Humanos da ONU reconheceu, pela primeira vez, que ter o meio ambiente limpo, saudável e sustentável é um Direito Humano¹, circunstância esta que demonstra que a tutela desses direitos não reside unicamente em propor o bem-estar do agente humano, mas também na tutela e proteção do meio em que ele está inserido.

Nesse sentido, a ONU consolida definitivamente o entendimento que a proteção dos Direitos Humanos não se limita objetivamente em si, mas resguarda também sintonia com o meio em que este se relaciona, elastecendo o espectro de proteção, de modo que a qualidade com que essa proteção passa a ser exercida, reflete diretamente na qualidade de vida e bem-estar das presentes e futuras gerações, integrando os objetivos econômicos, sociais e ambientais, premissas basilares do desenvolvimento sustentável.

Porém, nem sempre foi assim. Entre o início da proteção ambiental à sua tutela constitucional e a concepção do meio ambiente como direito humano, existe um lastro material progressivo da proteção dessas regras amparadas no processo de

¹ <https://brasil.un.org/pt-br/150667-meio-ambiente-saudavel-e-declarado-direito-humano-por-conselho-da-onu> Acessado em 07/08/2022.

desenvolvimento sustentável, no sentido de expansão de liberdades substantivas e transformações estruturais econômicas (SEN, 2017, págs. 16 e 17).

Em razão disso, a atividade governamental ganhou substancial importância ao se promover liberdades políticas que propiciem um ambiente plausível para o desenvolvimento econômico e dos meios de produção, possibilitando a participação do indivíduo no comércio e na produção de bens e serviços, assegurando uma rede de proteção social aos vulneráveis com a finalidade de eliminar os fatores de miserabilidade, circunstâncias estas necessárias para se avaliar, posteriormente, os aspectos da política regulatória promovido pelas agências reguladoras.

Assim, os governos asseguram liberdades instrumentais diversificadas que favoreçam as potencialidades de cada indivíduo, garantindo a sua autodeterminação e estimulando a sua participação na economia, gerando, conseqüentemente, uma maior liberdade para traçar o próprio destino de acordo com seus valores culturais e sociais, conforme estabelecido por Sen (2017, p. 25 e 26):

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, uma às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.

O princípio do desenvolvimento sustentável, nesse contexto, ecoou na Conferência de Estocolmo de 1972, estabelecendo um padrão de respeito ao meio ambiente, que preconizava o atendimento das necessidades das gerações presentes, garantindo também às futuras a realização de suas pretensões, compatibilizando o processo de desenvolvimento econômico com a preservação dos recursos naturais, garantindo a preservação da vida no planeta.

Segundo Le Prestre (2000, pág. 79), a conferência foi realizada para abordar quatro fatores que influenciavam a sociedade ambientalista da época: (I) o aumento e a importância da comunidade científica, que começava a questionar o futuro do planeta; (II) as mudanças climáticas e a quantidade e qualidade da água; (III) o aumento da exposição, pela mídia, de desastres ambientais (derramamento de petróleo, desaparecimento de territórios selvagens, mudanças na paisagem), gerando maior questionamento da sociedade sobre as causas e soluções para tais desastres; (IV) e o crescimento desenfreado da economia e, conseqüentemente, das cidades, que cresceram sem planejamento para o futuro e outros problemas ambientais como chuva ácida, poluição do Mar Báltico, grandes quantidades de metais pesados e pesticidas.

Não obstante o fato de constituir o primeiro grande marco para compreensão da proteção do meio ambiente como direito humano fundamental, muitos países ficaram de fora do seu conteúdo sob a alegação de tentativa dos países mais ricos em subjugar os mais pobres numa visão colonialista mercantil à eterna dependência daqueles, ao não fruírem dos seus potenciais recursos naturais.

O Brasil, por exemplo, não foi signatário da Convenção de Estocolmo – 72, mas seu conteúdo foi anos depois introduzido na Lei nº. 6.938/81 ao estabelecer a Política Nacional do Meio Ambiente, para tão somente depois os seus princípios serem incorporados na Constituição Federal de 1988, conforme art. 225.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, para Fiorillo (1999, pág. 163 a 165), a Constituição Federal de 1988 conclui pela presença de quatro concepções fundamentais no âmbito do direito ambiental, quais sejam, (I) de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado²; (II) de que o direito ao meio ambiente ecologicamente

² Na oportunidade o referido autor estabeleceu os seus argumentos numa visão antropocêntrica da proteção constitucional ao meio ambiente, uma vez que a Constituição Federal de 1988, ao incluir entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, adotou, segundo o autor, visão explicitamente antropocêntrica, que reflete em toda a legislação infraconstitucional, o que abarca também a legislação ambiental. Esse entendimento ficou consolidado posteriormente na análise da ADI 4066/DF de

equilibrado diz respeito à existência de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, criando em nosso ordenamento o bem ambiental; (III) de que a Carta Magna determina tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defender o bem ambiental, como o dever de preservá-lo; (IV) e a de que a defesa e a preservação do bem ambiental estão vinculadas não só às presentes como também às futuras gerações, compatibilizando os anseios da legislação constitucional na estruturação do Direito positivo, como bem expõe o autor acima:

O art. 1º, não por acaso, é o mais importante dispositivo da Carta Maior, porque estabelece quais os fundamentos da República Federativa do Brasil. Não pode haver qualquer norma no sistema constitucional ou infraconstitucional que possa colidir com os aspectos fundamentais que caracterizariam a ideia de Kelsen a respeito da estruturação do Direito positivo, a partir de uma pirâmide. No caso brasileiro, a ideia de Kelsen se estabelece em concreto mediante a visualização dos cinco princípios descritos no art. 1º da Carta Maior. Quando este aponta como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, destaca desde logo quem é o destinatário, não apenas do Direito Ambiental, mas de qualquer regra do Direito positivo: é a pessoa humana.

Esse cenário, inclusive, pôde bem ser observado na disposição do Supremo Tribunal Federal (STF) na análise da ADI nº. 4.066/DF, na data de 24/08/2017, de modo que, na oportunidade, aos estabelecer que a tolerância ao uso do amianto crisotila³, da forma como encartada no art. 2º da Lei 9.055/1995, se compreendeu que a utilização desse mineral autorizado pela respectiva legislação infraconstitucional é incompatível com os artigos 7º, inciso XXII, 196 e 225 da Constituição Federal, ligados à proteção da saúde do trabalhador, do direito à saúde de todos e a proteção do meio ambiente, concebendo a tutela constitucional do meio ambiente sob uma vertente antropocêntrica, e tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nº. 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia, que tratam a respeito da prevenção e controle dos riscos profissionais, segurança e emprego do amianto e controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos, respectivamente, tendo estas normas como principal objetivo proteger a saúde das pessoas e o meio ambiente frente aos efeitos prejudiciais dos resíduos perigosos, conforme trecho do acórdão abaixo.

24/08/2017, muito embora o STF já possua entendimento biocêntrico sobre diversos outros fatores consubstanciados nos parágrafos do art. 225, CF/88, numa análise de moralidade ambiental híbrida.

³ Potencial agente mineral capaz de ensejar diversos males no ser humano e no meio ambiente, aumentando o risco de câncer de pulmão e de estômago, mesotelioma e asbestose, contaminação de solo, líquidos e envenenamento de animais, não havendo limite seguro para a sua exposição. Sem limite seguro não é possível haver controle da exposição, o que coloca em risco trabalhadores e população.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.055/1995. AMIANTO CRISOTILA. LESIVIDADE À SAÚDE HUMANA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE NÍVEIS SEGUROS DE EXPOSIÇÃO. VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE, À SAÚDE DO TODOS E DO TRABALHADOR. VISÃO ANTROPECÊNTRICA DE TUTELA CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO [...] Legitimidade constitucional da tolerância ao uso do amianto crisotila, como estampada no preceito impugnado, equacionada à luz da livre iniciativa, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do direito à saúde e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desenvolvimento econômico, progresso social e bem-estar coletivo. A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente. 13. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Juízo de procedência da ação no voto da Relatora. 14. Quórum de julgamento constituído por nove Ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado. 15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República

para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995. (STF - ADI: 4066 DF, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 24/08/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/03/2018).

Como se observa, esse progresso do sentido de proteção ambiental aliado ao desenvolvimento sustentável e a tutela jurídica só foi possível com as mudanças de concepções que gradativamente moldaram a forma de estabelecer as relações de poder, governança, integração e desenvolvimento econômico.

Assim, em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança em que a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o potencial presente e futuro para satisfazer as aspirações e necessidades humanas (ONU, 1991, pág. 49).

Nesse contexto, Veiga (2015, p. 82) discorre sobre o desenvolvimento, aduzindo que:

Desenvolvimento tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolherem, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem suas escolhas.

O conceito de desenvolvimento sustentável revelou, assim, a premissa de buscar o equilíbrio entre o atendimento das necessidades presentes e a viabilidade de existência para as gerações futuras. Essa ideia de sustentabilidade, nascida no final do séc. XX, deixou clara a insubsistência do modelo de crescimento econômico adotado até então e enfatizou que não era capaz de garantir o desenvolvimento qualitativo do ser humano.

Nesse mesmo sentido o ex-Ministro Celso de Melo já havia abordado a dinâmica da sustentabilidade sob a tutela constitucional aliando o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme trecho do seu voto destacado abaixo⁴:

⁴ Trecho conferido no voto do Ministro Celso de Melo na análise da ADI 3.540 MC, julgado. 1-9-2005, no tocante a tutela constitucional da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

A sustentabilidade revela, assim, a necessidade de realização do cotidiano humano para uma sociedade consciente. Tendo em vista que a sustentabilidade materializa o modelo de desenvolvimento sustentável, ela deve ser compreendida sob uma perspectiva sistêmica, sob uma perspectiva social, econômica, cultural, política e ambiental. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de caráter eminentemente constitucional, encontra respaldo legítimo nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, representando fator de justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinadas, porém, à invocação desse postulado, quando uma situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma inevitável condição, cuja observância não compromete nem esvazia o conteúdo essencial de um dos direitos fundamentais mais significativos: o direito à preservação do meio ambiente. Traduz-se no uso comum da generalidade das pessoas, a salvaguardar em benefício das gerações presentes e futuras [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1-9-2005, P, 3-2-2006].

Portanto, tais ideias só demonstram que o que se espera de todo processo de desenvolvimento econômico é a integração daqueles que se encontram à margem dos benefícios e utilidades decorrentes de uma determinada estrutura econômica. Modifica-se a estrutura econômica existente, desenvolvendo uma forma mais equânime de produção de riquezas.

Assim, ganha importância a análise comparativa realizada pelo economista Marcel Bursztyn ao abordar a mudança de paradigmas do desenvolvimento econômico entre o final do século XIX e início do século XX, no surgimento de uma consciência da necessidade de precaução com um dever fraternal entre os povos e o trato do meio ambiente, sob a consequência de uma visão pessimista ao que pode estar por vim, se medidas acautelatórias não forem tomadas.

Para o autor, a) se no fim do século XIX a expectativa geral era de otimismo, no fim do século XX era de pessimismo; b) se no fim do século XIX o papel da ciência e da tecnologia simbolizava a crença da capacidade do ser humano de resolver problemas, no fim do século XX há desencanto quanto a essa crença, e uma consciência da necessidade de precaução; c) se no fim do século XIX as condições de vida apresentavam uma perspectiva de bem-estar crescente, no fim do século XX apresentavam um mal-estar pelo agravamento de carências; d) se no fim do século

XIX a instância reguladora era crescentemente o Estado, no fim do século XX a instância reguladora era crescentemente o Mercado; e) se no fim do século XIX a relação entre os povos era de paz, no fim do século XX era de guerras; f) se no fim do século XIX as relações entre os grupos sociais se pautava num discurso oficial de exaltação da igualdade formal, no fim do século XX se pautava no reconhecimento oficial das desigualdades e do reconhecimento das diferenças; g) se no fim do século XIX a economia apresentava forte crescimento, no fim do século XX a economia crescia lentamente, praticamente estagnada; h) se no fim do século XIX o progresso significava a promoção de riqueza, no fim do século XX é visto como causador de impactos ambientais e como um risco para o futuro; i) se no fim do século XIX o mundo apresentava uma crescente interdependência de mercados e complementaridade, no fim do século XX predomina a globalização e a crescente exclusão de regiões “desnecessárias” (BURSZTYN, 2001, p. 10).

As comparações acima feitas pelo economista são pertinentes para contextualizar a relevância do papel da sustentabilidade atualmente, de modo que, passados pouco mais de vinte anos do fim do século XX, a comparação em relação ao término do século XIX continua plenamente aplicável, reforçando o quanto o desenvolvimento sustentável foi desprezado como fundamento da ordem econômica, política, social, cultural e ambiental no século XX (HOBBSAWN, 1995, p. 39).

Foram essas razões que passaram a justificar a análise da sustentabilidade sob um aspecto econômico, social, cultural e, por fim, jurídico, de onde a tutela das normas positivas passaram a integrar as constituições dos diversos Estados preocupados com o futuro do planeta.

2.2 Sustentabilidade como paradigma do direito humano ao desenvolvimento:

Sob o aspecto social, a sustentabilidade é concebida como corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil instruído no art. 1º, CF/88, não implicando em eliminação da livre iniciativa, mas na instrumentalidade desta, por meio de sua conversão a atividade não-egoística, que tem seu sentido último dado pelo conceito constitucional de função social da

propriedade e da empresa (VAZ, 2003, p. 127 e 128), fazendo com que o cidadão seja integrado no processo desenvolvimento econômico, participando ativamente da construção das normas que vão regular o gerenciamento da administração da coisa pública e privada.

No aspecto econômico, por sua vez, a sustentabilidade busca um equilíbrio entre a produção de riquezas e a exploração dos recursos naturais, tratando de estabelecer que o bem-estar das pessoas aumenta quando melhora o padrão de vida de um ou mais indivíduos sem que decaia o padrão de vida de outro, sem que diminua o estoque de capital natural ou o produzido pelo homem (NOBRE; AMAZONAS, 2002, p. 35), circunstâncias estas que estão diretamente vinculadas pela tutela do ambiente em que esses agentes estão inseridos.

A respeito da sustentabilidade em seu aspecto econômico e jurídico, se faz pertinente a lição de Édis Milaré:

Este princípio diz com a elementar obrigação de se levar em conta a variável ambiental em qualquer ação ou decisão – pública ou privada – que possa causar algum impacto negativo sobre o meio. Em contraposição, se há de procurar o maior incremento possível de qualidade ambiental mediante impactos positivos (MILARÉ, 2009, pág. 826).

Por outro lado, a sustentabilidade em sua essência cultural prega o respeito e a colaboração das diversas culturas nacionais, com a finalidade comum de tutela do meio ambiente enquanto direito humano essencial à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, sem prejuízo da exploração dos recursos naturais e do desenvolvimento econômico, conferindo, à princípio, o desenvolvimento de uma cultura biocêntrica, no qual o meio ambiente e os bens ambientais se encontram num patamar linear de proteção juntamente com os interesses individuais do ser humano⁵.

⁵ O STF, na análise da ADI 4066 – DF, oportunamente, disciplina atividades relacionadas ao amianto, de modo que a exposição a esse tipo de elemento era um dos maiores fatores carcinogênicos ocupacionais, responsável por aproximadamente metade das mortes por câncer relacionado ao trabalho. A Corte já havia compreendido que do caput do art. 225, CF/88 se extrai uma visão eminentemente antropocêntrica da proteção constitucional do meio ambiente, no sentido de que o meio ambiente existe para servir os anseios das pretensões dos seres humanos, não obstante, paralelamente, em seus parágrafos se observar um viés protetivo nitidamente biocêntrico. O comando constitucional do art. 225, §1º, V, assim, deslegitima como insuficientes medidas paliativas, que se mostrem incapazes de aliviar satisfatoriamente – a partir de um juízo de proporcionalidade – o risco gerado para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente, em decorrência da manipulação

Nesse sentido, de forma um tanto peculiar, determinado artigo explicativo publicou uma imagem diagramada do que se traduz como sendo esse momento atual de transição de uma moralidade androcêntrica da moralidade ambiental para uma realidade biocêntrica, conforme se observa na ilustração abaixo⁶:



Fonte: LEHMANN (2010)

Porém, foi sob o aspecto jurisdicional que o meio ambiente passou a deter a proteção do Estado, originalmente tutelado pela Lei nº. 6.938/81 que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, repercutindo os princípios da Convenção de Estocolmo de 1972⁷, para tão somente depois ser incorporado na Constituição Federal de 1988, elevando o meio ambiente ao *status* constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil é taxativamente clara ao afirmar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF/88, art. 225).

de determinados produtos, materiais ou tecnologias. Foi nesse contexto que se passou a avaliar a tutela do meio ambiente não mais preocupada apenas no ser humano, mas também no meio ambiente em que ele está inserido, conferindo uma moralidade híbrida da tutela ambiental (antropocentrismo mitigado), sendo este o contexto inicial para se conceber o meio ambiente como Direito Humano.

⁶ Diagram 'Ego-Eco'-Humankind is part of the ecosystem, not apart from or above it. This diagram depicts this simple fact clearly (diagram: S. Lehmann, 2010).

⁷ A qual, diga-se de passagem, o Brasil não foi signatário.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, ao incluir entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, adotou visão explicitamente antropocêntrica, que reflete em toda a legislação infraconstitucional, o que abarca também a legislação ambiental.

O fato é que as perspectivas antropocêntricas estabelecem os deveres morais positivos e negativos tendo em vista o bem dos seres humanos, colocado no centro e acima do bem de qualquer outro ser vivo. Por isso a designação “ética antropocêntrica”, tão defendida por Kant⁸. Essa ética, ao engrandecer a natureza humana, afirma que os interesses e propósitos humanos estão acima de quaisquer interesses ou fins de quaisquer indivíduos de outras espécies nesse planeta, coloca em segundo plano, para não dizer, em último lugar, os interesses de todas as demais espécies de vida⁹.

Desde o século XVIII, a filosofia inglesa foi pioneira no enfrentamento da ética antropocêntrica, ao propor que a moralidade humana fosse julgada a partir do modo como os humanos tratam qualquer ser capaz de sentir dor e de sofrer¹⁰, de modo que, ancorado nessa crítica ao antropocentrismo, o filósofo australiano Peter Singer (2018, p. 117) propôs, na década de 70 do século XX, uma ética para nortear que as ações humanas podem resultar em danos ao bem-estar ou destruição da vida de qualquer ser senciente. Se a dor humana merece consideração, pelo efeito devastador que tem sobre a existência de quem a sente, o mesmo merece a dor de qualquer animal. Dor é dor. Respeito pela dor não pode ter viés especista. Quer dizer, não pode premiar um ser sofrente com o lenitivo, enquanto castiga outro sofrente, abandonando-o à desgraça.

⁸ Kant também diferencia dois tipos de ações: “agir **por** dever” e “agir **conforme** dever”. Quando agimos objetivando um outro fim além da própria ação, essa seria uma ação antiética – agir conforme o dever. Quando agimos objetivamos a realização da própria ação sem ganhar nada em troca, essa seria uma ação ética – agir por dever. É sobre esse aspecto, inclusive, que Kant desenvolve o conceito do Imperativo Categórico, de modo que, quando um indivíduo se encontrar diante de um dilema, sem saber o que seguir, ele deve perguntar-se “seria saudável para a sociedade se todos fizessem isso que estou prestes a fazer?”. Se não for, você deve evitar a ação, através do uso da racionalidade.

