

**Ref.:** Pesquisa e Inovação Acadêmica  
sobre Regulação Responsiva no  
Setor Aéreo Brasileiro

**Meta:** 8

**Estudo sobre correspondência entre modelos  
regulatórios apoiados em incentivos, em especial  
a regulação responsiva, e os princípios jurídico-  
constitucionais e a fiscalização regulatória da  
ANAC**

**REDAÇÃO:**

Parte I – Prof. Jorge Octávio Lavocat Galvão  
MSc(C) – Gabriel Fonseca  
Parte II – Profª. Ana Frazão  
PhD(C) Angelo Gamba Prata de Carvalho

**REVISÃO:**

Prof. Marcio Iorio Aranha  
PhD(C) Fernando Barbelli Feitosa

**EQUIPE DE ACOMPANHAMENTO:**

Ana Frazão, Angelo Gamba Prata de Carvalho, Fernando Barbelli Feitosa, Gabriel Campos Soares da Fonseca, Jorge Octávio Lavocat Galvão, Lívia Cristina dos Anjos Barros, Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira, Othon de Azevedo Lopes e Vania Lucia Ribeiro Vieira.

Brasília, 24 de maio de 2021.

# Sumário

RESUMO EXECUTIVO.....	9
PARTE I – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS .....	12
INTRODUÇÃO: .....	12
1. A REGULAÇÃO RESPONSIVA SOB A ÓPTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
22	
1.1. Regulação Responsiva: linhas gerais de um referencial teórico- metodológico para a regulação brasileira .....	24
1.1.1. Regular ou não regular? Transcendendo os debates acerca do fenômeno regulatório e do grau de intervenção estatal por meio da regulação responsiva.....	24
1.1.2. Pressupostos gerais da regulação responsiva.....	33
1.1.3. Regulação Inteligente .....	42
1.2. A ‘Constituição Econômica’ brasileira: pressupostos constitucionais para uma modelagem regulatória de caráter responsivo no Brasil.....	43
1.2.1. O Estado Regulador na Constituição de 1988 .....	51
1.3. Assimetrias regulatórias e o princípio da isonomia: a constitucionalidade do tratamento regulatório diferenciado dos agentes regulados .....	55
1.3.1. O entendimento doutrinário sobre o princípio da isonomia: <i>delineando         o debate</i> .....	55
1.3.2. Isonomia (Art. 5º, <i>caput</i> , CRFB/88) e Jurisprudência.....	65
1.3.3. Isonomia e Regulação: <i>assimetrias regulatórias e a regulação         responsiva</i> .....	67
2. OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA NO ÂMBITO DA ANAC .....	79
2.1. O estado da arte da regulação sobre a Aviação Civil.....	80
2.2. As propostas do Plano Estratégico ANAC 2020-2026 .....	82
2.3. O primeiro passo: a Resolução ANAC 472/2018. Responsividade nas competências de fiscalização e de promoção à conformidade de condutas..	87
2.3.1. O primeiro aprimoramento: a Resolução ANAC 599/2020 .....	103

2.4. A adoção de nova modelagem regulatória como processo de tentativa-e-erro. As oportunidades para a aproximação dos instrumentos vigentes com a Teoria da Regulação Responsiva.....	108
2.5. Os desafios e os questionamentos para o avanço dessa Agenda Regulatória.....	114
<b>3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA PELA ANAC:.....</b>	<b>117</b>
3.1. A interpretação do CBA à luz da Constituição de 1988 .....	120
3.2. Princípio da Legalidade e a possibilidade de edição atos normativos secundários que criam medidas preventivas, incentivos e <i>nudges</i> .....	128
3.3. O espaço criado pelas normas federais em prol do poder normativo da ANAC.....	135
3.3.1. A conciliação de vetores normativos legais e infralegais.....	137
3.3.2. As competências legais da ANAC: edição de normas que viabilizam o exercício das atribuições administrativas .....	142
<b>4. O DEVER CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO EMPIRICAMENTE INFORMADA E EFICIENTE:.....</b>	<b>147</b>
<b>REGULAÇÃO RESPONSIVA, PODER DE POLÍCIA E EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS .....</b>	<b>147</b>
4.1. O mandamento constitucional da regulação empiricamente informada: o princípio da eficiência e a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021	148
4.1.1. O princípio da eficiência administrativa (art. 37, da CRFB/88) como premissa constitucional da atividade regulatória do Estado brasileiro: .....	148
4.1.2. Regulação baseada em evidências: o dever legal de acompanhamento conjuntural de políticas públicas de cunho regulatório	164
4.2. Atividades instrutórias ao poder de polícia, coleta de dados empíricos e o compartilhamento com os administrados-parceiros: .....	183
4.2.1 As atividades instrutórias ao exercício do poder de polícia podem ser delegadas? Parâmetros constitucionais para a autorregulação regulada.....	186
4.2.1.1. O debate doutrinário sobre a delegação do Poder de Polícia...	189
4.2.1.2. O debate jurisprudencial sobre a delegação do Poder de Polícia:	196
4.2.2. As empresas prestadoras de serviços aéreos podem ser obrigadas a submeter seu Diário de Bordo à ANAC? .....	203

4.3. Dados ‘externos’ sobre a prestação do serviço público e a efetividade da política regulatória: a resolução de demandas consumeristas na plataforma Consumidor.gov.br e a pressão pela conformidade dos regulados aos padrões de serviço .....	213
4.3.1. Controle social e Tripartismo .....	215
4.3.2. Governança Nodal na Regulação Responsiva .....	219
<b>PARTE II – PERSPECTIVAS TEÓRICAS E PRÁTICAS PARA A SOLUÇÃO DOS PRINCIPAIS DESAFIOS REGULATÓRIOS A SEREM ENFRENTADOS PELA ANAC .....</b>	<b>226</b>
<b>Introdução.....</b>	<b>226</b>
<b>1. Breve contextualização do tema à luz das recentes reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia.....</b>	<b>227</b>
1.1. A importância da visão institucional do mercado e da atuação dos agentes econômicos .....	227
1.2. A superação das limitações da racionalidade neoclássica .....	231
1.3. A delicada e necessária relação entre autorregulação ( <i>compliance</i> ), heterorregulação, normas sociais e cultura corporativa.....	236
1.4. Mais um item na equação regulatória: a tecnologia .....	244
1.5. Mapeamento das principais consequências práticas das discussões travadas no capítulo .....	247
<b>2. Novas perspectivas regulatórias: o <i>compliance</i> no contexto da autorregulação regulada.....</b>	<b>250</b>
2.1. Funções de um programa de <i>compliance</i> :.....	250
2.2. Necessária relação entre autorregulação e heterorregulação: correção ou autorregulação regulada.....	255
2.3. Requisitos essenciais dos programas de <i>compliance</i> e importância das soluções organizacionais .....	265
2.4. <i>Compliance</i> , regulação e regras de governança .....	276
2.4.1. Aspectos teóricos e práticos.....	276
2.4.2. O interessante exemplo da ANEEL no incentivo a soluções organizacionais .....	286
2.5. A preocupação com a racionalidade econômica e com os benefícios diretos decorrentes dos programas de <i>compliance</i> .....	301
2.5.1. Reflexos dos programas de <i>compliance</i> sobre a responsabilidade das empresas na seara administrativa: busca de maior racionalidade para a imposição de sanções às empresas.....	302

