



ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES, JUSTIÇA TARIFÁRIA E A IMPLEMENTAÇÃO DE SISTEMAS DE LIVRE PASSAGEM (*FREE FLOW*) NAS CONCESSÕES DE RODOVIAS*

Rafael Vêras

Doutorando e mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Consultor da FGV Transportes.

Rafael Randerson

Advogado do BNDES. LLM em Direito do Estado e Regulação pela FGV e MBA em Finanças pelo IBMEC.

Em 01 de junho de 2021, foi editada a Lei nº14.157, por intermédio da qual se estabeleceram condições para a implementação da cobrança pelo uso de rodovias, a partir da implementação de sistemas de livre passagem (*free flow*). Mais do que a incorporação de uma nova tecnologia, que atende ao dever de “atualidade” dos serviços públicos de que trata o art. 6º, §2º, da Lei nº8.987/1995, o novo diploma desafia tradicionais concepções do regime jurídico publicístico, ampliando, ainda mais, a flexibilidade da intensidade regulatória aplicada ao regime tarifário (como já se passa, nos setores de transporte aéreo de passageiros, no setor portuário e, em algumas bandas dos serviços de telecomunicações). Ademais disso, temos para nós que a nova lei, para além de implementar uma política tarifária (nos termos do art. 175, parágrafo único, III, da CRFB), tem por desiderato reduzir a assimetria de informações entre os usuários da infraestrutura rodoviária e o valor por eles despendidos para fruir do serviço concessionado.

Mas não é só. Especificamente para o trecho da Região Metropolitana de São Paulo pertencente ao Projeto da BR 116/SP/RJ (Nova Dutra), pretende-se endereçar um sistema de incentivos, que vise a corrigir a distribuição do tráfego veicular, na infraestrutura rodoviária existente. É que, no âmbito da gestão dos ativos rodoviários, as vias marginais se apresentam congestionadas, sobretudo nos horários de pico, em contraponto com as pistas expressas, que, muitas vezes, restam ociosas. Mais do que uma inegável insuficiência de infraestrutura disponível, o problema reside na gestão ineficiente dos recursos escassos. Daí a legitimidade da intervenção regulatória para endereçar essa falha de mercado.

Nesse quadrante, o sistema de free flow se apresenta como uma ferramenta, dentre outras disponíveis no arsenal contratual-regulatório[1], que visa a alcançar uma política tarifária, mais justa e transparente, aos usuários, por meio da modernização de contratos de concessão, atualmente já sendo possível alcançar tal objetivo por meio da tecnologia OCR (*optical character recognition*, ou reconhecimento óptico de caracteres)[2]. De fato, é que, a despeito dos clássicos arranjos contratuais de subsídios cruzados entre usuários (consubstanciados, por exemplo, no estabelecimento de tarifas básicas e sociais, como se passa nos, usualmente, setores de saneamento, energia elétrica e telecomunicações), fato é que os sistemas de cobrança tradicionais de regulação da cobrança de pedágios não conseguem transmitir ao usuário as informações necessárias a propósito da sua comutatividade (o que sugere a criação de incentivos para evasões e impedâncias) [3].

Explica-se. A tarifa básica de pedágio decorre do produto da tarifa quilométrica[4] (já fixada no edital ou tomada como variável, nas licitações em que o critério de escolha da melhor proposta econômica é a menor tarifa ofertada pelos licitantes), que é calculada a partir dos trechos de cobertura da praça de pedágio (TCP) [5]. Cuida-se de um sistema econômico-financeiro de subsídios cruzados entre usuários de curta, média e longa distância; entre usuários recorrentes e usuários episódicos.

A despeito da sustentabilidade econômico-financeira dos projetos, não se pode olvidar a incidência da isonomia material nos serviços públicos. Tratar, igualmente, desiguais é uma conduta antijurídica. Não é por outra razão que o art. 13 da Lei nº 8.987/1995 dispõe que “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários”. Assim é que, de acordo com a nova redação dada ao art. 26, §2º, da Lei nº 10.233/2001, “Na elaboração dos editais de licitação”, “a ANTT promoverá a compatibilização da tarifa do pedágio com as vantagens econômicas e o conforto de viagem proporcionados aos usuários em decorrência da aplicação dos recursos de sua arrecadação no aperfeiçoamento da via em que é cobrado, bem como a utilização de sistema tarifário que guarde maior proporcionalidade com o trecho da via efetivamente utilizado”.