⁹ https://www.anda.jor.br/2009/09/antropocentrismo-senciocentrismo-ecocentrismo-biocentrismo/QUESTÃO_DE_ÉTICA – SÔNIA T. FELIPE. Acessado em 17/07/2022.

¹⁰ o que vem a ser conhecido posteriormente como a base do senciocentrismo.

Aldo Leopold (2020, p. 19), por sua vez, inicia a escrita de uma concepção ética que abarca todas as formas de vida, sem discriminação de qualquer uma delas por ser dotada, ou destituída, de habilidades psicológicas. O limite dessa perspectiva egocêntrica é que ela não oferece recursos para dirimir conflitos ou superar dilemas morais quando os interesses de uma determinada espécie de vida se chocam contra os interesses de seres vivos individuais.

Por fim, Paul Taylor (2011, p. 79), com sua ética biocêntrica, sugere que seja levado em consideração o valor inerente à vida de cada indivíduo, não significando isso que em hipótese alguma uma vida não possa ser eliminada. Mas a razão pela qual uma vida pode ser exterminada deve ser uma razão ética, descartando-se a hipótese de que interesses comerciais, estéticos, científicos ou de qualquer natureza antropocêntrica possam servir como pretexto para que tiremos a vida dos outros. Isso vale para humanos, animais não humanos e ecossistemas naturais. Por isso a designação biocêntrica para tal proposta ética.

O contexto da moralidade ambiental acima descrita compreende igualmente a forma como as discussões sobre ela vêm sendo abordadas sob o aspecto da tutela constitucional no Direito brasileiro. Não obsta uma visão nitidamente antropocêntrica, o *caput* do art. 225, CF/88 traduz os anseios do legislador constituinte no trato dos destinatários desses direitos, quais sejam, todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, muito embora, conferindo uma visão biocêntrica aos seus parágrafos, quando dispõem os bens ambientes passíveis de proteção.

Nesse sentido, é o trecho do voto da Ministra Rosa Weber na análise da ADI nº. 4983 em que, na oportunidade, se tratava a respeito da inconstitucionalidade vaquejada como ato de manifestação cultural em detrimento da proteção da fauna e da flora concebidos no art. 225, §1º, VII, CF/88, conforme trecho do acórdão abaixo:

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. [...] A Constituição, no seu artigo 225, § 1o, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro

de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada. [...] O bem protegido pelo inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição, enfático, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais. (ADI 4983, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 26-04-2017 PUBLIC 27-04-2017).

Na oportunidade o Supremo Tribunal Federal – STF – avaliava na ADI 4983 a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº. 15.299/2013 do Estado do Ceará no tocante as práticas de maus tratos animais decorrente da vaquejada, de modo que as questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988, comprovando assim, o viés nitidamente biocêntrico estabelecido no art. 225, §1º, VII, CF/88. Nessa mesma oportunidade, os Ministros Luis Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, manifestaram a sua visão integralmente no aspecto biocêntrico e não hibridamente considerado pela Ministra Weber.

Art. 225. [...]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Assim, abordar uma roupagem biocêntrica à proteção do meio ambiente é ressignificar a existências do ser humano, não mais como centro de todas as atenções sob o espectro egoísta do desfrute do natural às suas pretensões, mas integrá-lo juntamente a todos os bens jurídicos ambientais em que está inserido.

Essa inclusão social como corolário do princípio da sustentabilidade está, invariavelmente, vinculada aos aspectos econômicos, políticos e sociais da

sustentabilidade, norteadas as políticas públicas frente ao fomento e regulação da atividade econômica, bem como frente ao tratamento das questões que envolvem a atividade prestacional do Estado, de modo a possibilitar a convivência entre os indivíduos de uma sociedade e a proteção do meio ambiente em que ele está inserido, circunstâncias estas que vão constituir adiante os elementos básicos para o desfecho da política regulamentar das agências reguladoras e em especial a da ANEEL sobre o segmento econômico do comércio e produção de células fotovoltaicas.

Assim, numa comunidade em que essa alternativa de inclusão não seja plenamente satisfeita, as tensões sociais se farão sempre crescentes, até o ponto em que ocorrer o colapso do sistema. Ou seja, sem inclusão social, uma sociedade politicamente organizada não será jamais sustentável, sendo este o grande ponto de inflexão observado sobre a política extrafiscal da ANEEL na regulamentação desse segmento econômico.

Apesar do papel crucial das rendas nas vantagens desfrutadas por diferentes pessoas, a relação entre, de um lado, a renda (e outros recursos) e, de outro, as realizações e liberdades substantivas individuais não é constante nem, em nenhum sentido, automática e irresistível. Diferentes tipos de contingências acarretam variações sistemáticas na conversão das rendas nos funcionamentos distintos que podemos realizar, e isso afeta os estilos de vida que podemos ter (SEN, 2017, p. 142).

Nesse sentido, a forma de pensar o meio ambiente atualmente se constitui na maturidade de afastar a ideia do individualismo antropocêntrico/egocêntrico da titularidade de Direitos Humanos, de modo que, vencidas as etapas iniciais de afirmação e desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, sobre o prisma da liberdade e igualdade em decorrência das conquistas inerentes aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, alcança-se a terceira geração de direitos, pautado no dever de fraternidade (ou solidariedade) que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 56 e 57), caracterizando-se pelo fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente,

como direitos de titularidade coletiva ou difusa, chegando, assim, a tutela do meio ambiente como Direito Humano Fundamental.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2014, p. 16 a 38), em análise correlata entre as dimensões do Direito e os princípios formuladores das pretensões revolucionárias francesas, aduz que nessa categoria jurídica, como direitos de terceira dimensão – direitos de fraternidade – inserem-se os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, trazendo como nota distintiva a marca universalidade, ou, quando menos, a característica de transindividualidade ou metaindividualidade.

Por essa, o legislador constituinte brasileiro, ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e indicar os valores que darão concretude ao compromisso, estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre eles, deu densidade normativa à promessa do preâmbulo: a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I, CF/88).

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Nesse cenário o pensamento verde¹¹ vem ganhando mais espaço na tutela e implementação de tecnologias voltadas a proteção do meio ambiente e a exploração econômica sustentável dos recursos naturais, reduzindo a degradação da natureza sem prejuízo do desenvolvimento econômico e social, integrando o ser humano no ambiente que lhe acolhe, capaz de lhe proporcionar o bem-estar.

¹¹ Pensamento verde é o brocardo popularmente utilizado para se referir equipamentos, instrumentos, teorias e artifícios tecnológicos voltados a proteção ambiental.

Por essa razão, a produção e o comércio de módulos fotovoltaicos para produção de energia solar consistem um dos mais promissores segmentos econômicos para a instituição e desenvolvimento de energia renovável, limpa, sustentável, barata e eficiente no Brasil, isto porque a eficiência energética de um painel solar é equivalente à da energia elétrica convencional operada pelas concessionárias de serviço público de distribuição de energia¹².

Nesse sentido, é inegável o interesse de produtores industriais de dentro e fora do Brasil sobre esse tipo de segmento, mormente vinculado ao discurso contemporâneo de sustentabilidade econômica e preservação ambiental, fazendo com que este ramo passasse a ser foco de inúmeros incentivos fiscais por parte do Governo Federal.

Por fim, contemplou o supremo legislador brasileiro a moldura jurídico-constitucional de um Estado não mais comprometido com uma ideologia puramente liberal (Estado Liberal) ou social (Estado Social), ou até liberal-social, mas com a construção de um Estado Fraternal (BRITO, 2003, p. 207), motivo pelo qual a proteção ao meio ambiente atinge essa finalidade, urgindo a necessidade do Estado de promover políticas públicas essenciais para incentivo desse tipo de comportamento pautado na responsabilidade ambiental, constitui, assim, a tutela do meio ambiente, um Direito Humano.

Assim, a atividade governamental ganha substancial importância ao se promover liberdades políticas que propiciem um ambiente plausível para o desenvolvimento econômico e dos meios de produção, possibilitando a participação do indivíduo no comércio e na produção de bens e serviços, assegurando uma rede de proteção social aos vulneráveis com a finalidade de eliminar os fatores de miserabilidade, circunstâncias estas necessárias para se avaliar, posteriormente, os aspectos da política regulatória promovido pelas agências reguladoras.

Assim, o progresso passou a ser observado como elemento essencial para avaliação da qualidade do desenvolvimento da vida do cidadão, porém, nem sempre solucionador das questões sociais, econômicas e de exploração do meio ambiente

¹² A eficiência de um painel solar é basicamente a porcentagem de energia da luz do sol que o painel solar converte em energia elétrica por m². Ou seja, um painel solar com eficiência de 16.5% converte 16.5% da energia que incide sobre o painel, por m², em energia elétrica. Fonte: INMETRO.

que, por sua vez, passaram a ser levados em consideração ao expandir o conceito de desenvolvimento coadunando-o aos aspectos sociais, econômicos e culturais.

Nesse contexto, foi a partir da década de 90 que o Direito ao Desenvolvimento passou a estabelecer a sustentabilidade como requisito fundamental e indisponível para a tutela das atuais e futuras gerações¹³.

Por conta disso, o Estado passa a deter a condição de agente econômico e indutor de comportamentos para impedir a violação dos bens ambientais e tutela do meio ambiente equilibrado, seja pela ação ou por omissão, garantindo a prestação do Direito ao Desenvolvimento associando-o a um aperfeiçoamento pessoal e social contínuo e progressivo uma vez que não há desenvolvimento sem liberdade (SEN, 2017, pág. 35), devendo esta também ser compreendida como um exercício democrático da liberdade formal visto que o cidadão também é o agente de mudança para o qual devem ser voltadas as ações públicas originalmente pretendidas.

Ao se examinar o papel dos Direitos Humanos no Direito ao Desenvolvimento, deve-se levar em conta tanto a importância constitutiva quanto a importância instrumental dos direitos civis e liberdades políticas (SEN, 2017, p.43).

Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2017, p.48).

Com efeito, um dos argumentos mais poderosos em favor da liberdade política reside precisamente na oportunidade que ela dá aos cidadãos de debater sobre valores na escolha das prioridades e de participar da seleção desses valores (SEN, 2017, p.56), indicando, assim, que a liberdade política na forma de disposições democráticas ajuda a salvaguardar a liberdade econômica e a liberdade de sobreviver (SEN, 2017, p.71) para tutela dos Direitos Humanos e do Direito ao Desenvolvimento.

¹³ Foi essa circunstância que, posteriormente, estabeleceu os alicerces dos princípios protetivos do meio ambiente, como os da prevenção e precaução que, de maneira sintética, a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto.

Nesse contexto, a atividade fiscal e extrafiscal do Estado é essencial para o controle e difusão desse tipo de comportamento consolidador do desenvolvimento como do aspecto aspectos sociais, econômicos e culturais, de modo que o Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas no espaço político e ético quando das escolhas orçamentárias. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda (SEN, 2017, p.73) para salvaguardar os objetivos que Direito ao Desenvolvimento visa conferir.

Assim, o exercício da democracia passa a proporcionar um lento exercício de evolução humana desde o que se conhecem como as suas características básicas de compartilhamento dos espaços e das decisões públicas na polis, porque todo ser humano, é por sua natureza, um animal político (ARISTÓTELES, 1999, p.146), de modo que a produção e exploração dos potenciais energéticos passam a ser configurados num conjunto de possíveis decisões que devem ser discutidas e consentidas para a satisfação do interesse público pretendido, motivo pelo qual o regime democrático, neste contexto representado pela vontade e pelos valores da maioria eleitoral, ganha relevância com as escolhas político-administrativas para o Direito ao Desenvolvimento e tutela dos Direitos Humanos, circunstâncias esta que, posteriormente, vão ser difusoras da contradição do processo de formação normativas das agências reguladoras e o exercício da proteção por elas tutelada.

O fato é que há poucas evidências gerais de que governos autoritários e supressão de Direitos políticos e civis sejam realmente benéficos para incentivar o desenvolvimento econômico (SEN, 2017, p.182), quando toda a evolução do ser humano demonstra justamente o contrário, isto é, a ausência de liberdade produz nítido aviltamento na tutela dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, do Direito ao Desenvolvimento.

Assim, quanto mais ampla for a discussão sobre a disposição e o modo de uso dos bens públicos e o orçamento, aliada aos parâmetros de equidade e responsabilidade, mais a justiça social atende às necessidades básicas das

populações baseando-se na exata compreensão e diálogo com os atingidos ou beneficiados¹⁴.

Por isso, as liberdades políticas e as liberdades formais são vantagens permissivas, cuja eficácia depende do modo como são exercidas. A democracia tem sido especialmente bem-sucedida na prevenção de calamidades que são fáceis de entender, e nas quais a solidariedade pode atuar como uma forma particularmente imediata (SEN, 2017, p.189) visto que, sem ela, desenvolvimento socioeconômico e culturais dificilmente poderão progredir.

Nesse contexto, os responsáveis pela formulação das políticas públicas devem considerar que os valores sociais e éticos a serem atendidos pelo crescimento econômico estão irremediavelmente jungidos ao desenvolvimento integral dos cidadãos com o exercício concomitante aos Direitos Humanos de todas as gerações, porque a democracia é essencial ao desenvolvimento, mas não basta a democracia do voto e da igualdade formal (CASTRO Jr. 2007, p.2), sendo necessário compreendê-la como Direito ao Desenvolvimento.

Portanto, o entendimento que quanto maior for a atuação política dos cidadãos maior será o seu engajamento nas soluções que melhor atendam aos Direitos Humanos e ao Direito ao Desenvolvimento, reconhecendo que o exercício da liberdade é mediado por valores que, por sua vez, são influenciados por discussões públicas e interações sociais, que são, elas próprias, influenciadas pelas liberdades de participação (SEN, 2017, p.31) as quais se manifestam através de suas instituições.

Em suas diversas acepções, a liberdade é um sentimento que se traduz pela sua condição multifacetária, de modo que a liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação, saúde e segurança) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidade de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a

¹⁴ Uma das circunstâncias pelas quais será demonstrado posteriormente como a má qualidade na versação da política regulatória da ANEEL atinge prejudicialmente o acesso a energia limpa e renovável das células fotovoltaicas as populações diretamente atingidas.

abundância individual, além dos recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras (SEN, 2017, p. 28).

3 DO PROCESSO DE FORMAÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS À POLÍTICA EXTRAFISCAL NO COMÉRCIO DE CÉLULAS FOTOVOLTAICAS:

3.1 A reformulação do Estado Brasileiro e a Atividade Regulamentar:

O poder normativo das agências reguladoras deve ser compreendido levando em consideração as características peculiares da Constituição Federal de 1988, uma vez que constituída num momento de redemocratização, em seguida a duas constituições outorgadas – Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional n.º 01/1969¹⁵, incorporando em seu texto, de forma amplíssima, detalhista e minuciosa todas as preocupações da sociedade que vivenciou o período de ditadura militar iniciado com a Revolução de 1964, motivo pelo qual o registro característico da Constituição de 1988 é ser analítica. Nesse sentido, observa Uadi Lammêgo Bulos (2000, p. 11):

As constituições analíticas são amplas detalhistas, minuciosas e pleonásticas, pois os seus artigos, desdobrados em incisos e alíneas, ordenam-se de modo reiterado em várias partes do texto. É o que decorre com a Constituição brasileira de 1988, conflitante e complexa, onde, comumente, encontramos uma mesma matéria tratada em diversos lugares do seu articulado. Numa palavra, enquadram-se nesse modelo classificatório as constituições dirigentes dos juristas de inspiração marxista, que propõem a adoção de um plano para dirigir a evolução do Estado.

¹⁵ Essa emenda foi decretada pela Junta Militar governava o Brasil naquela oportunidade, mudando substancialmente a redação da esmagadora maioria dos dispositivos da Constituição de 1967, para adequá-los às medidas de exceção que o governo vinha decretando, dando assim um ar de legalidade a todo aquele cenário de perseguição, censura e repressão promovido pelo regime, com destaque para os infames Atos Institucionais.

Assim fez a Constituição na disciplina da Organização do Estado, da Organização dos Poderes, e da Ordem Econômica e Financeira, de especial interesse na presente tese. Constitucionalizou diversas disciplinas anteriormente deixadas à lei ordinária, ensejando com tal postura do constituinte, a necessidade de elaboração de Emendas à Constituição numa frequência muito maior que a desejada pela sociedade. Elaboradas pelo poder constituinte reformador e derivado, essas emendas, desde que não atinjam as chamadas cláusulas pétreas, estabelecidas no art. 60, § 4º, penetram no texto constitucional, adquirindo o *status* de norma constitucional. Discorrendo acerca do conteúdo das normas constitucionais, traz Paulo Bonavides (2003, p. 503):

A Constituição é de si mesma, à mingua talvez de uma teoria da Constituição, um repositório de princípios às vezes antagônicos e controversos, que exprimem o armistício na guerra institucional da sociedade de classes, mas não retiram à Constituição seu teor de heterogeneidade e contradições inerentes, visíveis até mesmo pelo aspecto técnico na desordem e no caráter dispersivo com que se amontoam, à consideração do hermeneuta, matéria jurídica, programas políticos, conteúdos sociais e ideológicos, fundamentos do regime, regras materialmente transitórias embora formalmente institucionalizadas de maneira permanente e que fazem, enfim, da Constituição um navio que recebe e transporta todas as cargas possíveis, de acordo com as necessidades, os métodos, e os sentimentos da época.

Assim, a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas, devendo eventual contradição ser superada, ou por meio de redução proporcional do âmbito de alcance de cada uma destas, ou, em alguns casos, mediante a preferência de certos princípios em detrimento de outros, de modo que a fixação de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (MORAES, 1999, p. 43).

Inclusive, foi na égide dessas premissas hermenêuticas que se pauta o maior período de estabilidade constitucional no Brasil. A Constituição Federal de 1988, segundo Gilmar Mendes (2022, p. 312), é digna de reflexão, uma vez que permitiu

que o Brasil, marcado por uma história de instabilidade institucional, chegasse aos 34 anos da sua Constituição num quadro de absoluta normalidade, de modo que, sob a regência republicana, este é o mais longo período de normalidade institucional vivido pelo Brasil. Poucos diagnosticaram um período tão longo para esta Constituição.

A questão se torna mais aguda quando se tem em mente que a Constituição estabelece uma série de finalidades públicas a serem alcançadas pelo Estado, norteando a atividade do Legislativo, Executivo e Judiciário. Estas finalidades são postas, muitas das vezes, através de princípios que, como adiante se demonstrará, devem ser compreendidos como mandamentos de otimização, interpretados e aplicados em sua maior medida pelos, assim denominados, poderes do Estado de direito (CARDOSO, 2007, p. 35).

Nessa complexa análise sistêmica de se transplantar uma instituição - as agências reguladoras - do sistema jurídico da *common law* (americano¹⁶) para um sistema jurídico da *civil law* (brasileiro¹⁷), observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 30):

A índole dos sistemas jurídicos é completamente diferente e é claro que uma vez trazida a instituição, ela vai fazer parte do sistema brasileiro e vai ser interpretada segundo o sistema brasileiro. O Direito norte-americano é um direito muito mais flexível que o nosso. Então, alguns dos problemas que aqui foram mencionados, lá não se colocam. Mas aqui vão se colocar. Por exemplo, a extensão do poder normativo dessas instituições.

A Constituição Federal prevê no art. 84, IV, parágrafo único, que constitui atividade privativa do Presidente da República, a aptidão para expedir decretos e regulamentos para fiel execução de lei, sendo tal matéria indelegável. Todo e qualquer outro ato normativo editado pelo Poder Executivo, seja pela Administração direta ou indireta, que não o Presidente da República, não configurará decreto ou regulamento. Embora se reconheça à Administração e às agências reguladoras competência normativa, tais atos não se travestem de regulamentos.