2.5.2. Custos dos programas de <i>compliance</i> diante dos benefícios diretos e indiretos, ainda que não necessariamente mensuráveis.....	314
<b>3. Estratégias de cooperação entre regulador e regulado.....</b>	<b>315</b>
3.1. Cooperação no Direito Administrativo.....	315
3.2. Operacionalização da cooperação por meio de instrumentos de solução de conflitos entre as partes interessadas.....	318
3.2.1. ANS – Notificação de Intermediação Preliminar (NIP).....	319
3.2.2. ANAC.....	325
3.2.3. Um exemplo da iniciativa privada: o Mercado Livre.....	331
<b>4. Aplicação aos problemas concretos .....</b>	<b>334</b>
4.1. Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias.....	335
4.2. Impossibilidade de conversão de penas pecuniárias em obrigações de fazer: a importância das soluções negociais.....	341
4.3. Simplificação do processo administrativo sancionador e redução de custos administrativos .....	346
4.4. Exigência de processo administrativo mesmo quando o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento .....	348
4.5. Compêndios de elementos de fiscalização e possibilidades relacionadas à aplicação de medidas preventivas como o ACI e a SRCI .....	349
4.6. Sistematização de ampliação de iniciativas “pontuais” já desenvolvidas pela ANAC.....	351
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – PARTE I .....</b>	<b>352</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA – PARTE I .....</b>	<b>367</b>
<b>ATOS NORMATIVOS – PARTE I.....</b>	<b>368</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – PARTE II.....</b>	<b>371</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA – PARTE II.....</b>	<b>378</b>

## Figuras

Figura 1 – Respostas Regulatórias	Figura 2 – Comportamento do Regulado .....	41
Figura 3 - Fluxo processual do Aviso de Condição Irregular (ACI).....		89
Figura 4 - Fluxo processual da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI).....		89
Figura 5 - Fluxo processual de aplicação de medida acautelatória com conformidade retomada a partir de medidas mitigadoras ou corretivas.....		92
Figura 6 - Fluxo processual do regular cumprimento de Termo de Cessação de .....		93
Figura 7 - Fluxo processual de celebração do TCC, ante o posterior descumprimento.....		95
Figura 8 - Fluxo processual do PAS que culmina em arquivamento .....		102
Figura 9 - Fluxo processual de PAS que culmina na aplicação de sanção(ões) .....		102
Figura 10 - Fluxo processual de PAS em que o autuado propôs requerimento de .....		103
Figura 11 - Pirâmide de perfis dos regulados.....		109
Figura 12 - Pirâmide das estratégias regulatórias .....		113
Figura 13 - O ciclo de vida das políticas públicas .....		169
Figura 14 - Ciclo Regulatório da ANAC .....		170
Figura 15 - Pirâmide da Regulação Responsiva sob um viés de Governança Nodal.....		223
Figura 16 - Mecanismos de governança da ANEEL .....		299
Figura 18 - Procedimento e fases das NIPS (1).....		322
Figura 17 - Procedimento e fases das NIPS (2).....		322
Figura 19 - Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções .....		335
Figura 20 - Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias.....		337

## Tabelas

Tabela 1 - Objetivo Estratégicos.....	84
Tabela 2 - Parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução .....	97
Tabela 3 – Pontos de aprimoramento das Resoluções da ANAC.....	106
Tabela 4 - Diário de Bordo.....	207
Tabela 5 - Mecanismos de boas práticas de governança.....	291
Tabela 6 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2018.....	329
Tabela 7 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2019.....	329
Tabela 8 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2020.....	330

## Gráficos

Gráfico 1 - Índice de resolutividade por natureza NIP e resolutividade total por ano de atendimento – 2013 a 2017.....	323
Gráfico 2 - Distribuição dos respondentes da pesquisa, conforme o meio de resolução da demanda, por período.....	323
Gráfico 3 - Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadores de planos de saúde .....	324
Gráfico 4 - Índices de solução na plataforma Consumidor.gov .....	328

## RESUMO EXECUTIVO

O presente relatório se insere no âmbito do projeto de pesquisa ANAC-UnB sobre regulação responsiva aplicada ao setor aéreo brasileiro, com enfoque sobre a correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, com ênfase na regulação responsiva, aos princípios jurídico-constitucionais atinentes à fiscalização regulatória da ANAC.

O relatório está dividido em **duas partes**.

A **primeira parte do relatório** cuida diretamente dos aspectos constitucionais da questão, notadamente quanto à compatibilidade das normas constitucionais regentes das atividades da ANAC com os atributos que qualificam modelos regulatórios responsivos.

Essa primeira parte do relatório examina os possíveis questionamentos constitucionais acerca da adoção de uma modelagem regulatória responsiva pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a partir de um estudo dividido em **4 (quatro) capítulos**.

O **primeiro capítulo** aborda a compatibilidade dos pressupostos da teoria da regulação responsiva com a chamada Constituição Econômica brasileira, destinando atenção aos aspectos constitucionais relativos à intervenção do Estado na economia e do exercício da função regulatória do Estado brasileiro. Além disso, fixa parâmetros e balizas para que a criação de assimetrias regulatórias e distinções do tratamento jurídico entre os agentes regulados sejam compatíveis com o princípio constitucional da isonomia.