Andou bem, ainda, o novel diploma ao deslegalizar a função sancionatória pela evasão do sistema eletrônico ao Contran. Em primeiro lugar, porquanto a experiência internacional dá conta (notadamente no Reino Unido e no Chile, como demonstra os estudos apresentados, pelo IFC-International Finance Corporation, capitaneados por Fernando Camacho) de que a implementação deste sistema de flexibilização tarifária predica o estabelecimento de um correspondente enforcement regulatório inibidor da evasão dos usuários. Em segundo lugar, porque se partiu da concepção de acordo com a qual o Contran tem uma capacidade institucional superior à ANTT para disciplinar a higidez e as infrações de trânsito. E, em terceiro lugar, na medida em que tal prescrição mitiga o risco jurídico de se ventilar o entendimento de que o poder de polícia não poderia ser exercido por particulares – como sói ocorrer, alicerçado em concepções do direito administrativo de outrora e à revelia da jurisprudência dos tribunais superiores.

Por fim, é de se destacar a previsão do §3º, do art. 1º, do novel diploma de acordo com o qual será possível implementar sistemas de livre passagem (*free flow*), em contratos de concessão de rodovias em vigor. Esse dispositivo veicula o importante tema da repartição dos riscos econômico-financeiros do advento de novas tecnologias, em contratos de concessão. Em tais situações, não se poderia defender o entendimento segundo o qual o dever de “atualidade” dos serviços públicos lastrearia uma “obrigação de investimento”, genérica e ilimitada, para os concessionários de rodovias descolada do equilíbrio econômico-financeiro de seus contratos. A uma, na medida em que a natureza relacional dos pactos concessórios seria antípoda a tal ilação. A duas, porquanto, a despeito de o risco de demanda ter sido alocado ao concessionário, isso não importa dizer que as posturas comissivas do poder público sobre as suas variações devem ser integralmente por ele suportadas. Deve-se, pois, diferenciar os regimes de equilíbrio econômico-financeiro entre as modelagens nos quais essa obrigação já estava provisionada, pelo concessionário, daquelas em que a implementação de tal sistemática importará numa alteração unilateral dos contratos, as quais impõe o seu reequilíbrio, nos termos do art. 9º, §4º, da Lei nº8.987/1995.

Em resumo, a justiça tarifária é um conceito em evolução nas modelagens concessórias. Mas a regulamentação deverá equilibrar, de um lado, a necessidade de atualização dos serviços públicos, e, de outro, a estabilidade e a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro, que são característicos dos contratos de concessão.

- [1] Há ainda outras ferramentas regulatórias e de política pública adequadas para mitigar essas distorções. Uma delas é o desconto de usuário frequente (DUF) já pensado para algumas concessões rodoviárias. Em linhas gerais, essa ferramenta concede aos usuários que realizam, com frequência, o mesmo percurso desconto progressivo na tarifa cobrada na praça de pedágio. Com tal medida é possível reduzir as distorções tarifárias a que estão sujeitos os usuários que realizam pequenos deslocamentos diários em movimentos pendulares.
- [2] Alternativas tecnológicas são possíveis, a exemplo do uso de tags, que se comunicariam com portais instalados ao longo do trecho rodoviário (sistema de radiofrequência). Essa solução, entretanto, inviabiliza-se se o uso de tais dispositivos veiculares não for obrigatório pela legislação. Sem essa compulsoriedade, há um incentivo natural de o usuário fazer uso da infraestrutura sem pagar por ela pagar.
- [3] Alguns autores como Herbert Simon destacam que a racionalidade é inerentemente limitada, o que quer dizer que existe uma carência de capacidade cognitiva óbvia para a resolução de problemas complexos. Thaler, Richard H. *Misbehaving* (p. 38). Intrínseca. Edição do Kindle.
- [4] Ainda há outros fatores que influenciam na tarifa final paga pelo usuário em determina praça. Um exemplo disso são os chamados multiplicadores tarifários. Essa variável está relacionada ao número de eixos do veículo que faz uso da infraestrutura, já que há uma correlação direta entre a quantidade de eixos e o desgaste do pavimento asfáltico.
- [5] Essa quilometragem pode variar entre as praças de pedágio de uma mesma concessão rodoviária. Em geral, observa-se que aquelas costumam abarcar trechos não superiores a 100 km. Entretanto, há exceções, a exemplo das praças previstas para o projeto de concessão da BR 163/230/MT/PA.

* Artigo publicado na coluna Direito da Infraestrutura, do portal FORUM (<https://www.editoraforum.com.br/category/noticias/coluna-direito-da-infraestrutura/>), em 23/06/2021.