¹⁶ Pautado no sistema Anglo-saxão. O Direito Consuetudinário.

¹⁷ Pautado no sistema Romano-germânico. O Direito normativo. Das Leis.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Soma-se à vedação da delegação de poderes normativos ao Executivo (art. 25 do ADCT), a impossibilidade de se delegar o poder regulamentar a órgãos e entes da Administração (art. 84, IV da CF). Não reconhecer tais vedações é negar aplicação aos dispositivos constitucionais.

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

Desde o advento do Estado do Bem-Estar social, as normas passam a conter as políticas públicas a serem executadas pela Administração através da aplicação, especialmente no âmbito constitucional, administrativo, econômico e previdenciário, de uma legislação finalística que se expressa prioritariamente através de diretrizes/objetivos/princípios (CARDOSO, 2007, p. 39 e 40).

O fato é que o Estado Brasileiro, ao longo da década de 90, sofreu um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas à Constituição e por legislação infraconstitucional, caracterizadas pela extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a

desestatização, de modo que tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Estado no domínio econômico, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas.

À título de exemplificação, na década de 50 se viveu a discussão ideológica acerca do papel do Estado na sociedade, em plena época da Guerra Fria e da bipolarização dos preceitos econômicos. Nesse período agitado surgiram no Brasil apenas duas estatais merecedoras de efetivo destaque, quais sejam, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE)¹⁸ e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), que foi criada simbolicamente, após uma ampla mobilização popular. Curiosa e paradoxalmente o avanço e o agigantamento do Estado Econômico Brasileiro se deram a partir da década de 60, sobretudo após a revolução militar de 1964 e, ao longo de toda a década de 70, quando foram criadas mais de 300 empresas estatais: Eletrobras, Nuclebras, Siderbras, dentre outras. Foi a era das empresas “brás”. Em setembro de 1981, recenseamento oficial arrolava a existência, apenas no plano federal, de 530 pessoas jurídicas públicas, de teor econômico, inclusive autarquias, fundações e entidades paraestatais (TÁCITO, 1995, p. 03).

Foi com a Constituição da República de 1988 que o tamanho e a função do Estado passaram a ser redesenhados no sentido de que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de exaurimento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. Na oportunidade, a sociedade brasileira, à semelhança de outras nações, exibiu insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário, abusivo e desgraçadamente ativo no aspecto econômico.

Nesse contexto, assinala Marcos Juruena Villela Souto (2000. p. 4):

Na Inglaterra a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. Este papel deveria caber à iniciativa privada, que o faria com maior eficiência. [...] Buscou-se ainda libertar o Governo das pressões sindicalistas e corporativas: e quanto ao processo francês de privatização, o mesmo autor observa que teve este como uma de suas grandes preocupações democratizar o

¹⁸ Posteriormente denominado BNDES.

patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador particular influir na condução dos negócios do país. [...] Tinha-se em mente, também, dar vida ao setor privado como força motriz do crescimento econômico, retirando o Estado do setor industrial competitivo.

À título de evolução progressiva desse cenário no Brasil, já sob a égide da Magna Carta de 1988, a partir da Emenda Constitucional nº. 6, em 15/08/95, foi suprimido o artigo 171 da Constituição que trazia, dentre outras circunstâncias, a conceituação de empresa brasileira de capital nacional e admitia a outorga a elas de proteção benefícios especiais e preferências, passando, assim, a permitir a extinção de determinadas restrições ao capital de estrangeiro, cuja regra repelia os investimentos provenientes do exterior.

Art. 171. São consideradas: [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. [\(Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

Ato contínuo, a mesma emenda modificou a redação do art. 176, §1º, CF/88, possibilitando que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

Paralelamente, a partir da Emenda Constitucional nº. 7, publicada em 15/08/95, se modificou o art. 178, no sentido de não mais se exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos de dois terços dos tripulantes.

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte

internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Com a Emenda Constitucional n° 5, de 15/08/1995, por sua vez, foi alterado o enunciado do art. 25, §2º, CF/88, conferindo a possibilidade para os Estados concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado que, outrora, só podiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal. A mesma circunstância foi acometida aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens em decorrência da Emenda Constitucional n°. 8, de 15/08/1995, ao modificar o texto dos incisos XI e XII, a, do art. 21, CF/88 que, anteriormente, só admitiam a concessão a empresa estatal.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 21. Compete à União:

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;

E, por fim, perante o setor do petróleo, foi a partir da Emenda Constitucional n°. 9, de 09/11/1995 e Emenda Constitucional n°. 49/2006, se quebrou com o monopólio estatal, facultando à União Federal a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação,

exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo, conforme se observa no conteúdo do art. 177, V, §1º, CF/88.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

Nesse mesmo contexto também foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 36 em 28/05/2002, permitindo a participação de estrangeiros em até trinta por cento do capital das empresas jornalísticas e de radiodifusão, conforme análise do art. 222, §1º, CF/88.

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a

brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

Finalmente, a persecução da efetiva privatização, se operou sem modificação do texto constitucional, a partir da publicação da Lei nº. 8.031 em 12/04/1990, que instituiu o PND – Programa Nacional de Desestatização – posteriormente substituído pela Lei nº. 9.491/97, tendo como objetivos principais reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, contribuir para a reestruturação econômica do setor público, com foco na redução da dívida pública, permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas à iniciativa privada, contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, em especial infraestrutura e industrialização, contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais e permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, conforme disposição do art. 1º, da Lei nº. 9.491/97.

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 infraestrutura 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;

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.

Além desse aspecto histórico progressivo da desvinculação do Estado como percursor da exploração econômica, em decorrência das Emendas Constitucionais nº. 5, 6, 7, 8, 9, 36 e 49, assim como em decorrência do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº. 9.491/97), o desenvolvimento legislativo em temas econômicos marcaram os últimos anos em diferentes setores de regulação econômica, como é o caso, para citar alguns exemplos, do setor energético com a edição da Lei nº. 9.247/96 que institui a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; do setor de telecomunicações em decorrência da Lei nº. 9.472/97, que regula a atividade da ANATEL; do setor portuário, com a edição da Lei nº. 8.630/93, posteriormente revogada pela Lei nº. 12.815/13, ao instituir a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; do setor petrolífero, a partir da edição da Lei nº. 9.478/97, instituindo o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE – e a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a tutela da defesa da concorrência inicialmente conferida pela Lei nº. 8.884/94 que foi posteriormente revogada pela Lei nº. 12.529/11 ao instituir o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹⁹; e, por fim, o setor de concessões e permissões em decorrência da Lei nº. 8.987/95 e Lei nº. 9.074/95, que facilitaram a pulverização da exploração econômica pela iniciativa privada a partir da regulamentação dessas atividades pelo Estado.

Assim, a diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial, sob a égide de eficiência da gestão pública, de modo que se transferiu a atuação estatal da seara da gestão empresarial para o comando da disciplina jurídica, a partir da ampliação de seu dever na regulação e fiscalização dos

¹⁹ Originalmente a Lei nº. 8.158/91 foi instituída para a defesa da concorrência), posteriormente substituída pela Lei nº. 8.884/94 (Lei de Defesa da Ordem Econômica), auxiliada pela Lei nº. 9.021/95 que implementou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, por fim, edição da Lei nº. 12.529/11 que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

serviços públicos e atividades econômicas, não deixando de ser o Estado um agente econômico determinante.

Sobre esse aspecto, pontuais são ensinamentos do Ministro Luis Roberto Barroso sobre o arquétipo constitutivo das agências reguladoras no Brasil (2002, p.26):

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras, via institucional pela qual se consuma a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica. As agências são autarquias especiais, que desempenham funções executivo-administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências deferido por lei. cujos limites ainda não estão pacificados na doutrina e na jurisprudência. No exercício de suas atribuições, cabem às agências encargos de grande relevância, como zelar pelo cumprimento dos contratos de concessão, fomentar a competitividade, induzir à universalização dos serviços, definir políticas tarifárias e arbitrar conflitos entre o poder concedente, os concessionários e os usuários.

Aliado a isso, nessa mesma década de 90, diante de toda essa onda de transferência do setor produtivo e de exploração da atividade econômica para a iniciativa privada, de flexibilização de monopólios públicos e a abertura ao capital estrangeiro, criou o ambiente propício para a instituição das normas de proteção ao consumidor²⁰, da proteção e tutela aos titulares de planos de saúde²¹, da regulação do serviço prestado aos alunos de escolas particulares²² e usuários de instituições financeiras²³.

Da mesma forma, nesse período também foi introduzido no Brasil uma política especial de proteção ao meio ambiente²⁴, obstaculizando a ação de agentes econômicos, circunstâncias estas que comprovam a transferência da atuação estatal

²⁰ Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);

²¹ Lei nº. 9.656/98 (Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde);

²² Lei nº. 9.394/96 (Dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação);

²³ Resolução nº. 2.878/09, do Banco Central do Brasil – BACEN (Dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral);

²⁴ Lei nº. 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais – Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente)

da seara da gestão empresarial para o comando da disciplina jurídica, a partir da ampliação de seu dever na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas e produtivas, outrora explorada ativamente pelo Estado, não deixando este de ser um agente econômico determinante para os índices de desenvolvimento, momento em que se modifica o protagonismo do Estado na exploração econômica direta, para agente regulatório de gestão eficiente dos meios de produção, tal como disposição do inteiro teor do art. 173, CF/88, após Emenda Constitucional nº. 19/98.

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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Foi nesse ambiente de remodelagem do aspecto produtivo e da exploração, visando gestão mais eficiente da atividade econômica surgiram as agências reguladoras como instrumento da atuação estatal.

3.2 A transferência de competências normativas primárias para a Administração e a intervenção do Estado no domínio econômico:

No exercício da aplicação deste direito de baixa densidade normativa, com objetivos estabelecidos e por vezes conflitantes, caberá à Administração Regulatória implementá-los, servindo-se para tanto da regra (ou princípio) da proporcionalidade. Na aplicação deste direito vago, seja através de contratos administrativos, atos administrativos individuais e concretos, ou atos normativos gerais e abstratos, há que se reconhecer uma ampla liberdade de atuação das agências reguladoras, reconhecesse uma grande liberdade de escolha de meios a atingir os fins estabelecidos em políticas públicas traçadas preponderantemente em leis (CARDOSO, 2007, p. 40).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal expôs recentemente o seu juízo de valor a respeito da crescente necessidade de agilidade e flexibilidade do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas, levando à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes, assim denominadas agências, como aspecto estrutural eficiente de gestão administrativa²⁵.

²⁵ O precedente foi conferido na análise da ADI nº. 4874/DF em 02/2018, de relatoria da Ministra Rosa Weber. Na oportunidade, o precedente tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, III e XV, da Lei 9.782/1999, mais especificamente sobre o exercício da atividade regulatória da ANVISA, onde ficou estabelecido que as suas funções regulatórias se destinam, em grande medida, à disciplina de atividades exercidas em caráter eminentemente privado, em detrimento da supremacia constitucional. Não adstrita à regulação concorrencial, tampouco à regulação de serviços públicos, sobressaem, na vocação dessa agência os contornos de típico exercício do poder de polícia da Administração, no caso, a sanitária.

O Plenário registrou que o advento das agências reguladoras setoriais representa inegável aperfeiçoamento da arquitetura institucional do Estado de Direito contemporâneo no sentido do oferecimento de uma resposta da Administração Pública para fazer frente à complexidade das relações sociais verificadas na modernidade. A exigência de agilidade e flexibilidade cada vez maiores do Estado diante das ininterruptas demandas econômicas e sociais que lhe são direcionadas levou à emergência de estruturas administrativas relativamente autônomas e independentes — as chamadas agências — dotadas de mecanismos aptos e eficazes para a regulação de setores específicos, o que inclui a competência para editar atos qualificados como normativos. Nesse contexto, o escopo do modelo regulatório adotado no Brasil não se reduz à regulação concorrencial, não se limitando à correção das chamadas “falhas de mercado”. Pelo contrário, incorpora também instrumentos necessários para o atingimento de objetivos gerais de interesse público: regulação social, e não apenas econômica. [ADI 4874/DF, STF. Rel^a. Min. Rosa Weber, julgamento em 1.2.2018].

A justificativa para o precedente acima, demonstra que, na prática, existe uma linha muito tênue e difícil de identificar onde termina o exercício da atividade regulamentar e o início da atividade legiferante, ou ainda, onde terminam os discursos de aplicação e onde começam os discursos de fundamentação, tornando-se necessária um aprimoramento do aspecto de legitimidade da produção destas normas.

Tal situação consignada num déficit de legitimidade, se agrava agudamente quando considerada a proliferação de autoridades administrativas independentes. É que os fundamentos de sua atividade costumam ser leis dotadas de elevado grau de vagueza, generalidade e abstração, que transferem aos administradores inúmeras decisões de cunho político. Ademais, a não inclusão das agências na linha hierárquica direta do Chefe do Poder Executivo esvazia por completo o segundo argumento, já que a legitimidade decorrente da investidura popular deste não se transfere a reguladores autônomos (BINENBOJM, 2006, p. 105).

O Ministro Luís Roberto Barroso (2002, p. 51) aponta este déficit de legitimidade, identificando que a solução passa pela harmonia, e não independência, dos poderes:

O surgimento de centros de poder como os das agências reguladoras - cujas características são a não eletividade de seus dirigentes, a natureza técnica das funções desempenhadas e sua autonomia em relação aos Poderes tradicionais - desperta, naturalmente, a discussão acerca da legitimidade política no desempenho de tais competências. Este déficit democrático tem sido objeto de ampla reflexão pela doutrina, que aponta alguns aspectos que, idealmente, seriam capazes de neutralizar suas consequências. Dentre eles, invocam-se os seguintes: o Legislativo conserva o poder de criar e extinguir agências, bem como de instituir as competências que desempenharão; o Executivo, por sua vez, exerce o poder de nomeação dos dirigentes, bem como o de traçar as políticas públicas para o setor específico; o Judiciário exerce o controle sobre a razoabilidade e sobre a observância do devido processo legal, relativamente às decisões das agências. Ressalte-se que em tempo de liberdade de imprensa, de organização da sociedade e de existência de uma opinião pública esclarecida e atuante, sobreleva a importância do dever de motivação adequada, do dever de argumentativa e racionalmente demonstrar-se o acerto das ponderações de interesse e das escolhas realizadas.

Finaliza o Ministro Barroso (2002, pág. 286) ainda que uma das mais intrincadas questões afetas às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua compatibilização com o princípio da reserva legal, que ainda hoje é da essência do modelo democrático. Para além dos temas recorrentes, como o poder regulamentar e as delegações legislativas, há a questão específica da chamada deslegalização, que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da Administração, como verdadeira forma de intervenção do Estado no domínio econômico.

Nesse sentido, é possível sistematizar as formas de intervenção do Estado no domínio econômico. Moreira Neto (2018, p. 431) estabelece, inclusive, que a intervenção pode ser concebida sob diversos aspectos, tais como: (I) regulatório, (II) concorrencial, (III) monopolista e (IV) sancionatória. Outros, como Bandeira de Mello (2004, p. 436), porém, a classificam como (V) poder de polícia, (VI) incentivos à iniciativa privada ou mesmo (VII) atuação empresarial, estas últimas decorrentes do aspecto da disciplina, do fomento e da atuação direta.

O Poder Público interfere na atividade econômica, em primeiro lugar, traçando a disciplina, o fazendo mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do Poder de Polícia. Nesse aspecto, o Estado, ao exercer competências normativas primárias, edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 5, XXXII, CF/88), a lei de remessa de lucros (art. 172, CF/88) e a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º, CF/88). Paralelamente, exerce o Estado competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantes como a política de crédito e a de câmbio. Por fim, desempenha também o poder de polícia, restringindo direitos e liberdades, condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo, conforme se observa as diretrizes da polícia ambiental, sanitária e as regras fiscalização trabalhista (BARROSO, 2002, p. 291).

Ato contínuo, o Estado também interfere no domínio econômico através do fomento, estimulando comportamentos na iniciativa privada, como, por exemplo, através do aspecto extrafiscal de determinadas obrigações tributárias, como será observado mais profundamente no próximo capítulo e que constitui objeto de estudo deste trabalho. Assim, à título de exemplificação, o Poder Público é capaz de estimular ou repelir comportamentos através de incentivos fiscais, como a estipulação de alíquota 0 (zero) de IPI²⁶ – Imposto de Produtos Industrializados – para o estímulo à indústria automotiva ou para a linha branca de eletrodomésticos. Do mesmo modo, é capaz de elevar as alíquotas de IOF (Imposto sobre Operações Financeiras, Crédito, Câmbio e Seguros) para desestimular a circulação de dinheiro como forma de combate à inflação e reduzir ou majorar as alíquotas de II (Imposto de Importação) ou IE (Imposto de Exportação) de acordo de incentivo de comércio exterior, conforme previsão consignada no art. 153, §1º, CF/88. Ademais, no fomento da atividade econômica e a oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores

²⁶ Interessante notar que nos últimos governos Lula e Dilma, o Brasil adotou a política extrafiscal de estímulo ao consumo como forma de aquecer a indústria automotiva e de eletrodomésticos, prejudicada pelo retrocesso econômico decorrente da falta de controle do gasto público, de reiteradas desobediências às regras de responsabilidades fiscais e falta de estímulo à livre iniciativa ligadas àquele período. A medida não foi suficiente sanar o momento econômico caótico que o país se encontrava, circunstância esta que comprova que o fomento desalinhado dos demais aspectos produtivos de intervenção e responsabilidade, por si só, é insubsistente.

do mercado, o Estado age mediante a oferta de subsídios e linhas de crédito junto as instituições oficiais de fomento, como é o caso, por exemplo, da Caixa Econômica Federal, relativamente ao programa Minha Casa Minha Vida – atualmente Casa Verde e Amarela – o BNDES, relativamente ao fomento a industrialização e desenvolvimento sustentável, e o Banco do Nordeste, vinculados ao estímulo ao pequeno e médio produtor rural.

Por fim, o Estado interfere, ainda, na ordem econômica, mediante atuação direta, seja mediante a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas, tal como limites conferidos na Constituição Federal de 1988, seja constituindo pessoas jurídicas de direito público – autarquias e fundações autárquicas – ou mesmo instituições privadas – empresas públicas e sociedades de economia mistas e através de outorga legal a tais entes relativamente à prestação do serviço público, seja de educação, fornecimento de água e eletricidade, podendo ainda delegar à iniciativa privada, mediante contrato ou outro ato negociai, a prestação do serviço, mediante o sistema de concessão e permissão (Barroso. 2002, p. 292), diretrizes essas observadas no enunciado do art. 175, CF/88.

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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Bem verdade que a prestação de serviços públicos não deve ser confundida com a exploração da atividade econômica, sendo esta última, diferentemente daquela, submetida a existência de normas próprias e especiais, associada ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, IV, CF/88) de modo que apenas em hipóteses restritas e previstas na constituição poderá o Estado atuar

diretamente, como empresário, no domínio econômico, como é o caso de imperativo da segurança nacional, relevante interesse coletivo e monopólio outorgado à União, circunstâncias estas taxativamente dispostas nos arts. 173 e 177, da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

Por conta disso é que a reserva de atividades econômicas à exploração direta e monopolizada pelo Estado Brasileiro foi essencialmente alterada ao longo dos anos, transferindo a atuação estatal da seara da gestão empresarial para o comando da disciplina jurídica, a partir da ampliação de seu dever na regulação e fiscalização atividades econômicas e produtivas, de modo que, não se tratando de monopólio, o Estado deverá atuar diretamente no domínio econômico sob o mesmo regime jurídico de direito privado das empresas particulares em todos os aspectos, seja ele civil, empresarial, fiscal, trabalhista ou previdenciário, conforme exposto no art. 173, §1º, II, §2º, da CF/88²⁷.