O **segundo capítulo**, por sua vez, mapeia as principais iniciativas regulamentares da ANAC e diagnostica suas compatibilidades e incompatibilidades com a teoria da regulação responsiva para, então, antever questionamentos que possam pairar sobre a constitucionalidade das Resoluções mais recentes ou que possam surgir em oposição às iniciativas futuras.

Inicialmente, o capítulo analisa o estado da arte do marco regulatório aplicável ao objeto de estudo deste trabalho, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Em seguida, aborda o “Plano Estratégico ANAC 2020-2026”, a Resolução ANAC nº 472/2018 e a Resolução ANAC 599/2020, destacando o caráter pioneiro desses atos normativos ao conferirem maior responsividade à atividade regulatória da ANAC. No entanto, ao fim do capítulo, expõem-se os elementos da atividade regulatória da ANAC que ainda apresentam espaço para possíveis melhorias regulatórias, com o intuito de torná-las mais responsivas.

O **terceiro capítulo** tem como objetivo central a análise acurada acerca da compatibilidade entre o arcabouço regulatório da ANAC com o próprio

princípio constitucional da legalidade, que rege a atividade de toda a Administração Pública brasileira (artigo 37, *caput*, da CF/88).

Trata-se, portanto, de examinar **(i)** a compatibilidade dos atos normativos da ANAC com o marco legal do setor e **(ii)** a própria conformidade desse marco legal com os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988. O terceiro capítulo investiga a seguinte questão: saber se as leis pertinentes e já positivadas impedem, de alguma maneira, a adoção de mecanismos que promovam a implantação da regulação responsiva no setor atinente à regulação da ANAC – a aviação civil, desenvolvida a partir de outros três questionamentos: **(i)** o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) impede a adoção da regulação responsiva no setor de aviação civil? **(ii)** é possível que a ANAC edite atos normativos que prevejam incentivos, medidas preventivas e nudges, sem violar o princípio da legalidade? **(iii)** dentro do arcabouço legal existente, há espaço para que a ANAC exerça o seu poder normativo, editando regulamentos que implementem uma modelagem regulatória mais responsiva?

Por fim, o **quarto capítulo** da primeira parte do relatório trata dos aspectos constitucionais relativos ao princípio da eficiência administrativa e do recém-constitucionalizado mandamento de uma regulação empiricamente informada, ambos aplicáveis à toda administração pública brasileira. Analisam-se ainda possíveis estratégias regulatórias para concretização desses mandamentos constitucionais, sobretudo: **(i)** a possibilidade de transferência aos particulares de tarefas fiscalizatórias de apoio por meio da autorregulação regulada e da governança nodal; **(ii)** o cruzamento de dados relativos aos Diários de Bordo. Ao final, destaca-se ainda a imprescindível necessidade de incluir evidências quantitativas e qualitativas relativas aos usuários dos serviços nos indicadores e nos processos dessa regulação empiricamente informada.

A **segunda parte do relatório**, por sua vez, endereça os principais aspectos teóricos e práticos do tema diante da superação do paradigma neoclássico de organização dos mercados e da estruturação de preceitos institucionais de governança e *compliance* frente às opções autorregulatórias e heterorregulatórias. Trata-se de duas visões complementares e escassas na literatura regulatória de direito constitucional e empresarial sobre o fenômeno da regulação responsiva.

Essa segunda parte do relatório está dividida em **três capítulos**, os quais exploram desdobramentos teóricos e práticos da regulação responsiva diante dos principais desafios a serem enfrentados pela ANAC na implementação de novas modelagens regulatórias baseadas em incentivos.

Antes de se ingressar propriamente no mérito das discussões, o **primeiro capítulo** perfaz uma breve contextualização do tema à luz das recentes reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia. Após mapear as principais consequências práticas das discussões teóricas do capítulo, demonstra-

se a perfeita possibilidade de adoção de novas estratégias regulatórias que não se baseiam exclusivamente nas sanções.

Em uma etapa seguinte, o **segundo capítulo** do estudo se concentra naquelas consideradas as principais estratégias regulatórias a serem utilizadas para a solução dos problemas apontados pela ANAC: **(i)** a implementação de regras de *compliance* entre os agentes regulados, no contexto de uma correção ou autorregulação regulada, em que a agência reguladora assume uma postura proativa na administração de incentivos para o cumprimento das metas regulatórias; e **(ii)** a implementação da cooperação, inclusive por meio das novas tecnologias de informação e comunicação.

Por fim, o **terceiro capítulo** desta segunda parte do relatório aborda alguns dos problemas práticos já mapeados para a ANAC, mostrando como as soluções desenhadas ao longo do estudo podem ser adequadas para o seu devido endereçamento.

## PARTE I – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

### INTRODUÇÃO:

A Constituição Federal de 1988 autoriza que as agências reguladoras brasileiras adotem as diretrizes da *teoria da regulação responsiva* em sua atividade regulatória?

Posto de modo mais específico, é constitucional que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) implemente uma nova modelagem regulatória, de caráter responsivo, cujo enfoque sejam incentivos e persuasão em vez de uma modelagem eminentemente punitiva? Seria a modelagem regulatória “*comando-e-controle*” constitucionalmente impositiva para as agências reguladoras ou há espaço para a adoção de uma regulação responsiva do mercado de aviação civil brasileira?

Tais questionamentos são relevantes na medida em que se constata um certo *descompasso* entre teoria e prática da regulação no Brasil.

**De um lado**, estudos substanciais sobre regulação têm ressaltado a maior efetividade de modelagens regulatórias que adotam estratégias<sup>1</sup> conjunturais de regulação - isto é, mesclando tanto incentivos quanto sanções – do que aquelas estruturadas apenas em punições<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme elucidado no Primeiro Relatório deste projeto, instrumentos ou técnicas regulatórias representam algo distinto das estratégias, modos e teorias regulatórias. Os instrumentos ou técnicas regulatórias são meios de que o Estado lança mão com a finalidade de influenciar o comportamento social para alcance dos objetivos inscritos em políticas públicas. As estratégias ou modelagens regulatórias integram funcionalmente instrumentos/técnicas regulatórias à procura de influenciar o comportamento social. Já a forma, modo, modalidade ou mecanismo regulatório é o modo de ser do funcionamento da regulação, enquanto a teoria ou modelo regulatório significa um conjunto de proposições ou hipóteses sobre o surgimento da regulação e o seu funcionamento, pressupondo determinado modo de funcionamento da engrenagem regulatória, levando em consideração os instrumentos disponíveis no ordenamento.

<sup>2</sup> Cf. BENKLER, Yochai. *From Greenspan's Despair to Obama's Hope: The Scientific Basis of Cooperation as Principles of Regulation*. In: MOSS, David. CISTERNINO, John. (orgs) *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: Tobin Project, 2009, p. 65-88; e FRIEDMAN, Lawrence. *Impact: How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 139-152.

**De outro**, não obstante os mencionados estudos mais recentes realçarem os benefícios de uma modelagem regulatória de caráter responsivo, ainda predomina no direito administrativo brasileiro e na prática das agências reguladoras uma abordagem regulatória eminentemente repressiva, genericamente identificável com a modelagem regulatória conhecida como “comando-e-controle”.

Pode-se afirmar que esse modelo regulatório das agências brasileiras, de caráter estritamente repressivo, nasceu da junção de duas vertentes teóricas desenvolvidas na modernidade<sup>3</sup>, amplamente disseminadas no ensino do Direito e da Economia.

**No plano jurídico**, essa perspectiva sofre grande influência da matriz teórica *positivista legalista clássica*<sup>4</sup> do Direito, a qual foca no descumprimento das normas como prova de existência (e da efetividade) do sistema jurídico. É dizer: ocorrendo um ilícito, surge, então, a sanção, que deverá ser aplicada pela autoridade estatal, fonte de validade do Direito. Nessa chave de leitura, portanto, a sanção é a própria representação do Direito<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> O paradigma da modernidade é caracterizado pela disseminação da ideia de que a racionalidade científica é único modo de conhecimento aceitável. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos situa que “*no século XIX este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes. A partir de então pode falar-se de um modelo global (isto é, ocidental) de racionalidade científica que admite variedade interna, mas que se defende ostensivamente de duas formas de conhecimento não científica (e, portanto, potencialmente perturbadoras): o senso comum e as chamadas humanidade ou estudos humanísticos*”. SANTOS, Boaventura. *Para um novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*. V.1 A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 60-61.

<sup>4</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>

<sup>5</sup> Hans Kelsen deixa claro esse ponto da seguinte forma: “*Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicada ao destinatário mesmo contra a sua vontade, se necessário empresando até a força física – coativamente, portanto*” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 36).

Já no **plano econômico**, ao menos em alguma medida, essa abordagem parte de pressupostos neoclássicos da tomada de decisão, os quais estão alicerçados em visão positivista da ciência. Pautada pelo individualismo metodológico<sup>6</sup>, essa perspectiva teórica se apoia em premissas que abstraem variáveis reais incidentes nesse processo decisório, tais como vieses e heurísticas do indivíduo. Assim, os indivíduos são vistos como verdadeiros *homo economicus*: guiados constantemente por condutas racionais em busca da maximização de sua utilidade marginal e de seu bem-estar ótimo.<sup>7</sup>

Em linhas gerais, a junção dessas perspectivas jurídico-econômicas resulta em uma abordagem fundamentada na ideia de que o agente regulado age de maneira estritamente racional na busca pela maximização das utilidades, de modo que a coerção – entendida a partir da sanção jurídica e da punição econômica (“desincentivos”) – apresenta-se como o principal mecanismo para direcionar o comportamento dos atores regulados.

Nessa seara, a punição consiste no principal instrumento de busca pela conformidade (*regulatory compliance*) das condutas dos *agentes* regulados em face das normas e dos compromissos regulatórios. Em linhas genéricas, essa abordagem parte da premissa de que os atores privados regulados atuarão conforme os objetivos da política regulatória definida pela legislação e pelo órgão regulador, caso o *prejuízo* decorrente da sanção for *superior* aos *benefícios* gerados pelo descumprimento da norma.

---

<sup>6</sup> Sobre o individualismo metodológico na teoria econômica, com especial enfoque nas contribuições de Hayek, C.f. PAULANI, Leda Maria. Hayek e o individualismo no discurso econômico. Lua Nova, São Paulo, n. 38, p. 97-124, Dec. 1996; CARVALHO, André Roncaglia de. O conceito de individualismo metodológico em Hayek revisitado. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 26, n. 50, p. 83-110, 2008. Para uma crítica a essa abordagem a partir de argumentos de psicologia comportamental, Cf. HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Victor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. *Revista Brasileira de Economia Política*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 262-282, June 2011.

<sup>7</sup> Cf. FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. *Regulação e “nudge”*: como a Economia Comportamental (*Behavioral Economics*) pode influenciar políticas regulatórias? In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Noutra seara, fruto dos programas de reforma do Estado brasileiro durante a década de 1990, os nossos órgãos reguladores foram estruturados a partir de uma perspectiva formalista, com certa idealização de suas **capacidades institucionais**<sup>8-9</sup>, bem como da abstração das **dinâmicas de poder** que incidem na prática regulatória.

**De um lado**, cada vez mais, percebem-se as insuficiências organizacionais de toda a Administração Pública brasileira. Há carência generalizada de recursos humanos e financeiros para lidar, de forma eficiente, com o grande volume de demandas, corriqueiramente complexas e cujos assuntos são variados. É difícil acreditar que os órgãos reguladores serão capazes de forçar a conformidade dos regulados exclusivamente por meio de um paradigma inflexível e estrito do direito administrativo sancionador, no qual a punição constante e a fiscalização onipresente são a regra.

**De outro**, caiu por terra o mito da “*redoma técnica*” pela qual os órgãos reguladores seriam técnicos-imparciais, os quais meramente corrigem falhas de

---

<sup>8</sup> “Typically, interpretive issues are debated at a high level of abstraction, by asking questions about the nature of interpretation, or by making large claims about democracy, legitimacy, authority, and constitutionalism (...) By contrast, we urge that it is far more promising to focus on two neglected issues. The first has to do with *institutional capacities*. As we shall urge, debates over legal interpretation cannot be sensibly resolved without attention to those capacities. The central question is not “how, in principle, should a text be interpreted?” The question instead is “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?” (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, issue 4, p. 885-951, 2003).

Para incorporação do argumento das capacidades institucionais na doutrina brasileira, Cf. CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um Amicus Curiae Regulatório. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 20, 2009/2010; SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm; Alexandre Santos de Aragão (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan. /jun. 2012, p. 12.