Conforme se observou ao longo da história, a constatação de que os recursos são finitos e o Estado não possui disponibilidade plena para abarcar todos os investimentos necessários, razão pela qual deve eleger prioridades, justamente vinculado ao fato de ser um mau gestor desses recursos, tal cenário conduziu ao processo de transferência para a iniciativa privada da execução de extensa gama de serviços públicos, muito embora não modificando a sua natureza pública, ainda que prestados por empresas privadas.

Nesse sentido, são as lições de Gustavo Binenbojm (2006, p. 219):

A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário. a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas.

²⁷ Vale destacar que a partir da Emenda Constitucional nº. 19/98, o art. 173, §1º, II, CF/88 passou a reiterar de forma patente que as estatais configuradas como empresas públicas e sociedades de economia mista se submeteriam ao regime jurídico de direito privado quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, o que outra somente se compreendia pela submissão exclusiva à seara fiscal, em razão da previsão do §2º, do mesmo dispositivo constitucional ao determinar que essas mesmas estatais não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Assim, o Estado passa a conservar responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada, motivo pelo qual a privatização trouxe drástica transformação no papel do Estado, de modo que, de em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização, compreendendo, assim, o ambiente propício para o surgimento das agências reguladoras.

De fato, é histórico o vínculo direto existente entre as agências reguladoras e serviços públicos executados por particulares, já que nada impede a existência de agências para regulação de atividades puramente privadas, como instrumento de realização da disciplina jurídica do setor. Por outro lado, quanto aos serviços públicos, as funções transferidas para as agências reguladoras não são novas, de modo que o Estado sempre teve o encargo de zelar por sua boa prestação, tal como disposto no art. 175, CF/88. O fato é que quando esse mesmo serviço público era prestado diretamente pelo próprio Estado ou mediante pessoas jurídicas por ele controladas (estatais), estas funções não tinham muita importância, bem como o fato de não serem desempenhadas de forma eficiente.

Nesse sentido, Sergio Nelson Mannheim (1998, p. 225) traduz pontualmente essa realidade:

Quando o Estado é o prestador do serviço ocorrem distorções no papel fiscalizador do Estado. uma vez que não se sente ele estimulado a denunciar as próprias falhas ou deficiências.

A partir desse cenário de novo protagonismo do Estado sob o aspecto regulatório, torna ainda mais nítido a separação entre o setor público e o setor privado, necessário para regular essas atividades na proteção dos interesses da comunidade, como bem observado Luan Carlos Cassagne (1994, p. 151):

El fenómeno de la privatización al abarcar la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos que antes prestaban empresas estatales, ha generado la correlativa necesidad de regular esas actividades para proteger los intereses de la comunidad.

No estabelecimento da regulação das atividades econômicas, o art. 174 da Constituição de 1988 já antevia a função reguladora a ser cumprida pelo Estado Brasileiro como agente normativo, muito embora, antes mesmo da promulgação da

Constituição Cidadã, o Brasil já convivesse com existência de instituições que desempenhavam em seu bojo, funções de regulação, como é o caso do Conselho Nacional de Telecomunicações – CONTEL e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de modo que, com exceção deste último, esses órgãos tiveram frustradas as suas finalidades, uma vez que já nasceram subordinados, decisória e financeiramente, ao Poder Executivo²⁸.

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.

Nesse aspecto, inclusive, deve-se observar que em setembro de 2019 foi editado a Lei nº. 13.874, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecendo a garantias de livre mercado, interpretando em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, demonstrando a nítida pretensão legiferante de afastamento da vinculação política dos negócios jurídicos, tendo como seus princípios norteadores, dentre outros, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, conforme se observa nos incisos do art. 2º, da referida lei.

Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas;

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

²⁸ Nesse aspecto, inclusive, deve-se observar que em setembro de 2019 foi editado a Lei nº. 13.874, instituindo a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecendo a garantias de livre mercado, interpretando em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, circunstância esta que demonstra a nítida de pretensão legiferante de afastamento da vinculação política dos negócios jurídicos.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Em razão das modificações introduzidas na CF/88 pelas Emendas acima dispostas, tais mudanças ensejaram ambiente plausível não apenas para a introdução de órgãos reguladores aos quais a legislação infraconstitucional sabiamente dotou de autonomia, como eram tipicamente conferidos nos setores de petrolíferos e de telecomunicações, mas também a expansão da função regulatória do Estado para outras áreas.

Como bem apontado por Barros (2002, p. 294), até o início de 2002 já haviam sido criadas diversas agências reguladoras no Brasil no âmbito da União, como é o caso da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, prevista na Lei 9.472/97; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída pela Lei 9.427/97; a Agência Nacional do Petróleo – ANP, que foi instituída pela Lei 9.478/97; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, instituída pela Lei 9.782/90; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei 9.961/00, a Agência Nacional de Águas – ANA, criada pela Lei nº. 9.984/00; bem como as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ambas criadas pela Lei nº. 10.233/01. Por fim, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que para muitos já era uma agência reguladora, recebeu da Lei nº. 10.411/02 maior grau de autonomia, conferindo mandatos estáveis para seus dirigentes, característica tipicamente conferida a estrutura jurídica e organizacional das agências reguladoras.

No âmbito dos Estados-membros também foram criadas agência reguladoras. No Estado de Sergipe, por exemplo, existe a presença de uma única entidade reguladora, a AGRESE – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Sergipe, constituída pela Lei Estadual nº. 6.661/09 e pela Lei nº. 8.442/18, atuando em todo o território estadual, para promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos vinculados a energia elétrica, gás canalizado, transporte e saneamento, propiciando aos seus usuários as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, universalidade e modicidade

tarifária dos serviços por ela regulados, conforme entabulado no art. 4º, da Lei Estadual nº. 6.661/09:

Art. 4º. A AGRESE tem por finalidade exercer o poder de regular e de fiscalizar as concessões e permissões de serviços públicos nas quais o Estado de Sergipe, por disposição legal ou delegação, figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e contratuais pertinentes, e, em especial, das disposições da Lei nº 3.800, de 26 de dezembro de 1996, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, pelo Estado de Sergipe.

Parágrafo único. Observada a competência própria dos outros entes federados, a AGRESE deve atuar no controle, fiscalização, normatização, padronização, concessão e fixação de tarifas de serviços públicos delegados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convencional ou contratual, ou por ato administrativo do Estado de Sergipe, de suas Autarquias, Fundações Públicas, e de entidades paraestatais, e outras entidades conveniadas, em especial nas áreas de:

- I - saneamento;
- II - energia elétrica;
- III - rodovias;
- IV - telecomunicações;
- V - portos e hidrovias;
- VI - irrigação;
- VII - transportes intermunicipais de passageiros;
- VIII - combustíveis;
- IX - distribuição de gás canalizado;
- X - inspeção de segurança veicular;
- XI - outros serviços cujo Poder Concedente seja o Estado de Sergipe por disposição legal ou por delegação.

À semelhança do Estado de Sergipe, o Estado de Alagoas possui a ARSAL – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas, instituída pela Lei

Estadual nº. 6267/01; o Estado de Pernambuco possui a ARPE – Agência de Regulação de Pernambuco, instituída pela Lei Estadual nº. 12.126/2001; o Estado da Paraíba conta com a ARPB – Agência de Regulação do Estado da Paraíba, criada pela Lei Estadual nº. 7.843/05; o Estado do Rio Grande do Norte possui a ARSEP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte, instituída pela Lei Complementar Estadual nº. 584/2016; no Estado do Ceará se consolida a ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará, criada pela Lei Estadual nº. 12.786/97; o Estado do Maranhão possui a MOB – Agência Estadual de Mobilidade Urbana e Serviços Públicos, instituída pela Lei Estadual nº. 10.213/15; e o Estado do Piauí, conta com a AGRESPI – Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Piauí, todas elas, invariavelmente, atuando em seus respectivos territórios estaduais, para promover e zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos vinculados conjuntamente à disponibilidade de energia elétrica, do gás canalizado, do transporte e saneamento.

A Bahia, por sua vez, diferentemente dos demais Estados da região nordeste do Brasil, optou pela estrutura de agências especializadas, focadas em cada ramo específico de atuação como é o caso da AGERBA – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia, criada pela Lei Estadual nº. 7.314/98 e a AGERSA – Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia, criada pela Lei Estadual nº. 12.602/12²⁹.

Assim, as agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias, constituídas, portanto, com personalidade jurídica de direito público, sujeitando-se as diretrizes traçadas no art. 37, XIX e XX, CF/88, de modo que a sua criação somente poderá se dar mediante lei específica, tal como a sua extinção, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

²⁹ Semelhantemente a esse aspecto da especialidade no trato das agências reguladora, o que se percebe é que o Estado Bahia incorporou na sua estrutura organizacional de atividades de regulação e fiscalização a mesma técnica empreendida no Estado de São Paulo, no caso da ARSESP – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo, instituída pela Lei Complementar Estadual nº. 1.025/2007 e a ARTESP – Agência de Transporte do Estado de São Paulo instituída pela Lei Estadual nº. 7.835/92.

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

Assim, a instituição de um regime jurídico especial tem como finalidade justamente preservar as agências reguladoras de interferências impróprias, principalmente por parte do Estado e de seus agentes políticos, motivo pelo qual procurou estabelecer um espaço de legítima e proporcional discricionariedade, tendo como finalidade a predominância de decisões técnicas sobre as decisões políticas³⁰.

Por fim, observada a necessidade de conferir a essas autarquias especiais uma imparcialidade e discricionariedade porventura de injunções externas indevidas, foram-lhe concedidas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Como leciona Barroso (2002, p. 296), no que diz respeito a sua autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência reguladora prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (I) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal³¹;

³⁰ Muito embora tal circunstância, ainda que viciante, seja observada na tomada de decisões técnicas de determinadas agências reguladoras, circunstância esta que será conhecida mais tarde como o fenômeno da “captura” que ocorre quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas reguladas e de grupos de interesses políticos. Esse fenômeno afeta de forma evidente e indevida, a imparcialidade típica das agências reguladora.

³¹ No caso do Estado de Sergipe, uma circunstância determinante deve ser observada no tocante a AGRESE. Conforme estabelecido no art. 9º, da Lei Estadual nº. 6.661/09, o órgão máximo deliberativo dessa agência reguladora é o Conselho Superior, composto por 5 (cinco) membros, sendo 2 (dois) membros indicados livremente pela ALESE (Assembleia Legislativa de Sergipe) e 3 (três) indicados livremente pelo Governador do Estado, de modo que os seus membros terão mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução, e serão empossados somente após terem seus nomes aprovados pela Assembleia Legislativa do Estado, devendo satisfazer, simultaneamente, as condições de ser brasileiro e residente no Estado, ter reputação ilibada e idoneidade moral e ainda ter experiência comprovada no exercício de função ou atividade profissional relevante para os fins da AGRESE, não detendo a sua presidência qualquer ingerência direta dos demais Poderes, cabendo, em verdade, a um desses

(II) mandato fixo de três ou quatro anos; e (III) impossibilidade de demissão dos seus diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal³².

Nesse último aspecto, Barroso (2002, p. 297) ainda observa que no que se refere à autonomia político-administrativa, as leis criadoras das agências reguladoras também anteviram, como regra, que os seus gestores estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço às empresas submetida à sua regulação ou fiscalização, ao longo de determinado período, subsequente ao término de seus mandatos e sem prejuízo da remuneração respectiva. É o que se denomina popular e didaticamente de período "quarentena", de modo que, durante tal período é assegurada ao ex-dirigente a remuneração equivalente à do cargo de direção que exercera, admitindo-se que continue a prestar serviço à Agência ou a qualquer outro órgão da Administração Pública, em área atinente à sua qualificação profissional, desde que tal circunstância, naturalmente, não prejudique a finalidade de impedir que se beneficie de relações e informações para favorecer sua atuação privada ou a de outrem.

Essa é a realidade que se observa em diversas agências reguladoras no âmbito da União. No tocante a ANEEL, por exemplo, o art. 9º da Lei nº. 9.427/96 convém ressaltar que o seu ex-dirigente continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.

Art. 9º. O ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará

conselheiros, na forma do Regimento Interno da agência, a administração da autarquia, uma forma de resguardar a imparcialidade desta entidade de ingerências externas indevidas, caracterizando verdadeiro exemplo de protagonismo do Estado de Sergipe na determinação da efetiva política regulatória das agências reguladoras.

³² O art. 8º, da Lei nº. 9.427/96 prevê que a exoneração imotivada de dirigente da ANEEL somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais é assegurado seu pleno e integral exercício, constituindo motivos para a exoneração de dirigente da ANEEL, em qualquer época, a prática de ato de improbidade administrativa, a condenação penal transitada em julgado e o descumprimento injustificado do contrato de gestão. Nesse mesmo sentido, sinaliza o art. 13, §1º, da Lei Estadual nº. 6.661/09 que a exoneração de ofício dos Diretores da AGRESE só pode ocorrer nos 04 (quatro) meses iniciais dos respectivos mandatos, de modo que após o prazo a que se refere o caput, os Diretores da AGRESE somente podem perder o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, ou de decisão definitiva em processo administrativo disciplinar.

impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias.

§ 1º Durante o prazo da vinculação estabelecida neste artigo, o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.

§ 2º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se o infrator às penas previstas no art. 321 do Código Penal, o ex-dirigente da ANEEL, inclusive por renúncia ao mandato, que descumprir o disposto no **caput** deste artigo.

§ 3º Exclui-se do disposto neste artigo o ex-dirigente que for exonerado no prazo indicado no **caput** do artigo anterior ou pelos motivos constantes de seu parágrafo único.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº. 9.472/97, ao prever a instituição da ANATEL, estabelece em seu art. 30 que é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência, até um ano após deixar o cargo, de modo que também é vedado ao ex-gestor utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

Art. 30. Até um ano após deixar o cargo, é vedado ao ex-conselheiro representar qualquer pessoa ou interesse perante a Agência.

Parágrafo único. É vedado, ainda, ao ex-conselheiro utilizar informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

Ato contínuo, a Lei nº. 9.478/97, no ato de instituição da ANP, em seu art. 14 prevê que o ex-dirigente, terminado o mandato ou exonerado do cargo, ficará impedido, por um período de 12 (doze) meses, contado da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante das indústrias do petróleo e dos biocombustíveis ou de distribuição, sem prejuízo da remuneração, sob pena de incorrer na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei.

Art. 14. Terminado o mandato, ou uma vez exonerado do cargo, o ex-Diretor da ANP ficará impedido, por um período de 12 (doze) meses, contado da data de sua exoneração, de prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a empresa integrante das indústrias do petróleo e dos biocombustíveis ou de distribuição.

§ 1º Durante o impedimento, o ex-Diretor que não tiver sido exonerado nos termos do art. 12 poderá continuar prestando serviço à ANP, ou a qualquer órgão da Administração Direta da União, mediante remuneração equivalente à do cargo de direção que exerceu.

§ 2º Incorre na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas da lei, o ex-Diretor que violar o impedimento previsto neste artigo.

Quanto a sua autonomia econômico-financeira, a legislação buscou conferir às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a destinação do recolhimento de receitas provenientes de outras fontes como decorrentes de taxas de fiscalização e regulação³³, bem como decorrente da participação em contratos e convênios, como ocorre, por exemplo, nos setores de petróleo e energia elétrica (BARROSO. 2002, p.299).

Nesse aspecto, como bem explica Villella Souto (2000, p. 215 e 216) quando se refere às receitas decorrentes das obrigações fiscais de taxas de fiscalização e regulação arrecadadas pelas agências reguladoras, afirma que, com isso, a agência não depende exclusivamente de recursos orçamentários, não deixando-a suscetível de ingerências políticas, mas em compensação, se submete à crítica de ser custeada pelo sujeito fiscalizado.

Na Lei nº. 9.472/97, instituidora da ANATEL, por exemplo, existe previsão expressa em seu art. 49 que a agência se submeterá anualmente ao Ministério da Economia a sua proposta de orçamento, bem como a do FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, para inclusão no projeto de lei orçamentária anual.

Art. 49. A Agência submeterá anualmente ao Ministério da Economia a sua proposta de orçamento, bem como a do Fistel, para inclusão na lei

³³ Obrigações tributárias conferidas à agência reguladora mediante sistema de parafiscalidade, conforme previsível no art. 7º, do CTN, através da delegação da capacidade tributária ativa consistente nos atos de arrecadação e fiscalização tributária.

orçamentária anual a que se refere o § 5º do art. 165 da Constituição Federal.

§ 1º A Agência fará acompanhar as propostas orçamentárias de um quadro demonstrativo do planejamento plurianual das receitas e despesas, visando ao seu equilíbrio orçamentário e financeiro nos cinco exercícios subsequentes.

§ 2º O planejamento plurianual preverá o montante a ser transferido ao fundo de universalização a que se refere o inciso II do art. 81 desta Lei, e os saldos a serem transferidos ao Tesouro Nacional.

§ 3º A lei orçamentária anual consignará as dotações para as despesas de custeio e capital da Agência, bem como o valor das transferências de recursos do FISTEL ao Tesouro Nacional e ao fundo de universalização, relativos ao exercício a que ela se referir.

§ 4º As transferências a que se refere o parágrafo anterior serão formalmente feitas pela Agência ao final de cada mês.

No caso da ANEEL, por sua vez, os arts. 11, II, e 12, ambos da Lei 9.427/96, preveem recursos oriundos do Tesouro Nacional e de taxas de fiscalização de serviços de energia elétrica, garantindo a liberdade da agência em decorrência de eventuais ingerências políticas indevidas, conforme se observa abaixo.

Art. 11. Constituem receitas da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:

I - recursos oriundos da cobrança da taxa de fiscalização sobre serviços de energia elétrica, instituída por esta Lei;

II - recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no Orçamento Fiscal da União e em seus créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

III - produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações, inclusive para fins de licitação pública, de emolumentos administrativos e de taxas de inscrição em concurso público;

IV - rendimentos de operações financeiras que realizar;

V - recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais;

VI - doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VII - valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

Parágrafo único. O orçamento anual da ANEEL, que integra a Lei Orçamentária da União, nos termos do inciso I do § 5º do art. 165 da Constituição Federal, deve considerar as receitas previstas neste artigo de forma a dispensar, no prazo máximo de três anos, os recursos ordinários do Tesouro Nacional.

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 a produção independente de energia elétrica e a autoprodução de energia.

No Estado de Sergipe, igualmente, a lei da AGRESE (Lei Estadual nº. 6.661/09) prevê em seu art. 21 a fonte de recursos para o custeio das atividades por ela desenvolvidas, como em decorrência de recursos do orçamento do Estado e taxas de fiscalização dos serviços por ela prestados.

Art. 21. Os recursos da AGRESE devem ser constituídos das seguintes receitas:

I - dotações consignadas no Orçamento do Estado e créditos legalmente abertos que lhe forem destinados;

II - dotações, subvenções, auxílios e/ou contribuições que lhe forem atribuídos por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado;

III - doações e legados que lhe forem feitos;

IV - receita patrimonial, inclusive a decorrente de juros, lucros, dividendos e frutos;

V - retribuição de atividades remuneradas ou de prestação de serviços e emolumentos;

VI - recursos oriundos da cobrança da Taxa de Fiscalização instituída por esta Lei;

VII - valores resultantes de convênios, acordos ou contratos;

VIII - resultado de aplicações financeiras;

IX - outros recursos que legalmente se constituam em receitas.