<sup>9</sup> Para as críticas quanto a operacionalização da avaliação sobre as capacidades institucionais na prática judicial e regulatória, Cf. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. DOIS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO DO ARGUMENTO DE “CAPACIDADES INSTITUCIONAIS”. *REI – Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016; LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, 2011.

mercado e aplicam as normas setoriais aplicáveis. Desde muito, a literatura vem ressaltando a necessidade de “*problematização política*” acerca das forças sociais e dos interesses econômicos que incidem nas dinâmicas do processo regulatório estatal.<sup>10</sup>

Antes de prosseguir, são imprescindíveis duas ressalvas acerca dos elementos acima expostos para que não ocorram má-compreensões.

**Em primeiro lugar**, não se pretende simplesmente reduzir a complexidade e a heterogeneidade das mencionadas visões jurídicas e econômicas. O intuito *NÃO É* diminuí-las ou afirmar uma equivocada inutilidade. Seus pressupostos são relevantes e conformam alguns importantes aspectos que permeiam a *ratio* jurídica do direito administrativo brasileiro, bem como das teorias econômicas sobre a tomada de decisão dos indivíduos e das firmas. No entanto, este trabalho se utiliza do arcabouço da regulação responsiva para sustentar uma verdadeira mudança de mentalidade da administração e de postura regulatória.<sup>11</sup>

**Em segundo lugar**, tampouco se pretende simplesmente desacreditar da competência ou desconfiar da hignidade moral dos integrantes de órgãos reguladores. Este não é (nem poderia ser) o intuito defendido no presente trabalho. Ao contrário, apenas busca-se uma avaliação realista das variáveis que *podem* incidir no exercício da atividade regulatória do Estado.

O que se pretende, portanto, é incorporar essas variáveis possíveis e utilizá-las como subsídios relevantes para uma etapa seguinte: a de propositura de um referencial teórico-metodológico e de estratégias concretas, voltados para melhoria da qualidade e da eficiência regulatórias.

---

<sup>10</sup> SCHYMURA, Luiz Guilherme. *Regulação e aspectos institucionais brasileiros*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 265-266.

<sup>11</sup> Apesar de a obra não possuir o intuito específico de fomentar os pressupostos da regulação responsiva no direito administrativo brasileiro ou na prática da administração pública brasileira, como aqui se propõe, Carlos Ari Sundfeld bem elucida vicissitudes da mentalidade que impera no primeiro e na postura da segunda em diversos temas correlacionados à atividade regulatória do Estado, Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

É que, sob a égide desse paradigma anterior (modelagem regulatória de exclusividade do *comando e controle*), as condicionantes e os entraves à atividade reguladora do Estado são, ao menos em alguma medida, ignorados ou subdimensionados.

Inicialmente, a agência reguladora exerce o seu múnus com a edição de normas infralegais impositivas, lastreadas em categorias sancionatórias gerais (v.g. advertência, multa, cassação de concessão) previstas em lei. Em seguida, as aplica imparcialmente por meio da cominação dessas sanções pelo descumprimento de obrigações previstas em lei ou em regulamentos/resoluções/instruções/portarias.

Nesse cenário, todavia, é fácil perceber que o Estado e os regulados encontram-se em posição de conflito, como se adversários fossem: a atuação do órgão regulador fundamenta-se na emissão de ordens imperativas e no controle da conduta dos regulados por meio de fiscalização ostensiva do cumprimento das imposições regulatórias e a consequente imposição de medidas repressivas, nos casos de descumprimento. O regulado, por seu turno, busca evitar essa punição, valendo-se de estratégias para escapar da fiscalização (v.g. lacunas normativas ou “brechas” regulatórias).

Não por acaso, essa visão fomenta a existência de narrativas conflitantes e de disputas político-ideológicas em torno de uma díade: *regular x não regular* - seja na dimensão jurídico-legislativa desses debates, seja no campo dos argumentos econômicos-regulatórios.

Essa perspectiva, contudo, não é a adotada por este trabalho. Pelo contrário, busca-se refutar sua efetividade e seu realismo, caso confrontada com evidências jurídico-econômicas posteriores acerca dos benefícios trazidos por modelagens responsivas de regulação.

De outra sorte, o marco teórico adotado por este trabalho diz respeito à ***teoria da regulação responsiva***, elaborada inicialmente por **Ian Ayres e John Braithwaite** e posteriormente desenvolvida por uma gama de estudiosos<sup>12</sup>.

Nesse sentido, busca-se superar a dicotomia regulação/desregulação, a fim de propor uma nova abordagem sobre o tema, na qual o agir virtuoso dos regulados é destacado e fomentado. Trata-se de impulsionar uma modelagem regulatória que cria incentivos à cooperação e ao diálogo entre regulador e regulado, com participação da sociedade civil e dos consumidores daquele mercado, de maneira que as partes sejam preferencialmente persuadidas a adotar condutas em conformidade com os objetivos regulatórios. Somente após um incidente de desconformidade expressivo ou o descumprimento contumaz de obrigações e de compromissos regulatórios é que o órgão regulador irá lançar mão de sanções mais drásticas.

Portanto, há um escalonamento na intensidade das respostas regulatórias de acordo com o comportamento do agente regulado. Porém, esse não é o único elemento que definirá essa “calibragem”. Para garantir que a intervenção seja proporcional e justa, outros elementos são igualmente levados em consideração, por exemplo: o contexto e a complexidade da atividade econômica desempenhada, bem como o perfil/porte do regulado.

Assim, o regulador e os regulados não devem mais ser vistos como adversários, mas partícipes de um mesmo projeto qualitativo e corriqueiramente negocial. Apesar de não desaparecer do espectro de estratégias regulatórias, a sanção deixa o seu protagonismo de outrora e passa a ter uma função subsidiária, deslocada para a última *ratio* do direito administrativo sancionador: restringida para os casos em que haja um descumprimento contumaz das obrigações e dos pactos regulatórios.

---

<sup>12</sup> A obra de referência é *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992. Para um aprofundamento das fontes e formas de regulação responsiva, Cf. ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019.

É dizer: somente após a falha das estratégias de persuasão é que as condutas desviantes (em regra, analisadas de forma global ou, então, pontualmente de acordo com sua dimensão e escala) serão punidas pelos mecanismos de heteroregulação estatal, modificando a estrutura de incentivos e punindo os responsáveis pelo fracasso.

No entanto, essa não é uma tarefa simples. Não é difícil imaginar que a implementação desse referencial teórico na Administração Pública brasileira impõe desafios estruturais para as agências reguladoras, demandando soluções administrativas inovadoras e uma mudança de postura dos agentes públicos.

A passagem da regulação de *comando e controle* para uma postura *responsiva* exige nova mentalidade da Administração Pública brasileira, bem como a adoção, por parte das agências reguladoras do Brasil, de estratégias regulatórias pautadas não somente na chave dicotômica “punir x não punir” ou na resposta binária “regular x não-regular”. Ao revés, a adoção de uma modelagem regulatória responsiva exige atuação diligente das agências reguladoras, com o acompanhamento conjuntural dos agentes regulados dentro daquele setor/mercado regulado.

Nesse sentido, esta primeira parte do relatório examina os possíveis questionamentos constitucionais envolvidos com a adoção de uma modelagem regulatória responsiva pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Para tanto, está dividido em **4 (quarto) capítulos**.

O **primeiro capítulo** abordará a compatibilidade dos pressupostos da teoria da regulação responsiva com a chamada Constituição Econômica brasileira, destinando atenção aos aspectos constitucionais relativos à intervenção do Estado na economia e do exercício da função regulatória do Estado brasileiro. Além disso, fixará parâmetros e balizas para que a criação de assimetrias regulatórias e distinções do tratamento jurídico entre os agentes regulados sejam compatíveis com o princípio constitucional da isonomia.

O **segundo capítulo**, por sua vez, tem como objetivo central o mapeamento das principais iniciativas regulamentares e diagnosticar suas compatibilidades e

incompatibilidades com a teoria da regulação responsiva para, então, antever questionamentos que possam pairar sobre a constitucionalidade das Resoluções mais recentes ou que possam surgir em oposição às iniciativas futuras.

Inicialmente, o capítulo analisa o estado da arte do marco regulatório aplicável ao ao objeto de estudo deste trabalho, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Em seguida, aborda o “Plano Estratégico ANAC 2020-2026”, a Resolução ANAC nº 472/2018 e a Resolução ANAC 599/2020, destacando o caráter pioneiro desses atos normativos ao conferirem maior responsividade à atividade regulatória da ANAC. No entanto, ao fim do capítulo, expõem-se os elementos da atividade regulatória da ANAC que ainda apresentam espaço para possíveis melhorias regulatórias, com o intuito de torna-las mais responsivas.

O **terceiro capítulo** analisará a compatibilidade entre o arcabouço regulatório da ANAC com o próprio princípio constitucional da legalidade, que rege a atividade de toda a Administração Pública brasileira (artigo 37, *caput*, da CF/88). Trata-se, portanto, de examinar **(i)** a compatibilidade dos atos normativos da ANAC com o marco legal do setor e **(ii)** a própria conformidade desse marco legal com os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, investiga-se a seguinte questão: saber se as leis pertinentes e já positivadas impedem, de alguma maneira, a adoção de mecanismos que promovam a implantação da regulação responsiva no setor atinente à regulação da ANAC – a aviação civil, desenvolvida a partir de outros três questionamentos: **(i)** o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) impede a adoção da regulação responsiva no setor de aviação civil? **(ii)** é possível que a ANAC edite atos normativos que prevejam incentivos, medidas preventivas e nudges, sem violar o princípio da legalidade? **(iii)** Dentro do arcabouço legal existente, há espaço para que a ANAC exerça o seu poder normativo, editando regulamentos que implementem uma modelagem regulatória mais responsiva?

Já o **quarto capítulo** tratará dos aspectos constitucionais relativos ao princípio da eficiência administrativa e do recém-constitucionalizado mandamento de uma regulação empiricamente informada, ambos aplicáveis à

toda administração pública brasileira. Analisam-se ainda possíveis estratégias regulatórias para concretização desses mandamentos constitucionais, sobretudo: **(i)** a possibilidade de transferência aos particulares de tarefas fiscalizatórias de apoio por meio da autorregulação regulada e da governança nodal; **(ii)** o cruzamento de dados relativos aos Diários de Bordo. Por fim, destaca-se ainda a imprescindível necessidade de incluir evidências quantitativas e qualitativas relativas aos usuários dos serviços nos indicadores e nos processos dessa regulação empiricamente informada.

# 1. A REGULAÇÃO RESPONSIVA SOB A ÓPTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

## *ORDEM ECONÔMICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS*

No plano abstrato, a modelagem regulatória responsiva e as suas consequentes estratégias regulatórias apoiadas em incentivos são compatíveis com a Constituição Federal de 1988?

A amplitude desse questionamento, no entanto, demanda que a presente investigação realize delimitações temáticas e recortes analíticos. Nesse sentido, com o intuito de melhor explorar essa problemática mais geral, este trabalho estabelece dois recortes analíticos importantes.

**Em primeiro lugar**, a literatura acerca da regulação apoiada em incentivos apresenta facetas diversas, já exploradas no primeiro relatório deste projeto. Nesse sentido, o presente capítulo toma como ponto de partida os pressupostos gerais das teorias da regulação responsiva (*responsive regulation*) e da regulação inteligente (*smart regulation*).

**Em segundo lugar**, o exame de constitucionalidade dessas teorias deve ser sistemático, seguindo a máxima do Ministro Eros Roberto Grau no sentido de que “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”<sup>13</sup>. Partindo-se dessa premissa, realizou-se o seguinte recorte analítico<sup>14</sup> para a análise inicial dessas teorias em face da Constituição Federal de 1988, subdividindo a pergunta mais ampla em dois questionamentos mais específicos:

---

<sup>13</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101*. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 24/06/2009. DJ 19/06/2012. Voto-Vista Ministro Eros Roberto Grau, p. 3.

<sup>14</sup> Entretanto, vale a ressalva de que esse recorte foi realizado especificamente para a análise inicial proposta neste capítulo. Demais pontos relevantes da Constituição Federal no que tange à atividade reguladora do Estado, como por exemplo o princípio da eficiência administrativa, serão abordados pormenorizadamente em outros capítulos (*v.g.* capítulo 4).