Por fim, além de funções executivas e decisórias, todas as leis que estabelecem a organização das agências reguladoras lhes conferem funções normativas de vasto alcance, sendo esta uma das maiores contradições e alvo de críticas direcionadas as atividades das agências reguladoras.

3.3 Poder Normativo das Agências Reguladoras:

Nesse sentido, não são as normas das agências espécies normativas primárias, tampouco regulamentos. Conforme já informado acima, essas espécies normativas, no sentido material, são indelegáveis às agências reguladoras, exercendo estas, em moldes semelhantes ao atribuído aos demais entes e órgãos da Administração Direta e Indireta, seu poder normativo, atividade própria do Poder Executivo. A doutrina positivista do direito não consegue justificar – e tampouco controlar – a iniludível realidade do exercício de poderes normativos por agências reguladoras. Esquece-se o positivismo jurídico, embora atrelado ao direito positivo, de observar que a estrutura das normas do direito legislado sofreu profundas alterações, em direção a uma vagueza cada vez maior, ocupando-se de fixar as políticas públicas a serem perseguidas – concretizadas – pelo Executivo. Não acatar esta conclusão implicaria em sustentar a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que atribuem poderes normativos às agências reguladoras – inclusive os postos através de Emendas à Constituição (CARDOSO, 2007, p. 41).

Quem for confrontá-las com a Constituição tal qual ela é lida normalmente, ou vai chegar à conclusão que elas exorbitam do poder regulamentar, ou que elas violam o princípio da legalidade, porque ou elas usurpam um poder que é privativo do Presidente da República, ou elas usurpam um poder que é do Congresso Nacional. A saída é a previsão de um terceiro gênero normativo, mas este terceiro gênero não está previsto até agora. A prática brasileira é de tolerância para esse tipo de normas, e quem sabe aí haja uma norma constitucional não escrita a dar-lhes cobertura (FERREIRA FILHO, 2000, p. 30).

Naturalmente, o desempenho de tarefas dessa natureza e significado exige que as agências sejam dotadas de autonomia político-administrativa – referente à investidura e permanência de seus diretores nos cargos – bem como de autonomia econômico-financeira, materializada na arrecadação de recursos próprios suficientes. Assim, as suas leis instituidoras têm procurado introduzir mecanismos ou instrumentos destinados a preservá-las de ingerências externas inadequadas³⁴, tanto por parte dos interesses privados quanto pelos próprios órgãos e entidades estatais, de modo que a demarcação do espaço institucional de atuação das agências reguladoras enfrenta tensões de ordens diversas, uma vez que, de um lado, existe a tradição personalista de ingerência do Poder Executivo. De outro, a desconfiança que nos últimos anos se desenvolveu no Brasil em relação ao abuso no exercício de competências normativas delegadas. E, por fim, há ainda o avanço do ativismo judicial em relação ao mérito administrativo, fruto da democratização e da doutrina pós-positivista, com o reconhecimento de normatividade aos princípios.

Nesse contexto a análise do Ministro Luis Roberto Barroso sobre o tema (2002, págs. 310 e 311):

Uma das mais intrincadas questões afetas às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua compatibilização com o princípio da reserva legal, que ainda hoje é da essência do modelo democrático. Para além dos temas recorrentes, como o poder regulamentar e as delegações legislativas, há a questão específica da chamada deslegalização, que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da Administração. Estas tensões institucionais entre Poderes e entidades são próprias das democracias em geral, e mais especialmente daquelas de consolidação mais recente, como é o caso do Brasil. 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.

Nesse mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo (2002, p. 41):

³⁴ Circunstâncias nem sempre aferíveis na prática.

No Brasil não é mais possível a edição de regulamentos autônomos, e sim dos que se prendem à norma legal para esclarecê-la e facilitar sua execução, não podendo inovar na ordem jurídica, em especial quanto a deveres e direito, obrigações e penalidades. O que se nota é a edição de atos administrativos (decretos, no caso dos Chefes do Executivo; resoluções, instruções, portarias etc., no caso de outras autoridades) que significam exercício do poder normativo, mediante declaração de vontade sobre algo, de sua competência, e de como a autoridade deseja sua operacionalização, também não inovando na ordem jurídica, nem criando direitos ou impondo penalidades. Assim, o poder normativo das agências reguladoras (não regulamentadoras) vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica. E não é o de regulamentar leis e muito menos situações jurídicas autônomas (leis em sentido material) que criem direitos, deveres e penalidades. Não é por outra razão que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, II, garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Assim, o poder normativo da administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo (DI PIETRO, 1999, p. 89). Note-se que o art. 87, parágrafo único, inciso II, outorga aos Ministros de Estado competência para expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos, não se confundindo com as espécies normativas do art. 59, bem como decorrente do poder regulamentar previsto no art. 84, IV, é o art. 87, parágrafo único, II da Constituição Federal, de modo que combinado com os art. 21, XI; 174 e 177, § 2.º, III, constitui o sistema constitucional das agências reguladoras.

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: [...]

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

Art. 21. Compete à União: [...]

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;

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.

Art. 177. Constituem monopólio da União: [...]

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...]

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

O fato é que o exercício desse poder normativo só pode ser configurado em duas hipóteses, quais sejam, (I) na aplicação de regras de direito, isto é, quando a regra definir precisamente a atuação da agência reguladora, configurando-se hipótese de vinculação, de modo que as normas das agências deverão estar em conformidade com ela, dando-lhe execução e, na hipótese da regra de direito atribuir poderes discricionários à agência reguladora, as normas deverão dar executoriedade aos comandos legais, exercitando as escolhas de conveniência e de oportunidade dos atos regulatórios, sempre pautados pelo interesse público; e (II) quando da aplicação de diretrizes/objetivos/princípios: uma vez que a densidade normativa desta forma de legislação é menor, a atribuição de poderes normativos é mais ampla, conferindo-se maior liberdade de escolhas de meios, igualmente pautados pela regra (ou princípio) da proporcionalidade. A legalidade porosa se contenta em estabelecer os fins, liberando em larga medida a Administração em sua execução (CARDOSO, 2007, p. 43).

Nesse sentido, a doutrina tradicional elenca como requisitos do ato administrativo: competência, finalidade, motivo, forma e objeto (MEIRELLES, 2001, pp. 142-146), de modo que os atos administrativos normativos são aqueles que contém um comando geral do Poder Executivo, visando a correta aplicação da lei, sendo o seu objetivo imediato explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados (MEIRELLES, 2001, p. 170).

Por conta disso, os atos normativos decorrentes do poder normativo – geral e abstrato – são espécies de atos administrativos, adstritos à satisfação de seus

requisitos, sendo a resolução a modalidade de ato normativo da Administração, a que mais sintonia guarda com a missão das agências.

A resoluções são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do executivo (mas não pelo chefe do executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. por exceção admitem-se resoluções individuais (MEIRELLES, 2001, p. 174).

Nesse sentido, os atos normativos das agências reguladoras configuram nova espécie de ato administrativo, justamente em razão dos amplos poderes a eles conferidos. Em razão disso, a denominação “resolução” ou “resolução normativa”, sempre que destinada à produção de efeitos externos à Administração e aos seus agentes.

Por conta disso, os atos normativos das agências reguladoras detêm a aptidão de conferir a exequibilidade das políticas públicas pretendidas, limitadas as orientações da lei ao especificar direitos e obrigações aos particulares que serão por elas atingidos.

Ocorre que no exercício deste poder normativo decorrente das atividades próprias do Poder Executivo, no campo da discricionariedade administrativa, tais atos vão disciplinar os comandos legais, de modo que a discricionariedade que lhe será atribuída é de ordem técnica, mas ainda assim, compreendida como político-administrativa, mesmo porque ver as agências unicamente como exercentes de atividade administrativa balizada pela discricionariedade técnica é menosprezar sua atuação e amplitude de sua atuação normativa.

Sobre essa característica pertinentes das agencias reguladores, assim conclui Sérgio Varella Bruna (2003, p. 205):

Reconhece-se que a expertise das agências não é capaz de eliminar o caráter político de muitas das decisões cometidas a órgãos administrativos³⁵.

³⁵ Justamente esse ponto é criticado por boa parte da doutrina sob o risco da “captura” da atividade normativa das agencias reguladores em prol do atendimento de grupos políticos no exercício da atividade governamental.

A competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica. Afasta-se, a uma só vez, das escolhas abstratas político-administrativas do Congresso e das escolhas administrativas discricionárias da burocracia da administração direta (MOREIRA NETO, 2001, p. 162).

Nesse mesmo sentido são o ensinamento de Bandeira de Mello (2004, p. 396):

Discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Assim, as normas gerais e abstratas das agências reguladoras podem ser definidas da seguinte forma: atos regulatórios normativos gerais e abstratos emitidos com fundamento no poder normativo previsto nas leis de instituição das agências reguladoras para o exercício da discricionariedade administrativa na aplicação de regras, bem como para a escolha dos meios eficientes para a implementação de diretrizes/objetivos/princípios expressos em legislação finalística, que, pautados pela regra da proporcionalidade, especificam direitos e obrigações a todos os atingidos do setor regulado (CARDOSO, 2007 p. 45).

Sobre esse aspecto crítico, relativamente a razoabilidade do exercício da atividade normativa das agências reguladoras, algumas leis, como é o caso da ANS, à título de exemplificação, outorga uma série de competências normativas à agência, dentre as quais a de normatizar os conceitos de doenças e lesões preexistentes, estabelecendo normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, bem como critérios, responsabilidades, obrigações e o procedimento para a garantia de direitos assegurados de Planos e Seguros de Saúde e rol de procedimentos conforme se pode observar nos dispositivos da Lei nº. 9.656/98, o que demonstrando a vasta normatividade dessas regras.

Art. 8º. Para obter a autorização de funcionamento, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer os seguintes requisitos, independentemente de outros que venham a ser determinados pela ANS:

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei no 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12;

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

Art. 10-D. Fica instituída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10 desta Lei.

A lei da ANATEL (Lei nº. 9.472/97), por sua vez, à título de exemplificação, confere poderes a essa agência para expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público e privado, conforme previsão abaixo.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: [...]

VI - celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; [...]

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

É sob esse prisma da discricionariedade das agências reguladoras que se avalia a forma como a política regulatória e extrafiscal da ANEEL passa a ser observada.

Ao final do séc. XX, o Estado de Direito passa a refletir um profundo contexto político-social de internacionalização, num movimento provocativo de ressignificação do seu papel. É nesse contexto que nasce a globalização como um fenômeno radical de interação transnacional ocorrido nas últimas três décadas.

A interdependência dos países em todo o mundo, que se convencionou chamar de globalização é um fenômeno sociológico de expansão dos interesses das sociedades humanas, de modo que a globalização já foi cultural, pelo poder do exemplo, como se deu no mundo Helênico; foi política, pelo poder da espada, como no mundo romano; foi econômica, pelo poder das riquezas, como no mundo ibérico dos descobrimentos, e religiosa, pelo poder da fé no mundo cristão. Outros movimentos globalizantes apresentaram combinações desses interesses, como o da expansão do Islã e o do imperialismo, sendo que este último se desdobrou em manifestações específicas, como o inglês, o norte-americano e, por último, o soviético. A globalização que se experimenta neste fim de século e de milênio ultrapassa, porém, todas essas experiências, pois ela não é só mais ampla e diversificada: é, sobretudo mais profunda, pois é um produto da Revolução das Telecomunicações e, por isso, veio para permanecer (NETO, 1998, p. 1).

Nesse sentido, o Direito passa a surgir como uma interface percussora de uma vontade mais engajada e integradora de uma vontade profundamente representativa. No Direito Administrativo, por exemplo, o papel do administrado – cidadão/contribuinte – como mero sujeito passivo das ações da Administração, é revisto, de modo que a sua participação e opinião passam a ser valorizadas. Em seu aspecto político-econômico, a globalização traz um componente prescritivo de “orientações ou exigências” a serem adotadas pelas nações em desenvolvimento, sendo em grande parte estimuladas, ou até mesmo impostas, por agências de financiamentos internacionais (BOAVENTURA, 2002, p. 27). Aponta Boaventura de Sousa Santos, sobre a respectiva exigência:

Um conjunto vasto de prescrições todas elas ancoradas no consenso hegemônico. Este consenso é conhecido por “consenso neoliberal” ou “Consenso de Washington” por ter sido em Washington, em meados da década de oitenta, que ele foi subscrito pelos Estados centrais do sistema mundial, abrangendo o futuro da economia mundial, as

políticas de desenvolvimento e especificamente o papel do Estado na economia.

O que se percebe, em verdade, é que no contexto da globalização ocorreu uma diminuição da carga da ação interventiva do Estado na atividade econômica: Essa debilidade dos instrumentos de intervenção do Estado pode, em parte, ser explicada pela patente separação entre Estado - que permaneceu como agente nacional - de um lado, e empresas - que se transformaram em agentes mundiais - de outro lado (ANDRADE, 2003, p. 78).

O fato é que a regulação econômica passou a ocupar uma posição central no que se convencionou denominar de *Law and economics* (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.49) constituído como um movimento surgido a partir da década de 60 que passa a reconhecer a importância do Direito na determinação de resultados econômicos (SZTAJN, 2005, p. 74), uma vez que ao estabelecer regras de condutas entre as pessoas, o Direito deve levar em consideração os impactos econômicos que as suas normas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos, constituindo inclusive, a inserção de direitos de 2ª dimensão, nas cartas constitucionais dos diversos Estados, tal como a Constituição Federal Brasileira de 1988 ao estabelecer o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, conforme claramente disposto no art. 174, CF/88.

Nesse contexto, o Direito influencia e é influenciado pelas relações econômicas, de modo que as organizações também passam a influenciar e são influenciadas pelo ambiente institucional, motivo pelo qual diferentes correntes doutrinárias buscam explicar o fenômeno econômico e propor medidas para corrigir distorções geradas por normas de Direito positivo, com fundamento em análises econômicas (SZTAJN, 2005, p. 74), exemplo disso é a obra *Regulação Econômica e Democracia*, por Paulo Mattos, em que o autor aponta a Teoria da Regulação da Escola de Chicago como a responsável por derrubar a crença geral de que a ampliação da regulação econômica se justificava pela correção das falhas de mercado com vistas à promoção do bem-estar econômico. Para esta Escola, o resultado era uma regulação

que protegia os interesses da indústria regulada e que não promovia o bem-estar social (MATTOS, 2004, p. 14-15)³⁶, demonstrando nitidamente os efeitos nefastos de excludentes sociais quando o condicionamento do Direito passa a ser atribuído a não representatividade do contexto social, viés discriminatório, mas capturado pelos interesses de grupos econômicos³⁷.

Por essa razão que o Direito Regulatório (MOREIRA NETO, 2003, p. 12), passa a ser compreendido como uma evolução do Direito Administrativo, ajustado às novas funções atribuídas ao Estado, que culminaram com a instituição das Agências Reguladoras no Brasil, tipicamente importadas do exercício da atividade administrativa do Direito Americano.

3.4 Mudança da matriz energética de baixo carbono para otimização do serviço de disponibilidade de energia por células fotovoltaicas:

Na proteção do meio ambiente o Direito Regulatório não é diferente, regulamenta as relações interpessoais e os meios de produção, de modo que, a depender dos interesses da política governamental, o estímulo da atividade regulatória pode provocar bons resultados ou verdadeiros desastres capturados pelos interesses de grupos econômicos.

Nesse contexto, é inegável que a revolução industrial trouxe em seu bojo a ideia de maximização dos rendimentos pelo menor custo possível, com a finalidade de suprir um mercado de serviços e bens de consumo voraz. De lá para cá, o homem vem utilizando os recursos naturais de forma egocêntrica, com a finalidade econômica, de modo que apenas nas últimas décadas é que políticas públicas têm sido implementadas para controlar a degradação ambiental e a poluição de séculos,

³⁶ Tipicamente considerado quando o interesse do capital passa a dispor sobre as relações econômicas, vinculando, assim, relações de interesse.

³⁷ Circunstância esta que passou a ser compreendida posteriormente pela Teoria da Captura das Agências Reguladoras, sempre que existir submissão da atuação de agência regulatória aos interesses mais imediatos de empresas de setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos.

num claro momento crucial de modificação de matrizes energéticas que sejam capazes de garantir o desenvolvimento sustentável sem prejuízo do seu déficit social.

Como ensina Sachs (2013, p. 27), há três razões incontornáveis para o mundo fazer a mudança para uma energia de baixo carbono:

Em primeiro lugar, a elevação dos níveis de CO₂ está acidificando os mares da Terra. Se mantivermos nossos velhos hábitos, acabaremos destruindo uma enorme parte da vida marinha, o que comprometerá severamente as cadeias alimentares das quais dependemos.

Em segundo lugar, o CO₂ está mudando perigosamente o clima do mundo, por mais que os interesses dos grandes conglomerados do petróleo tentem nos convencer do contrário.

Em terceiro lugar, estamos diante da alta significativa dos preços dos combustíveis fósseis, num momento em que o crescimento dos países em desenvolvimento eleva a demanda e se esgotam as fontes convencionais de carvão, petróleo e gás. Podemos, seguramente, encontrar mais combustíveis fósseis, mas a um custo muito mais alto e com um risco ambiental muito maior, decorrente de contaminações industriais, resíduos, vazamentos e outros estragos.

Para se ter um exemplo, países como os Estados Unidos passaram a desenvolver muitas tecnologias energéticas de baixa emissão de carbono nas últimas décadas, muito embora boa parte da sua produção ainda decorra dos derivados do petróleo, o que o faz alvo de diversas críticas pela mídia e pela comunidade internacional, forçando a iniciativa pelo implemento de novas matrizes de energia sustentável.

A forma como a política regulatória e os incentivos fiscais foram implementados nos Estados Unidos, proporcionaram a criação de um ambiente plausível de negócio voltados a estimulação de empresas no desenvolvimento de novas fontes energéticas sustentáveis sem prejuízo do desempenho da atividade produtiva, como a Tesla do bilionário Elon Musk, desenvolvedora de veículos elétricos de alto rendimento, tornando-se referência no setor automotivo de sustentabilidade.

Ademais, em recente pacote de incentivos fiscais de US\$ 430 bilhões sancionado pelo presidente dos EUA, Joe Biden, deverá aumentar a capacidade

instalada de energia solar e eólica *onshore* no país em 40% até 2030³⁸, injetando mais US\$ 270 bilhões em investimentos de novos empreendimentos, segundo análise divulgada nesta semana pela consultoria Rystad Energy³⁹, conforme abaixo se observa:

The incentives expand existing tax credits for capital investments and production, and are designed to build and strengthen a domestic supply chain by encouraging domestic manufacturing and raw material sourcing from the US or countries with a free trade agreement.

The current production tax credit (PTC) of \$0.15 per kilowatt-hour and the investment tax credit (ITC) of 30% will continue until 2024, after which they will roll into one technology-agnostic clean energy ITC or PTC. The law will enact base rates of \$0.3/kWh for the PTC and 6% for the ITC. Developers can benefit from a five-times credit multiplier if specific labor qualifications are met, and additional benefits are up for grabs for those that meet domestic content requirements for steel, iron and equipment, and siting conditions. Rystad Energy has assumed that all developers will opt for the initial five-times multiplier, raising the PTC to \$0.15/kWh, subject to inflation at 2.5%, and the ITC will be raised to 30%⁴⁰.

A Alemanha e a França, por sua vez, estão perseguindo um caminho alternativo para um futuro de baixo carbono. A Alemanha está levando à frente a *Energiewende*, ou transição para a energia sustentável, consistindo um esforço

³⁸ [https://www.rystadenergy.com/newsevents/news/press-releases/inflation-reduction-act-will-attract-an-extra-\\$270-billion-in-us-wind-and-solar-investments-by-2030/](https://www.rystadenergy.com/newsevents/news/press-releases/inflation-reduction-act-will-attract-an-extra-$270-billion-in-us-wind-and-solar-investments-by-2030/) acessado em 24/08/2022.

³⁹ A Rystad Energy é uma empresa independente de pesquisa em energia e inteligência de negócios com sede em Oslo, Noruega. É a maior consultoria independente de energia da Noruega, e uma empresa de análise líder mundial para a indústria de petróleo e gás.

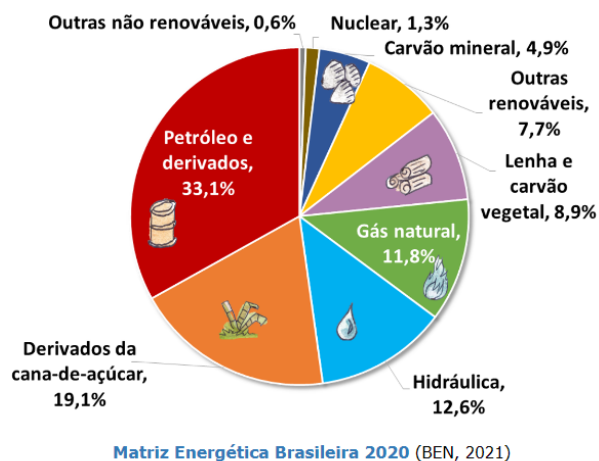
⁴⁰ Os incentivos expandem os créditos fiscais existentes para investimentos de capital e produção e são projetados para construir e fortalecer uma cadeia de suprimentos doméstica, incentivando a fabricação doméstica e o fornecimento de matérias-primas dos EUA ou de países com um acordo de livre comércio

O atual crédito fiscal de produção (PTC) de US\$ 0,15 por quilowatt-hora e o crédito fiscal de investimento (ITC) de 30% continuarão até 2024, após o qual eles serão convertidos em um ITC ou PTC de energia limpa independente de tecnologia. A lei vai decretar taxas básicas de US\$ 0,3/kWh para o PTC e 6% para o ITC. Os desenvolvedores podem se beneficiar de um multiplicador de crédito de cinco vezes se as qualificações de trabalho específicas forem atendidas, e benefícios adicionais estão disponíveis para aqueles que atendem aos requisitos de conteúdo nacional para aço, ferro e equipamentos e condições de localização. A Rystad Energy assumiu que todos os desenvolvedores optarão pelo multiplicador inicial de cinco vezes, elevando o PTC para US\$ 0,15/kWh, sujeito à inflação de 2,5%, e o ITC será aumentado para 30%.

notável para atender toda a demanda energética do país com energia renovável, principalmente a solar e a eólica, ainda mais levando em consideração a recente crise de dependência da Europa do gás da Rússia, em decorrência dos eventos da guerra na Ucrânia. A França, nesse sentido, recorre intensamente à energia elétrica nuclear de baixo carbono, e está migrando rapidamente para veículos elétricos, como o pioneiro Leaf, da Renault-Nissan (SACHS, 2013, p.28).

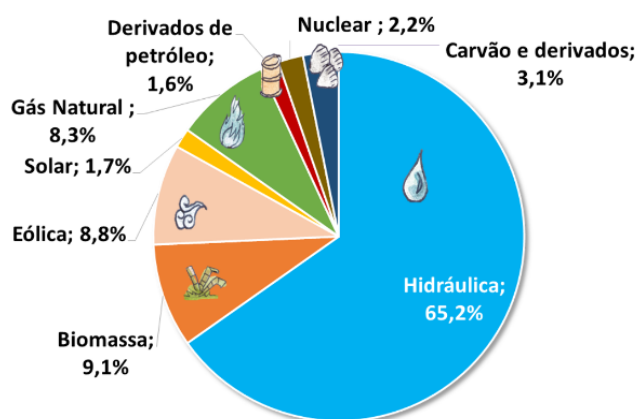
Assim, mesmo imparcial aos argumentos ideológicos voltados ao prejuízo provocado a intervenção do Estado na atividade econômica ou qualquer outra adversidade de cunho neoliberal ou mesmo estadista, um dado é certo, o Estado é agente crucial na canalização de comportamentos dos seus administrados, de modo que na sustentabilidade não é diferente.

No Brasil, a oferta de energia comporta uma matriz energética com baixo índice de carbonização, seja na produção como na utilização da energia elétrica conforme gráficos abaixo⁴¹:



Fonte: Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Ministério de Minas e Energia (2022).

⁴¹ Informação oficial extraída da EPE – Empresa de Pesquisa Energética. A empresa tem por finalidade prestar serviços ao Ministério de Minas e Energia (MME) na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, cobrindo energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados e biocombustíveis. A empresa foi criada por meio de medida provisória convertida em lei pelo Congresso Nacional – Lei nº. 10.847, de 15 de Março de 2004. E a efetivação se deu em um decreto de agosto de 2004. Fonte: <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica> acessado em 20/07/2022.



Matriz Elétrica Brasileira 2020 (BEN, 2021)

Fonte: Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Ministério de Minas e Energia (2022).

Conforme o Balanço Elétrico Nacional (BEN)⁴², somente no ano de 2020 – período decorrente à crise sanitária provocada pela COVID-19 – a matriz elétrica brasileira supera sobremaneira a mundial⁴³, de modo que a maior parte do potencial elétrico no país decorre da utilização de energia hidráulica, oferecida de forma limpa e com baixíssima emissão de CO², muito embora a implementação dessa matriz energética decorra de grandes investimentos, muitas vezes produzindo um impacto ambiental extenso, encarecida em razão da exclusividade de poucos grupos econômicos que exploram o setor de produção e transmissão de energia no país, bem como a volatilidade decorrente da dependência de fatores naturais como o clima.

Conforme se observa no gráfico acima, apenas no ano de 2020, pouco mais de 65% da matriz elétrica brasileira decorre da exploração e disponibilidade direta dos potenciais hidráulicos, contra 1,7% da produção elétrica solar⁴⁴.

⁴² O relatório consolidado do Balanço Energético Nacional – BEN documenta e divulga, anualmente, extensa pesquisa e a contabilidade relativas à oferta e consumo de energia no Brasil, contemplando as atividades de extração de recursos energéticos primários, sua conversão em formas secundárias, a importação e exportação, a distribuição e o uso final da energia.

⁴³ EPE – Empresa de Pesquisa Energética.

⁴⁴ Um dado interessante é que é inquestionável que geração de energia elétrica é fundamental para o desenvolvimento econômico do Brasil, de modo que as usinas hidrelétricas, que produzem pouco mais de 60% de toda eletricidade consumida no país, são uma opção relativamente barata de produção energética. Contudo, as hidrelétricas são geralmente associadas a impactos socioambientais negativos, como deslocamento de populações, alagamento de áreas florestais e de propriedade e desequilíbrio da fauna da região afetada. Por isso a necessidade de que, quando novas construções são planejadas, ambientalistas, tomadores de decisão e outros

Para se ter uma ideia, entre 2011 e 2014, houve uma redução na participação das renováveis na matriz energética do Brasil devido à queda da oferta hidráulica, associada à menor quantidade de chuvas, fazendo os preços dispararem, em razão da demanda sempre crescente e a necessidade de utilização das demais disponibilidades energéticas, em especial termoelétricas. A partir do ano de 2015, as fontes renováveis retomam uma trajetória de crescimento com a expansão da oferta de derivados da cana, eólica e biodiesel, atingindo 48% em 2020⁴⁵, conforme se observa no gráfico abaixo extraído do Atlas de Eficiência Energética de 2021 do Brasil publicado anualmente pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE):

Figura 1 – Comparação internacional da participação das fontes renováveis na Oferta Interna de Energia (OIE)
Fonte: EPE (2021a)

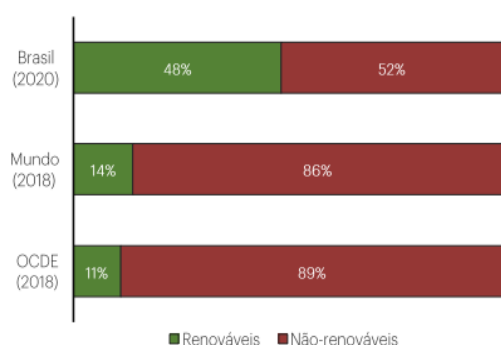
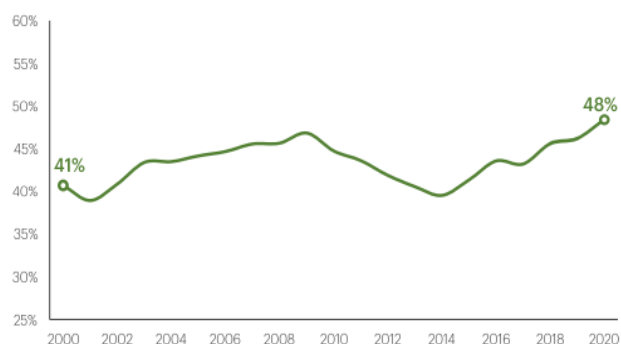


Figura 2 – Evolução da participação das fontes renováveis na Oferta Interna de Energia (OIE)
Fonte: EPE (2021b)



Fonte: Atlas da Eficiência Energética do Brasil. – Relatório de Indicadores (2021)

Um curioso dado publicado pela EPE demonstra que no Brasil, diferentemente de outras fontes, a energia solar possui seu recurso disperso de maneira relativamente homogênea no território nacional, de modo que a disponibilidade do recurso primário é nitidamente infinita. Em estudo anterior (EPE, 2016) o potencial técnico de conversão fotovoltaica foi estimado excluindo-se

setores da sociedade civil se envolvem em intensos debates sobre vantagens e desvantagens desse tipo de fonte energética.

⁴⁵ Fonte: Atlas da Eficiência Energética do Brasil – 2021 – Relatório de Indicadores – disponibilizado em https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-651/Atlas2021_PT_2022_02_04.pdf

unidades de conservação, terras indígenas, comunidades quilombolas, áreas de Mata Atlântica com vegetação nativa, áreas urbana, reserva legal e área de preservação permanente. Foram consideradas apenas áreas com declividade inferior a 3% e área superior a 0,5Km², conforme orientação gráfica inserida no ANEXO I⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, a Associação Brasileira de Indústria de Elétricos e Eletrônica (ABINEE)⁴⁷, já em 2012 publicou mapa que apresenta a radiação solar global (média anual) do Brasil. Observa-se que o país possui boa irradiação solar em razão da sua localização tropical:

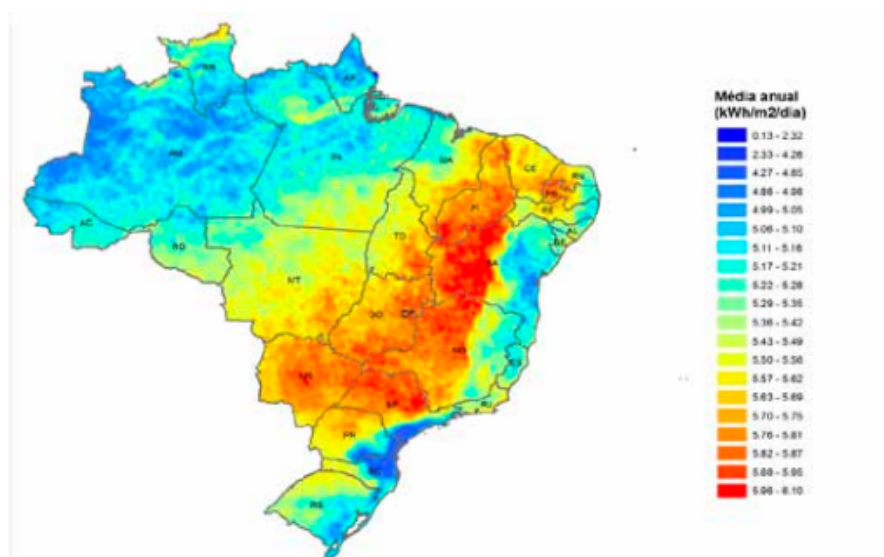


Fig. 5.3 – Irradiação total em plano cuja inclinação é igual a latitude do local. Mapa elaborado pela PSR com dados do projeto SWERA. Fonte: *brazil_solar_tilted_10km.shp*. O arquivo "shapefile" apresenta os dados de radiação solar em kWh/m²/dia para células 10km x 10km.

Fonte: Empresa de Pesquisa Energética (EPE). Ministério de Minas e Energia (MME). Plano Nacional de Energia – Relatório de Indicadores (2021)

⁴⁶ Fontes extraída do Relatório Oficial do Plano Nacional de Energia 2050 do Ministério de Minas e Energias. O PNE pode ser acessado em sua versão de consulta pública em <https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-227/topico-523/05.03%20Energia%20Solar.pdf#search=solar>

⁴⁷ Dados oficiais: <http://www.abinee.org.br/informac/arquivos/profotov.pdf>

No referido documento, para estimativa quantitativa do potencial indicado no PNE 2050 do Ministério de Minas e Energia, foram consideradas apenas as áreas já antropizadas, ou seja, não foram incluídas áreas com vegetação nativa, de modo que, considerando apenas as melhores áreas disponíveis com radiação superior a 6KWh/m² dia, seria possível a instalação de 307GWp⁴⁸.

Sendo assim, é perceptível que o cenário é por demais favorável ao desenvolvimento desse tipo de investimento, escalável num período de longo prazo, conforme PNE 2050, de modo que tais dados se coadunam, por exemplo, com as informações conferidas no Atlas de Eficiência Energética do Brasil 2021, demonstrando um nítido aumento do consumo de sistemas de aquecimento solar em unidades residenciais entre 2005 e 2020, ao ponto que para os seus usuários provoca a redução do gasto com a eletricidade de rede e, do ponto de vista ambiental, o uso desse sistema pode ajudar na redução dos gases do efeito estufa, melhorando a eficiência energética e a estabilização de preços para manutenção do sistema, uma vez que se trata de uma matriz dispersa de forma homogênea e em abundância em todo o território nacional, não suscetível a variações em decorrência de fatores climáticos, conforme demonstrada a sua evolução no gráfico abaixo⁴⁹.

⁴⁸ Vale ressaltar que 1GWp equivale a 1.000.000 watts. Logo, a exploração dessas zonas por esse tipo de tecnologia seria capaz de gerar cerca de mais 300.000.000 watts, o que corresponderia cerca de duas vezes mais o consumo do Estado de São Paulo atualmente. Consulta pública em:

<https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/infraestrutura/coordenadorias/coordenadoria-de-energias-eletrica-e-renovaveis/a-energia-eletrica-no-estado/>

⁴⁹ Fonte: Atlas da Eficiência Energética do Brasil – 2021 – Relatório de Indicadores – disponibilizado em https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-651/Atlas2021_PT_2022_02_04.pdf

Figura 16 – Penetração de Sistemas de Aquecimento Solar (SAS) nas residências

Fonte: Elaborado pela EPE



Fonte: Empresa de Pesquisa Energética – EPE (2021)

Desde 2012, o setor fotovoltaico já trouxe ao Brasil mais de R\$ 86,2 bilhões em novos investimentos, R\$ 22,8 bilhões em arrecadação aos cofres públicos e gerou mais de 479,8 mil empregos acumulados. Com isso, também evitou a emissão de 23,6 milhões de toneladas de CO₂ na geração de eletricidade (KOLOSZUK, 2022, p. 1)

Diante desses dados, então por que razão produtores nacionais de módulos fotovoltaicos tanto criticam à política regulatória da ANEEL? A resposta invariavelmente se encontra no tipo de atividade extrafiscal recai sobre este segmento econômico. Senão, vejamos.

Em verdade, um dos principais objetivos da atividade fiscal do Estado é a captação de recurso para os cofres públicos, como instrumento essencial para se promover a concretização das garantias constitucionais, manutenção da máquina pública e compromissos firmados com a ordem constitucional. A chamada extrafiscalidade tributária, por sua vez, está atrelada ao fato de se utilizar da coerção do pagamento dos impostos, com o intuito de estimular, induzir ou até mesmo coibir contribuintes, aplicando-se as receitas não apenas com a intenção arrecadatória para sanar despesas públicas, mas induzindo comportamentos.

Ao contrário da fiscalidade, o fenômeno da extrafiscalidade não está vinculado a ideia meramente arrecadatória, isto é, o singelo interesse de recolhimento ao Erário Público, mas constituindo um importante instrumento no direcionamento de comportamentos de seus contribuintes.

Nesse sentido são as lições de Geraldo Ataliba (1990, p. 233) a respeito da extrafiscalidade:

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. [...] É lícito recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes, seja fomentando posicionamento ou inibindo certos procedimentos. Dá-se tal fenômeno (extrafiscalidade) por intermédio de normas que, ao preverem uma tributação, possuem em seu bojo, uma técnica de intervenção ou conformação social por via fiscal. São os tributos extrafiscais, que podem ser traduzidos em agravamentos ou benefícios fiscais dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas.

O fato é que sempre que se fala em intervenção ou mesmo manipulação do Estado sobre a atividade econômica⁵⁰, tal tipo de conjectura nem sempre é vista com bons olhos, tendo em vista catastróficas experiências desse tipo de ação na história do Brasil.

Nesse sentido, a clareza de como os efeitos da extrafiscalidade sobre o IPI pode interferir diretamente na balança comercial do país, como comenta Flávio de Azambuja Berti (BERTI, 2012, p. 79-85.):

[...] imagine-se que manter um saldo positivo na balança comercial é conveniente para o país, o que efetivamente é verdade. Ora, tal saldo só é passível de ocorrer se as indústrias brasileiras aumentarem seus volumes de vendas ao exterior. Este objetivo pode ser estimulado pelo fisco de algumas formas diferentes: a) mediante uma tributação menor sobre as exportações (observe-se que há imunidade do IPI para vendas ao exterior, conforme previsto no texto do art. 153 da CF/88); b) através de subsídios financeiros para empresas exportadoras; c) com a abertura de linhas especiais de financiamento para a exportação; d) através do uso de outros benefícios fiscais para os exportadores, por exemplo, créditos presumidos para o IPI sobre a parcela de bens não exportados e vendidos no país ou mesmo para

⁵⁰ E a relação extrafiscal detém nitidamente essa aptidão.

serem usados na compensação de outros tributos federais no caso de a indústria exportar praticamente toda sua produção.

Como aduzido por Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e Liziane Paixão Silva Oliveira em obra relativamente recente, a intervenção estatal na economia pode reduzir a eficiência econômica. Mas no caso de se manifestarem externalidades, a intervenção estatal pode realmente aumentar a eficiência econômica e aumentar o bem-estar da sociedade. O modo como o governo intervém é extremamente importante, por isso uma análise econômica lançada sobre as políticas de intervenção na economia garantiria que os programas estatais sejam economicamente o mais eficiente possível (BRUNO e OLIVEIRA, 2015, p.255-269)

Seja de um modo ou de outro, um dado é certo, através da política regulatória extrafiscal o Estado passa a induzir determinados comportamentos aos contribuintes e esses comportamentos refletem a pretensão do governo sobre determinado aspecto político, econômico, social e cultural, de modo que na responsabilidade socioambiental para instituição de mecanismos que propiciem o desenvolvimento econômico sustentável não é diferente.