- 1) A regulação apoiada em incentivos é compatível com as regras e os princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988?
- 2) A regulação responsiva tem como um de seus fundamentos a implementação de uma regulação baseada na diferenciação dos regulados de acordo com seu comportamento global. Como consequência, podem acabar gerando as chamadas “assimetrias regulatórias”, em sentido amplo. Essas assimetrias regulatórias ferem o princípio da isonomia? Quais são as balizas constitucionais para que ocorram?

O **primeiro questionamento**, referente a Ordem Econômica constitucional, demanda uma análise sistemática dos contornos constitucionais da regulação no Brasil, com especial destaque para os mandamentos contidos na “Constituição Econômica” brasileira.

Por sua vez, o **segundo questionamento**, referente ao princípio da isonomia, demanda uma análise acurada acerca das balizas constitucionais para adequada diferenciação do tratamento estatal acerca de atores privados, sem ferir seus direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

O **objetivo** deste capítulo, portanto, é o de mapear possíveis questionamentos constitucionais e estabelecer balizas práticas para que a ANAC possa utilizá-los ao aplicar a teoria da regulação responsiva no exercício de suas funções e de suas competências.

Após a exposição inicial do **marco teórico deste trabalho**, no primeiro subcapítulo, a investigação conduzida neste capítulo ocorrerá em outras **duas partes**.

**Primeiro**, abordará o que se convencionou chamar de Constituição Econômica, situando a regulação enquanto fenômeno de intervenção do Estado na economia. Em seguida, verificam-se os contornos constitucionais da regulação no Brasil, notadamente o regramento que foi conferido às agências reguladoras.

Busca-se, em síntese, identificar se há algum empecilho que inviabilize a adoção do modo e técnicas da regulação por incentivos.

**Conclui-se pela legitimidade da adoção da regulação responsiva em face do texto constitucional, não havendo nele o dever de adotar uma modelagem regulatória específica (v.g. comando-e-controle).** Há espaço de conformação tanto para o legislador ordinário, quanto para a agência reguladora.

**Segundo**, versará sobre o possível questionamento acerca da incompatibilidade de pressupostos da regulação responsiva com o princípio constitucional da isonomia, notadamente a criação de assimetrias regulatórias dentro de um mesmo marco regulatório ou de uma mesma política pública setorial. Conclui-se pela legitimidade dessa modelagem, desde que seguidos certos parâmetros constitucionais de regulação, apresentados ao longo deste capítulo.

**Em resumo**, as dificuldades encontradas por aqueles resistentes a modelagens responsivas e estratégias regulatórias baseadas em incentivos são mais relacionadas a aspectos culturais da burocracia administrativa do que de empecilhos de índole constitucional propriamente ditos.

## **1.1. Regulação Responsiva: linhas gerais de um referencial teórico-metodológico para a regulação brasileira**

### **1.1.1. Regular ou não regular? Transcendendo os debates acerca do fenômeno regulatório e do grau de intervenção estatal por meio da regulação responsiva**

O termo “regulação” e o seu escopo são multifacetados, possuindo acepções diversas que variam de acordo não só com o referencial teórico-metodológico escolhido, mas especialmente com **(a)** o campo de análise – Economia, Ciência Política ou Direito<sup>15</sup> - e até com **(b)** os pressupostos acerca de qual papel o Estado

---

<sup>15</sup> Cf. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? An*

deveria exercer no domínio econômico (o *quantum* de Estado no âmbito privado, e vice-versa), os quais variam tanto por questões político-ideológicos<sup>16</sup> quanto por trajetórias históricas, culturais e jurídico-institucionais.<sup>17</sup>

**Quanto ao primeiro ponto (a)**, por tempo considerável, perdurou um debate teórico-metodológico acerca de quais seriam os objetivos de uma teoria da regulação, mormente prescrever condutas para direcionar o comportamento de atores regulados ou descrever as dinâmicas e os comportamentos que ocorrem dentro de um mercado regulado, ou seja, seu real funcionamento.

Por exemplo, é comum afirmar que Direito e Economia apresentam enfoques distintos para esse mesmo objeto de estudo (regulação), consequentemente apresentando objetivos, propostas e funções bastante diversos.

À **Economia**, cumpriria a tarefa de *descrever* o fenômeno regulatório, as características de determinado mercado, as falhas existentes etc. Já o **Direito**, por sua vez, possuiria o papel de *prescrever* normas e instrumentos regulatórios para direcionar o comportamento dos seus “alvos” – os regulados. Apesar de certo fundo de verdade, essa afirmativa estanque não condiz totalmente com o mais atual estado d’arte das teorias jurídicas e econômicas sobre a regulação.<sup>18</sup>

---

interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance*, v. 11, issue 1, pp. 95-108, March 2017, p. 96.

<sup>16</sup> MARTINUSSEN, John Dengbol. *Society, State and Market*. Londres: Zed Books, 2017; PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P.Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

<sup>17</sup> Para uma visão geral deste debate, no âmbito estadunidense, vide: MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2004. Para uma visão, no Brasil, vide: MOREIRA, Egon Bockmann. *Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil*. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

<sup>18</sup> “Teorias econômicas ou jurídicas podem se identificar como predominantemente descritivas ou prescritivas, mas, no estágio de desenvolvimento teórico em que estamos, demandarão invariavelmente a prerrogativa de se movimentarem entre os aspectos descritivo e prescritivo, pois cientes de que são aspectos complementares (...) Não há teoria avançada de regulação hoje que abra mão de trafegar entre os pólos descritivo e prescritivo do fenômeno regulatório” (ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 90-92).

No **plano econômico**, o economista laureado com o Prêmio Nobel, George Stigler afirma que as diferentes teorias acerca da regulação econômica<sup>19</sup> pretendem explicar, sob perspectivas metodológicas e ideológicas distintas, os seguintes questionamentos:

- (i) Quem vai receber os benefícios e os custos do aparato regulatório;
- (ii) Por meio de qual forma e de quais instrumentos a regulação irá se materializar; e
- (iii) Quais serão os efeitos gerados pelas opções regulatórias no que concerne à alocação dos recursos econômicos disponíveis.<sup>20</sup>

Ocorre que, apesar desse tom predominantemente descritivo, é bastante comum que economistas avancem e prescrevam soluções capazes de corrigir distorções e falhas no mercado regulado analisado ou ao menos indicar caminhos pertinentes para tanto, a partir desses subsídios descritivos.