Em novembro de 2021, a CAMEX – Câmara do Comércio Exterior – publicou um ato normativo de redução do valor das alíquotas de imposto de importação para equipamentos fotovoltaicos, demonstrando clara atividade extrafiscal. Ao todo, foram incluídos mais de 100 ex-tarifários relacionados a módulos solares, inversores, displays e demais insumos. A medida entrou em vigor em 1º de agosto e será válida até o final de 2021⁵¹.

Todavia, muitos fabricantes nacionais criticam o fato de não estarem sendo beneficiados com tais incentivos já que, atualmente, os módulos importados têm isenção de IPI e Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), além de PIS/COFINS, enquanto as empresas nacionais são tributadas ao adquirir suas

⁵¹ Dados oficiais: file:///C:/Users/User/Downloads/6-CAT_ATA_de_30_09_2020.pdf. Trata-se de publicações oficiais no D.O. da União mediante CAMEX – Câmara do Comércio Exterior – sobre o incentivo a diminuição dos insumos desses equipamentos.

matérias-primas, pagando I.I, IPI, PIS/COFINS e ICMS, o que vem prejudicando a competitividade nacional⁵².

Sendo assim, em que pese a boa pretensão sobre a política regulatória extrafiscal neste tipo de segmento econômico, é perceptível que na realidade ela só atinge a um específico ramo de atividade produtiva e comércio, qual seja a importação desses equipamentos e seus insumos para serem consumidos no território nacional, fazendo com que a produção interna nacional fique desprestigiada quanto a tais incentivos, prejudicando o desenvolvimento econômico sustentável, a empregabilidade e a geração de renda, constituindo uma medida de gestão fiscal contraditória ao se levar em consideração as reservas minerais que poderiam colocar o Brasil como líder das energias limpas no mundo.

Conforme dispõe Jeffrey Sachs (SACHS, 2013, p. 01), há três razões incontornáveis para o mundo fazer a mudança para uma energia de baixo carbono. Em primeiro lugar, a elevação dos níveis de CO₂ está acidificando os mares da Terra, de modo que se mantivermos nossos velhos hábitos, acabaremos destruindo uma enorme parte da vida marinha, o que comprometerá severamente as cadeias alimentares das quais dependemos.

Em segundo lugar, o CO₂ está mudando perigosamente o clima do mundo, por mais que os interesses dos grandes conglomerados do petróleo tentem nos convencer do contrário.

Em terceiro lugar, estamos diante da alta significativa dos preços dos combustíveis fósseis, num momento em que o crescimento dos países em desenvolvimento eleva a demanda e se esgotam as fontes convencionais de carvão, petróleo e gás. Podemos, seguramente, encontrar mais combustíveis fósseis, mas a um custo muito mais alto e com um risco ambiental muito maior, decorrente de contaminações industriais, resíduos, vazamentos e outros estragos.

De acordo com Sachs, o desenvolvimento sustentável é, para além de uma ideia, uma referência atualmente. É uma maneira de entender o mundo e um método de resolver os problemas globais. Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável

⁵² Dados oficiais: <https://www.absolar.org.br/noticia/energia-solar-isencao-de-impostos-divide-importadores-e-fabricantes/>. Associação Brasileira de Energia Solar Fotovoltaica (ABSOLAR).

devem propiciar um crescimento econômico socialmente inclusivo e ambientalmente sustentável. Para se alcançar esses objetivos econômicos, sociais e ambientais, deve estar presente a boa governança (SACHS, 2015, p. 03), circunstância em momento algum observada no Brasil no tocante ao desenvolvimento sustentável local sobre os módulos fotovoltaicos, não em razão da inexistência de políticas regulatórias de incentivos fiscais, mas pelo seu mal posicionamento, uma vez que beneficia a produção e a tecnologia importadas em detrimento da produção e pesquisa nacionais.

Para se ter uma ideia, o Brasil é detentor das maiores reservas mundiais de quartzo, mineral utilizado para fabricação do silício, que por sua vez é utilizado na fabricação de células fotovoltaicas. Mesmo diante dessa condição, o Brasil importa as lâminas de silício utilizadas na fabricação dos painéis fotovoltaicos. Aqui exporta o silício metalúrgico a US\$ 2 o quilo⁵³. Depois de purificado no exterior é transformado em lâminas usadas na fabricação de semicondutores ou células fotovoltaicas que custam entre US\$ 50 e US\$ 1.000, dependendo da pureza e da cristalinidade (ABINE, 2021).

Nesse contexto, percebe-se uma clara desproporcionalidade na forma de como esse tipo de segmento econômico tem sido pessimamente explorado no Brasil, motivo pelo qual nos leva novamente a questionar, até que ponto a política regulatória de incentivos fiscais está sendo, de fato, viável para o desenvolvimento econômico sustentável internamente?

Ao se instituir uma proposta de incentivos fiscais para o desenvolvimento econômico sustentável, deve-se avaliar a importância do impacto desse desenvolvimento nacionalmente, o que não se observa na produção desse tipo de tecnologia no Brasil, em razão da alta tributação sobre os insumos sobre a respectiva cadeia de produção de células fotovoltaicas.

Nas preciosas lições de Amartya Sen (SEN, 2000, p. 409), o desenvolvimento pode ser encarado como um processo de alargamento das liberdades reais, da promoção do potencial humano como centro das políticas de

⁵³ O Brasil figura como um dos líderes mundiais na produção de silício de grau metalúrgico, ficando atrás apenas da China, quando considerados os países individualmente. Dados da Associação Brasileira de Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINE

desenvolvimento e a superação das diversas formas de privação, que acabam por limitar o potencial humano e subjugar o homem ao capital.

É o que ocorre no Brasil. A forma como a política regulatória de incentivos fiscais sobre esses equipamentos tem sido realizada internamente, ao invés de propiciar o desenvolvimento econômico local, tem subjogado a produção nacional as vontades do capital estrangeiro no mercado interno.

Nesse contexto, Amartya Sen atenta para esse tipo de comportamento maculador da liberdade de forma de subjugá-la ao mero poder do capital, estabelecendo que a liberdade não é exclusivamente um fim primordial do desenvolvimento, mas também seu principal meio, motivo pelo qual sistematiza a sua amplitude constitutiva e instrumental, esta como meio para o desenvolvimento e a sua expansão, aquela, ligada a liberdade como objetivo de avaliação.

O papel constitutivo relaciona-se a importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana (...). Nessa perspectiva constitutiva o desenvolvimento envolve a expansão dessas [liberdades substantivas] e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas (...) O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intitamentos contribuem para a expansão da liberdade humana em geral, e assim, para a promoção do desenvolvimento. (SEN. 2000, p. 55-56)

Nesse mesmo sentido a Constituição Federal de 1988 conferiu em seu art. 3º, II, como norma programática e fundamental da República Brasileira, a garantia do desenvolvimento nacional, constituindo uma meta a ser galgada pelo Brasil, em sua vasta acepção, de modo que aliado a Preâmbulo Constitucional ao estabelecer, dentro outros, o desenvolvimento, como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, tais regra canalizam os anseios do legislador constituinte no tocante ao aspecto agregador que deve haver tomada de decisões vinculadas ao desenvolvimento econômico interno, circunstância esta não observada no contexto da política regulatória de incentivos fiscais da produção brasileira de equipamentos fotovoltaicos, focada, por sua vez, no contexto permissivo do capital externo.

Como assinala Sen, uma abordagem adequada do desenvolvimento não pode se concentrar apenas nos detentores do poder, devendo ter maior abrangência, exigindo efetiva participação cidadã nos processos decisórios (SEN, 2000, p. 174).

Mesmo já tendo uma política governamental para incentivar a instalação de painéis solares, decorrente da institucionalização do PADIS – Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores e Displays – é preciso respostas mais concretas do governo para identificação desses obstáculos que emperram o desenvolvimento do setor interno, além de ações legiferantes para modificação desse cenário, à título de se proporcionar uma maior isonomia fiscal e competitividade da produção nacional desse tipo de tecnologia, como é o exemplo da apuração do projeto de lei (PL) 4.805/2019, em tramitação no Congresso Nacional, que dispõe sobre a política industrial para o setor de tecnologia da informação e comunicação, bem como para semicondutores, aperfeiçoando o PADIS e os seus anexos, ampliando os incentivos fiscais por ele proporcionado aos insumos para o desenvolvimento da produção nacional de células fotovoltaicas, capaz, desse modo, de conferir verdadeiro desenvolvimento econômico sustentável, gerando empregos e renda, a partir de um caráter inclusivo da indústria nacional e não permissiva ao capital externo.

Uma estimativa da Secretaria do Trabalho, cuja estrutura atual é integrada ao Ministério da Economia em decorrência da MP nº. 870/2019, aduz que o Brasil está entre os cinco países que mais criam empregos com esse tipo de geração energia, de modo que o aumento da importação das células e módulos fotovoltaicos constitui na realidade um risco a esse protagonismo nacional na sustentabilidade, já que se não houver o contorno dessas distorções tributárias, o país sofrerá com a baixa competitividade de sua produção, prejudicando investidores e outros fabricantes, nacionais ou estrangeiros, que possuem a pretensão de se instalar no Brasil e assim gerar empregos em diversos setores industriais nas diversas áreas de atuação.

É nesse contexto que a crítica ao modelo de política regulatória de incentivos fiscais a este tipo de segmento ganha importância pois, em verdade, não se está concebendo a essência da liberdade do desenvolvimento econômico sustentável, ao contrário, o discurso da sustentabilidade passa a ser utilizado como subterfúgio a

clara criação de um privilégio em prol do interesse do capital externo em detrimento da produção, do desenvolvimento e sustentabilidade econômica nacional.

Por conta disso, se justificam os olhares atentos dos produtores nacionais de módulos fotovoltaicos ao projeto de lei (PL) nº 4.805/2019, uma vez que o projeto traz um novo modelo de incentivos fiscais para empresas de tecnologia da informação e comunicação e de semicondutores, no sentido de melhor conferir isonomia no tratamento fiscal a indústria nacional, bem como de investimento em pesquisa e desenvolvimento deste segmento econômico no Brasil, na tentativa de propiciar, de fato, sustentabilidade econômica interna, garantindo, assim, sua integração com o discurso da política regulatória extrafiscal, vislumbrando a necessidade de construção de cidades mais inteligentes e renováveis.

Esse processamento inteligente servirá como referência e norteará as tomadas de decisões de empresas, governos e cidadãos, com o intuito de tornar as atividades urbanas mais eficientes e sustentáveis nas esferas econômica, social, ecológica e política (LEMOS, 2013, p. 87).

Por fim, o que se pretende com a inserção do fenômeno da extrafiscalidade na tributação ambiental é aliar a pretensão do Estado Brasileiro como garantidor da sustentabilidade e proteção de um meio ambiente equilibrado, tal como disposto no art. 225 da CF/88, sem deixar de propiciar o desenvolvimento econômico interno, agindo o Estado como principal canalizador desse tipo de comportamento.

Emaranhando essa necessidade de desenvolvimento econômico mediante fontes de energia barata, abundante e sustentável, a ANEEL, ao que indica, atua na contramão de direção – ou ao menos atuava – a partir do estabelecimento de políticas regulatórias que não transparecem a pretensão de verdade e correção normativa dos interesses difusos e coletivos sobre o respectivo segmento econômico.

O fato é que desde 17 de abril de 2012, quando entrou em vigor a Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012, o consumidor brasileiro passou a gerar sua própria energia elétrica a partir de fontes renováveis ou cogeração qualificada e inclusive fornecer o excedente para a rede de distribuição de sua localidade. Trata-se da micro e da minigeração distribuídas de energia elétrica, inovações que podem aliar economia financeira, consciência socioambiental e autossustentabilidade.

O problema é que a referida resolução está sendo objeto de discussão atual que coloca xeque esse cenário promissor. A revisão da resolução normativa 482/2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), muda o sistema de tarifação para quem utiliza sistemas de geração distribuída, repercutindo diretamente no cenário econômico das células fotovoltaicas. De acordo com o texto proposto, quem produz e consome sua própria energia passará a pagar pelo uso da rede de transmissão e distribuição, popularmente denominada de “tarifa do fio”, circunstância esta que onera não apenas a distribuição do potencial de energia elétrica, mas também todos os insumos e instrumentos que perfazem neste segmento econômico.

Para se ter uma ideia, uma instalação fotovoltaica residencial, cujo investimento seria compensado em quatro anos, passa a ter *payback* de até oito anos, fazendo com que investir nesse tipo de energia deixa de ser interessante, passando a ser altamente oneroso, passando a ser encarado como uma clara situação de “*captura*”⁵⁴ do sistema por interesses particulares aparentemente escusos.

Em razão disso, a compreensão focada da discricionariedade compelida as agências reguladoras – no caso a ANEEL – ganha fundamentação relevância uma vez que o seu conteúdo decorre da determinação legal de buscar o melhor meio de satisfazer o interesse público, de modo que não há espaço para qualquer comportamento fora da lei (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 22).

Sendo assim, no horizonte atual em que a proposta do desenvolvimento econômico está vinculada a ideia de sustentabilidade, integração, cooperação e proteção ambiental, o estabelecimento de políticas regulatórias em contrassenso a este contexto infere uma ilegitimidade no exercício das atividades fins das agências reguladoras, mesmo porque fora desse contexto se estaria deturpando a análise prática da norma jurídica administrativa.

Nos atos administrativos regulatórios gerais e abstratos – por isso normativos – são pautados pela liberdade de escolha de meios dentro do marco das

⁵⁴ A teoria da captura do regulador recai sobre a teoria da escolha pública conhecido como regulação econômica, em que no dever de regular a atividade dos prestadores de serviços públicos, as agências passam a regular as condutas dos usuários de serviços em atendimento direto aos interesses particulares desses mesmos prestadores.

leis de criação e atribuição de competências das agências reguladoras, em moldes semelhantes à atuação do legislador numa ordem constitucional marco, mas com a especificação de perseguirem as finalidades determinadas pela lei de criação e fixação de competência das agências reguladoras (CARDOSO, 2007, pg. 267).

Portanto, a oneração da política regulatória da ANEEL sobre a produção e distribuição energética decorrente do segmento de células fotovoltaicas é totalmente dissonante a realidade de desenvolvimento econômico e sustentável da qual a proposta originária estaria atrelada, violando o contexto legal de legitimidade da política da respectiva agência reguladora, que por sua vez recai sobre a sua regulação extrafiscal, de modo que a baixa regulação muitas vezes nos traz um baixa qualificação de oferta de energia para comunidades menos favorecidas, conforme será abordado no próximo capítulo.

4. DA MÁ QUALIDADE DA REGULAÇÃO NORMATIVA DA ANEEL SOB AS CÉLULAS FOTOVOLTAICAS À LEI Nº. 14.300/2022:

Demonstradas as críticas conferidas no capítulo anterior, passamos a abordar como a má qualidade da regulação da ANEEL sobre este segmento econômico pode repercutir na integração dessa tecnologia aos diversos usuários no Brasil, prejudicando aqueles agentes mais vulneráveis financeiramente.

É inquestionável o fato de que a utilização da energia solar gera uma economia aos seus usuários de cerca de 50% a 95% no consumo da conta de luz, porém, convivemos ainda com um segmento não integrador, mormente ao se levar em consideração o custo médio desses equipamentos e a manutenção de um sistema individual de consumo é alto, de modo que apenas uma parte específica da população brasileira financeiramente mais favorecida é que possui condições de adquiri-lo.

Num levantamento recente de mercado entre as 10 (dez) maiores empresas de venda e instalação de módulos fotovoltaicos, o custo médio operacional que um consumidor individual teria para instalação desses equipamentos giram em torno de R\$ 10.000,00 a R\$ 30.000,00, a depender da região e da potência do módulo utilizado, circunstância esta fora de cogitação para população de baixa renda.

4.1 Da Resolução Normativa nº. 482/2012 da ANEEL:

Foi através da Resolução Normativa nº. 482⁵⁵ de 17 de abril de 2012 que a ANEEL passou a possibilitar a autogeração de energia elétrica definindo as regras do segmento de geração distribuída, conferindo a pessoas físicas ou jurídicas autorização para instalar micro ou minigeradores para produção de energia elétrica para atendimento da demanda de consumo, bem como de fornecer o excedente de energia para a rede de distribuição de sua localidade para posterior consumo mediante sistema de compensação de energia elétrica instituído pela resolução.

Todavia, como reequilibrar a regulamentação desse segmento econômico de modo que os demais consumidores não tenham as suas faturas de energia oneradas em decorrência de subsídios conferidos aos usuários que geram a sua própria energia mediante a utilização desses módulos fotovoltaicos distribuídos?

O questionamento ganha relevância a partir do momento que essas unidades autônomas não suportam determinadas cobranças relativas ao uso do sistema de distribuição afetas aos componentes tarifários, encargos e perdas técnicas, como os demais usuários do sistema convencional⁵⁶, capaz de resultar no estabelecimento de subsídio cruzado entre os diversos consumidores, o que, à princípio, deveria ser objeto de regulamentação legal e não de resolução normativa, dada a necessidade de maior densidade normativa para tanto, da qual as agências reguladoras não possuem legitimidade.

A sistemática de apuração da atividade de autogeração energética de unidades consumidoras individualizadas é relativamente complexa, levando a

⁵⁵ Essa resolução estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica.

⁵⁶ Se diz assim convencional aquele sistema de disponibilidade energética tipicamente fornecido pelas concessionárias de serviço público em todo o país, normalmente advindo de fontes tradicionais quem no caso do Brasil, é a hidráulica.

necessidade de se compreender como se dá apuração do consumo e a disposição da legislação a respeito.

Não obstante a publicação da Lei nº. 14.300, de 6 de janeiro de 2022, que instituiu o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa da Energia Renovável Social (PERS), em seu artigo 26 foi estabelecido regra de transição para sua aplicabilidade, de modo que as unidades consumidoras que já fazem uso de microgeradores e minigeradores de energia individualizada, ou se realizarem solicitação de acesso a esse sistema em até doze (12) meses contados da data da publicação desta Lei, continuarão a ser regulamentadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL até 31 de dezembro de 2045.

Nesse sentido, a Resolução Normativa da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL nº. 482, de 17 de abril de 2012, ao estabelecer as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências, passou a dispor que:

Art. 2º Para efeitos desta Resolução, ficam adotadas as seguintes definições:

I - microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras;

II - minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras;

III - sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa; [...]

Na mesma oportunidade, a respectiva legislação também passou a possibilitar um sistema de compensação energética entre as unidades consumidoras e demais consumidores responsáveis pelo consumo excedente, de modo que a energia ativa injetada no sistema de distribuição pela unidade consumidora será cedida a título de empréstimo gratuito para a distribuidora, passando a unidade consumidora a ter um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida por um prazo de 60 (sessenta) meses, conforme artigo 6º, §1º, Resolução Normativa nº. 482/2012 da ANEEL.

Art. 6º Podem aderir ao sistema de compensação de energia elétrica os consumidores responsáveis por unidade consumidora:

I - com microgeração ou minigeração distribuída; [...]

§ 1º Para fins de compensação, a energia ativa injetada no sistema de distribuição pela unidade consumidora será cedida a título de empréstimo gratuito para a distribuidora, passando a unidade consumidora a ter um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida por um prazo de 60 (sessenta) meses. [...]

Assim, é no momento do faturamento da unidade integrante do sistema de compensação de energia elétrica que se observa se a energia ativa injetada no sistema de distribuição pela unidade consumidora será ou não cedida a título de empréstimo gratuito para a distribuidora, passando a unidade consumidora a ter um crédito em quantidade de energia ativa, proporcional a sua produção e consequente consumo sobre a rede de distribuição convencional, conforme disposição do artigo 7º, da Resolução Normativa nº. 482/2012 da ANEEL:

Art. 7º No faturamento de unidade consumidora integrante do sistema de compensação de energia elétrica, devem ser observados os seguintes procedimentos: [...]

II - para o caso de unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída, exceto para aquelas de que trata o inciso II do art. 6º, o faturamento deve considerar a energia consumida, deduzidos a energia injetada e eventual crédito de energia acumulado em ciclos de faturamentos anteriores, por posto tarifário, quando for o caso, sobre os quais deverão incidir todas as componentes da tarifa em R\$/MWh; [...]

IV - o excedente de energia é a diferença positiva entre a energia injetada e a consumida, exceto para o caso de empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras, em que o excedente é igual à energia injetada; [...]

VI - o excedente de energia que não tenha sido compensado na própria unidade consumidora pode ser utilizado para compensar o consumo de outras unidades consumidoras, observando o enquadramento como empreendimento com múltiplas unidades consumidoras, geração compartilhada ou autoconsumo remoto; [...].

Com base nisso, uma unidade consumidora do sistema de distribuição convencional, porém com microgeração ou minigeração de energia, a exemplo dos módulos geradores de energia solar fotovoltaico, através desta injeta a energia ativa – energia autoproduzida – no sistema de distribuição de energia elétrica convencional, encerrando o ciclo de faturamento, momento em que é realizada a compensação entre a energia ativa injetada no sistema de distribuição e a consumida de forma convencional pela unidade consumidora.

Nesse sentido, encerrado o ciclo de faturamento e consequente compensação entre a energia autoproduzida e a consumida de forma convencional, até 3 (três) consequências podem ser observadas:

- I) a inexistência de crédito em favor do consumidor, se a energia ativa injetada (autoproduzida) for igual a consumida;
- II) a existência de débito do consumidor, se a energia consumida for superior a injetada; e
- III) a existência de excedente de energia em favor do consumidor, se a energia consumida for inferior a injetada, observado que o excesso pode ser compensado em outra unidade consumidora, na forma da Resolução Normativa respectiva.

Portanto, a unidade consumidora não utiliza diretamente a energia produzida a partir da central geradora de energia elétrica (autoconsumo), mas sim aquela ofertada pela concessionária de distribuição de energia elétrica, visto que a compensação somente ocorre ao final do ciclo de faturamento.

Após Consulta Pública nº. 25/2019⁵⁷ a ANEEL optou por não considerar os efeitos ambientais e sociais no novo modelo de avaliação, alegando que estes pontos extrapolariam os limites do setor elétrico, constituindo mérito de discussão do Congresso Nacional, privilegiando, assim, o modelo tradicional de geração e taxaço dos encargos sobre o setor, de modo que essa modificação impacta de forma negativa os sistemas de geração implantados antes alteração da regra, ferindo o direito adquirido dos proprietários que já investiram em sistemas de energia solar fotovoltaica.

Tais modificações demonstram que a iniciativa perquirida pela ANEEL, na oportunidade, não se coaduna com os princípios limítrofes da atividade normativa da agência reguladora, prejudicando tanto o setor produtivo de módulos fotovoltaicos, os usuários do sistema de autonomia energética e os usuários do sistema de disponibilidade convencional em razão do subsídio cruzado, circunstância esta que demonstra como a má regulamentação, traz um baixa qualificação de oferta de energia e a oneração para as comunidades menos favorecidas, tipicamente usuários do sistema convencional.

Alinhando esse contexto com os ideais liberdade como desenvolvimento humano, o que se percebe é que a forma com que a regulamentação normativa da ANEEL é exercida sob este segmento, na realidade, não traz liberdade e desenvolvimento algum, mas um pseudocrescimento econômico pautado na exploração das classes menos subsistentes, contrário, assim, por exemplo, a ideia de liberdade econômica defendida por Amartya Sen:

O desenvolvimento pode ser encarado como um processo de alargamento das liberdades reais, da promoção do potencial humano como centro das políticas de desenvolvimento e a superação das diversas formas de privação, que acabam por limitar o potencial humano e subjugar o homem ao capital (SEN, 2000, p. 409).

Da mesma forma, em momento algum alinhada com o cerne de inclusão decorrente do desenvolvimento sustentável lecionado por Jeffrey Sachs:

⁵⁷ Documento oficial encontrado em: <https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas>.

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável devem propiciar um crescimento econômico socialmente inclusivo e ambientalmente sustentável. Para se alcançar esses objetivos econômicos, sociais e ambientais, deve estar presente a boa governança (SACHS, 2015, p. 03)

Por fim, não se observa nessa conduta qualquer relação com a ideia de fraternidade na tutela dos direitos de terceira dimensão tão defendido por Carlos Augusto Machado:

Os direitos de fraternidade – inserem-se os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, trazendo como nota distintiva a marca universalidade, ou, quando menos, a característica de transindividualidade ou metaindividualidade (2014, p. 38).

Ao contrário dos posicionamentos acima, as atitudes tomadas pela ANEEL na baixa qualidade da regulação do segmento econômico de células fotovoltaicas não são capazes de ensejar inclusão ou mesmo um desenvolvimento econômico sustentável gerador de liberdade do indivíduo, quando, na realidade sujeita ele as condições do interesse capital.

4.2 Da limitação do exercício da atividade regulatória pela Lei nº. 14.300/2022?

Aliado a isso, com a publicação da Lei nº. 14.300 publicada na data de 06 de Janeiro de 2022, ao instituir o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE)⁵⁸ e o Programa de Energia Renovável Social (PERS), se possibilitou modificação da matriz de disponibilidade energética no país, permitindo que os usuários não mais dependam exclusivamente da utilização da matriz convencional ofertada pelas concessionárias

⁵⁸ Sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa, conforme art. 2º, III, da Resolução Normativa nº. 482/2012.

de serviço público, medida esta que passa a encarecer o custo da energia para quem ainda depende da matriz convencional.

Ademais, a Lei nº. 14.300/2022 passou a prever uma regra de transição até 31 de dezembro de 2045 para que as unidades participantes do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) fiquem sujeitas, após esse período, às regras tarifárias estabelecidas pela Aneel para as unidades consumidoras com microgeração ou minigeração distribuída, conforme dispositivos abaixo:

Art. 17. Após o período de transição de que tratam os arts. 26 e 27 desta Lei, as unidades participantes do SCEE ficarão sujeitas às regras tarifárias estabelecidas pela Aneel para as unidades consumidoras com microgeração ou minigeração distribuída.

§ 1º As unidades consumidoras de que trata o caput deste artigo serão faturadas pela incidência, sobre a energia elétrica ativa consumida da rede de distribuição e sobre o uso ou sobre a demanda, de todas as componentes tarifárias não associadas ao custo da energia, conforme regulação da Aneel, e deverão ser abatidos todos os benefícios ao sistema elétrico propiciados pelas centrais de microgeração e minigeração distribuída.

Art 26. As disposições constantes do art. 17 desta Lei não se aplicam até 31 de dezembro de 2045 para unidades beneficiárias da energia oriunda de microgeradores e minigeradores:

I - existentes na data de publicação desta Lei; ou

II - que protocolarem solicitação de acesso na distribuidora em até 12 (doze) meses contados da publicação desta Lei.

Em outras palavras, os usuários desse tipo de tecnologia vão passar a ter o potencial de produção e autoconsumo regulado pelas diretrizes da ANEEL e se submetendo as novas regras tarifárias que ainda vão ser constituídas⁵⁹, após o referido período de transição previsível na aludida lei, constituindo verdadeiro risco a todo o investimento realizado se o exercício da atividade normativa da ANEEL permanecer, como se observa, de forma não integrativa e na tutela do interesse do capital, em nítido comportamento de captura.

⁵⁹ O que, originalmente, era o que se combatia.

Assim, o que se conclui, é que na expectativa da regulamentação legal solucionar as incongruências decorrentes do exercício da atividade normativa da ANEEL para todos os envolvidos neste segmento econômico, o que se percebe é que a atividade legiferante do Congresso Nacional deu ainda mais legitimidade à ANEEL para disposição desses encargos financeiros ao longo do período de transição, não se concebendo, desse modo, inovação alguma e cujos efeitos da má qualidade da regulação serão produzidos ao longo do tempo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Tutelar a proteção do meio ambiente como Direito Humano Fundamental não significa apenas figurá-lo num patamar normativo que lhe confira a importância de um status cogente do Direito, mas estabelecer instrumentos capazes de lhe conferir efetividade, fruto de um desenvolvimento progressivo das liberdades individuais e coletivas que, ao longo de décadas foram frutos de movimentos sociais de insatisfação com a realidade que se apresentava.

Nesse sentido, sob ideais revolucionários da Revolução Francesa de 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade – se constituiu o atual panorama de comunhão de interesses difusos e coletivos, de modo que, vencidas as etapas iniciais de afirmação e desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais em decorrência das conquistas inerentes aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, chega-se a terceira dimensão de direitos, quais sejam, direitos de fraternidade, conferindo a figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa, não estando a proteção do meio ambiente fora desse tipo de conjectura.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, conferiu os alicerces para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, passaram a indicar os valores que dão suporte ao compromisso, estabelecendo os objetivos fundamentais da República Federativa, dentre eles, a construção de uma sociedade solidária, agregando ao desenvolvimento nacional sustentável e proteção ao meio ambiente, necessário a geração atual e legado para as futuras, numa visão,

inicialmente, antropocêntrica, mas protetiva dos bens ambientais e do meio que o ser humano, igualmente as outras espécies, está inserido em nítido caráter biocêntrico.

É nesse contexto que a política regulatória das agências reguladoras e os incentivos fiscais operam como protagonistas na persecução do desenvolvimento econômico sustentável a partir da qualidade da regulamentação e dos incentivos fiscais para o desenvolvimento da produção nacional e consumo de células fotovoltaicas, em decorrência dos efeitos da extrafiscalidade atuante como fenômeno presente na política regulatória de incentivos fiscais que recai sobre determinados tributos no Brasil, que possibilita uma maior margem de flexibilização a cominação de suas alíquotas, voltadas a necessidade de induzir a prática de determinados comportamentos dos contribuintes, voltados a política de desenvolvimento econômico e ambiental sustentáveis.

Infelizmente, não é o que ainda se pode observar no Brasil, uma vez que a má qualidade da regulamentação normativa pela ANEEL sobre este segmento econômico, tutelando os interesses do capital privado consolidado na matriz energética convencional, em verdade, confere uma baixa qualificação de oferta de energia para comunidades menos favorecida, em decorrência das perdas setoriais provocadas pelos próprios usuários de módulos fotovoltaicos, bem como destes em decorrência da paulatina tarifação do setor, em nítida constatação de captura.

Aliado a isso, com a publicação da Lei nº. 14.300/2022, instituindo o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, se possibilitou modificação da matriz de disponibilidade energética no país, permitindo que os usuários não mais dependam exclusivamente da utilização da matriz convencional ofertada pelas concessionárias de serviço público, medida esta que passa a encarecer o custo da energia para quem ainda depende da matriz convencional.

Porém, na expectativa da regulamentação legal solucionar as incongruências decorrentes do exercício da atividade normativa da ANEEL para todos os envolvidos neste segmento econômico, o que se percebe é que a atividade legiferante do Congresso Nacional conferiu ainda mais legitimidade à ANEEL para disposição desses encargos financeiros ao longo do período de transição, não se concebendo, desse modo, inovação alguma e cujos efeitos da má qualidade da regulação serão produzidos ao longo do tempo

Bem verdade que, ao se avaliar uma proposta de incentivos fiscais para o desenvolvimento econômico sustentável, deve-se avaliar a importância do impacto desse desenvolvimento nacionalmente, circunstância esta que não se observa na produção desse tipo de tecnologia no Brasil, em razão da alta tributação sobre os insumos na respectiva cadeia de produção de células fotovoltaicas, constituindo medida contraditória a política fiscal de comércio exterior para o mesmo tipo de equipamentos e para o próprio discurso da sustentabilidade, subjugando o interesse no desenvolvimento nacional a pretensão do capital exterior sobre esse tipo de segmento econômico.

Portanto, o presente trabalho, longe de conferir eventual solução para o contexto apresentado, tem como objetivo demonstrar e alertar os compromissos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 na tutela do meio ambiente equilibrado aliado ao desenvolvimento sustentável da nação, conferindo crítica ao modelo de política regulatória e aos incentivos fiscais ao segmento econômico de células fotovoltaicas, não se concebendo, ao final, a essência da liberdade do desenvolvimento econômico sustentável, ao contrário, o discurso da sustentabilidade passa a ser utilizado como subterfúgio a clara criação de um privilégio em prol do interesse do capital de grupos econômicos em detrimento da produção, do desenvolvimento e sustentabilidade econômica nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Rogério Emílio. **O preço na ordem ético-jurídica**. Campinas: Edicamp, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **A aparente autonomia das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

ARISTÓTELES. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultura. 1999.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, L. R. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista De Direito Administrativo**. 2002

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres Britto, Teoria da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Análise Econômica do Direito aplicada às medidas de intervenção estatal sobre os Créditos de Carbono**. Visto em Veredas do Direito, Belo Horizonte. v.11. n.22. p.255-269.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BURSZTYN, Marcelo (Org.). **Ciência, Ética e Sustentabilidade: desafios ao novo século**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro. Lumen Iuris. 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervencion administrativa**. Buenos Aires, Abeledo-perrot, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estudos, documentos, debates: reforma do Estado, papel das Agências reguladoras e fiscalizadoras**, n.º 18, São Paulo. 2000.

FIORILLO, C. A. P. **Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade**. Revista CEJ, 1999.

HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Edição especial. Trad.: Edson Bini. Ed. Edipro. São Paulo. 2020.

KOLOSZUK, Ronaldo. **Políticas públicas para catalisar o desenvolvimento da energia solar**. Revista Fotovolt. Edit. Aranda. São Paulo, 2022.

LE PRESTRE, P. **Ecopolítica Internacional**. São Paulo: Senac, 2000.

LEOPOLD, Aldo. **A Ética da Terra**. Appris Editora; 1ª edição, 2020.

MATTOS, Paulo. **Regulação Econômica e Democracia: o debate norte americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Constitucionalismo Fraternal**. Revista Diálogos Possíveis, Salvador. 2014.

MANNHEIMER, Sergio Nelson. Agências estaduais reguladoras de serviços públicos. **Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros; 22ª edição. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2022.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Globalização, regionalização, reforma do Estado e da constituição**. In: Revista de Direito Administrativo, n.º 211, jan./mar, Rio de Janeiro, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

NOBRE, Marcos; AMAZONAS, Maurício de Carvalho. **Desenvolvimento sustentável: a institucionalização de um conceito**. Brasília: Edições IBAMA, 2002.

ONU. **Nosso futuro comum**. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

SACHS, Jeffrey. **The age of sustainable development**. New York: Columbia University Press, 2015.

SACHS, Jeffrey D. **A energia elétrica sustentável**. Valor Econômico. São Paulo, 8 de abril de 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa et alli. (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2017.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stephane. **Análise Econômica do Direito**. Atlas. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. Atlas, São Paulo, 1999.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **O Direito Administrativo do Século XXI**. Ed. Fórum. Rio de Janeiro. 2018.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 4ª Ed. São Paulo. Martins Fontes. 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. Edit. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2000.

SZTAJN, Rachel. **Law and economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TÁCITO, C. (1995). O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista De Direito Administrativo**, Edição nº. 202, págs. 1 a 10. <https://doi.org/10.12660/rda.v202.1995.46612>

TAYLOR, Paul W. **Respect for Nature: A Theory of Environmental Ethics**. Princeton University Press; 25th Anniversary ed. Edição, 2011.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VEIGA, J. E. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei Federal nº. 9.472/97, de 16 de julho de 1997** – Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um

órgão regulador – ANATEL - e outros aspectos institucionais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9472-16-julho-1997-367735-norma-pl.html>;

BRASIL. Lei Federal nº. 9.427/96, 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. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9427-26-dezembro-1996-366792-publicacaooriginal-1-pl.html>

BRASIL. Lei Federal nº. 9.656/98, de 03 de junho de 1998 – Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e o regime da ANS. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9656-3-junho-1998-353439-publicacaooriginal-1-pl.html>;

BRASIL. Lei Federal nº. 9.478/97, 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. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9478-6-agosto-1997-365401-publicacaooriginal-1-pl.html>;

BRASIL. Lei Federal nº. 14.300/2022, de 06 de janeiro de 2022 - Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE) e o Programa de Energia Renovável Social (PERS). Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/norma/35420157#:~:text=Institui%20o%20marco%20legal%20da,1996%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>.

SERGIPE. Lei Estadual nº. 6.661/09, de 28 de agosto de 2009 - Dispõe sobre a criação e organização da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Sergipe - AGRESE, Autarquia em Regime Especial, e dá providências correlatas. Disponível em:

<https://leisestaduais.com.br/se/lei-ordinaria-n-6661-2009-sergipe-dispoe-sobre-a-criacao-e-organizacao-da-agencia-reguladora-de-servicos-publicos-do-estado-de-sergipe-agrese-autarquia-em-regime-especial-e-da-providencias-correlatas>;

ALAGOAS. Lei Estadual nº. 6267/01, de 20 de setembro de 2001 – Institui a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas - ARSAL, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116964>

PERNAMBUCO. **Lei Estadual nº. 12.126/2001, de 12 de dezembro de 2001** – cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE), e dá outras providências. Disponível em:

<https://legis.alepe.pe.gov.br/dadosReferenciais.aspx?id=5496>

PARAÍBA. **Lei Estadual n.º 7.843/05, de 02 de novembro de 2005** – Dispõe sobre a estrutura e funcionamento da ARPB. Disponível em:

https://arpb.pb.gov.br/legislacao/leis/lei_7843_021105_reestrutura.pdf/view;

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar Estadual nº. 584/2016** – Dispõe sobre a Reestruturação e o Funcionamento da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Rio Grande do Norte (ARSEP), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2017/01/26/4a79ff2e9149ca7c4ab078a2ccd4484.pdf>;

CEARÁ. **Lei Estadual nº. 12.786/97, de 30 de dezembro de 1997** – Institui a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE, e dá outras providências. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/trabalho-administracao-e-servico-publico/item/2731-lei-n-12-786-de-30-12-97-d-o-de-14-01-98>

MARANHÃO. **Lei Estadual nº. 10.213/15, de 09 de março de 2015** – Dispõe sobre a estrutura orgânica da administração pública do poder executivo do estado do Maranhão, institui a Agência de Mobilidade Urbana (MOB) e dá outras providências. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/ma/lei-ordinaria-n-10213-2015-maranhao-dispoe-sobre-a-reorganizacao-administrativa-da-secretaria-de-estado-da-educacao-seduc-e-da-outras-providencias;>

PIAUI. **Lei Estadual nº. 7.763/2022, 30 de março de 2022** – Cria a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Piauí – AGRESPI, e dá outras providências. Disponível em:

https://sapl.al.pi.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2022/5187/lei_no_7.763_-_agrespi.pdf;

BAHIA. **Lei Estadual nº. 7.314/98, de 19 de maio de 1998** – Dispõe sobre a criação da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia - AGERBA e dá outras providências. Disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85926/lei-7314-98>

BAHIA. Lei Estadual nº. 12.602/12, de 29 de novembro de 2012 – Dispõe sobre a criação da Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia AGERSA, autarquia sob regime especial, e dá outras providências. Disponível em: https://www.embasa.ba.gov.br/images/Institucional/legislacaoeregulacao/leis/estaduais/20180808_LEI_Lei12602de29denovembrede2012.pdf