Já no **plano jurídico**, de fato, é comum as práticas de prescrever condutas por meio de preceitos normativos e/ou de definir os instrumentos regulatórios adequados para se alcançar determinados objetivos constitucionais/legais.

A despeito disso, sobretudo a partir dos aportes empíricos trazidos pelas ciências comportamentais e pela vertente da “justiça restaurativa”, não é equivocado afirmar que, atualmente, há uma forte tendência regulatória no sentido de observar o real funcionamento daquele mercado e os elementos que efetivamente influenciam o comportamento de seus agentes regulados, **antes** de estabelecer prescrições normativas, recomendações de boas práticas ou desenhos

---

<sup>19</sup> POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, n. 2, pp. 335-358, 1974.

<sup>20</sup> STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, pp. 3-21, 1971, p. 3.

regulatórios. Com isso, torna-se possível realizar prescrições condizentes com a realidade e, por conseguinte, mais adequadas para a concretização dos fins que pretendem.

A **regulação responsiva** incorpora exatamente essa premissa de complementariedade, e até correlação ou interdependência, entre essas duas dimensões do fenômeno e do processo regulatórios – ontológica (descrição) e deontológica (prescrição). Afinal, qualquer teoria regulatória precisa “compreender/antecipar descritivamente o fenômeno regulatório para [em seguida] influenciar/desenhar prescritivamente recomendações de boas práticas”<sup>21</sup>.

Ademais, o referencial teórico-metodológico da regulação responsiva sofisticou o debate acerca do exercício da função regulatória do Estado, ao admitir que ele não pode ser apreendido em tipos ideais estanques.

Ao revés, o exercício dessa função é dinâmico e pode se manifestar por meio de variadas formas, estratégias e ferramentas: um híbrido de atribuições de natureza diversa (e.g. fiscalizadoras, negociadoras, normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras)<sup>22</sup>, o que sofisticou o debate acerca do exercício ótimo dessas competências e funções.

Esse processo de *acompanhamento conjuntural* da realidade social e econômica, pelo qual se pretende gerenciar, planejar, administrar e ordenar setores e serviços relevantes para o interesse público, em prol da fruição de direitos fundamentais por parte dos cidadãos<sup>23</sup>, em linhas gerais, acaba representando uma tentativa organizada de administrar riscos e/ou comportamentos a fim de se alcançar objetivos de interesse público. Nessa óptica, pode ser genericamente decomposto em *ao menos 3 (três) tarefas centrais*:

---

<sup>21</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 92.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>23</sup> ARANHA, Márcio Iorio. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório. 3ª Edição. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 21.

- (i) A coleta de informações sobre um problema social identificado;
- (ii) O estabelecimento de padrões, objetivos ou alvos para solucionar essa situação problema; e
- (iii) A criação e o desenho de instrumentos regulatórios capazes de, em um determinado segmento da vida social, efetivamente<sup>24</sup> orientarem os comportamentos e as prática em direção dos objetivos regulatórios e padrões de qualidade predefinidos, conforme descrito em “(ii)”, para a referida situação.<sup>25</sup>

Em larga medida, portanto, esse intuito demanda a avaliação de riscos, a predição de resultados/efeitos prováveis ao se adotar certas escolhas regulatórias e, conseqüentemente, dinamiza a própria atuação do Regulador frente ao objeto que pretende regular.

Em países ainda em desenvolvimento como o Brasil, o Regulador ainda precisa também atuar para desenvolver *políticas regulatórias* capazes de enfrentar as circunstâncias socioeconômicas aqui presentes. Assim, questões como a demanda de grande parte da população por serviços públicos básicos obrigam os agentes reguladores a equilibrar raciocínios de eficiência com políticas de redistribuição, que promovam maior equidade e universalização dos serviços.<sup>26</sup>

Nesse contexto é que adentram as discussões relativas ao **segundo ponto supramencionado (b)**: qual o grau ótimo de intervenção estatal? Quem pode melhor alcançar esses objetivos – iniciativa privada ou Estado? Seria melhor

---

<sup>24</sup> “A qualidade da regulação depende não apenas do design dos sistemas de controle ou da natureza das normas e requerimentos, mas de como os controles são aplicados na prática”. BALDWIN, Robert. Is Better Regulation Smarter Regulation? Public Law, pp. 485-511, Autumn 2005, p. 498.

<sup>25</sup> Cf. YEUNG, Karen. ‘Hypernudge’: Big Data as a Mode of Regulation by Design. Information, Communication & Society, 2016, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2807574>>.

<sup>26</sup> COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

propor uma regulação mais intensa ou, ao contrário, desregular o setor para que os atores privados possuam maior autonomia e se autorregulem?

Não existe consenso acerca das respostas a esses questionamentos.<sup>27</sup>

Parcela da literatura econômica ressalta a importância da atuação estatal para suplantiar as chamadas *falhas de mercado*<sup>28</sup>, tais como: a existência de poder de mercado capaz de gerar monopólios e oligopólios; as externalidades negativas; a existência de bens públicos; os custos de transação e as assimetrias informacionais etc.

De outra sorte, sobretudo com o advento da teoria econômica da regulação, relevantes evidências apontaram também para a existência do outro lado da moeda: as *falhas de governo*<sup>29</sup>. Nada obstante sua missão institucional em prol do interesse público, a tamanha complexidade dessas atribuições e os riscos a elas inerentes, por exemplo, podem levar o Poder Público a atuar de forma insuficiente ou deficitária. Assim, sendo incapaz de desempenhar satisfatoriamente o seu papel em prol dos objetivos regulatórios almejados pelas políticas pensadas.

Mais do que isso, em certas ocasiões, George Stigler<sup>30</sup> acabou demonstrando que o agente regulador pode ser capturado por grupos de interesse com maior articulação política e/ou amplo poder econômico para interferir em decisões governamentais<sup>31</sup>, direcionando-as não necessariamente em prol do interesse público, mas nos seus próprios interesses privados.

A constatação normativo-empírica dessas *falhas de governo* trouxe fortes argumentos em prol da remoção total ou ao menos de uma redução parcial da

---

<sup>27</sup> Cf. LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

<sup>28</sup> RESENDE, Caio Cordeiro. *Falhas de mercado: uma análise comparativa da Escola do Setor Público Tradicional e da Escola Austríaca*. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília DF, 2012.

<sup>29</sup> KRUEGER, Anne O. Government Failures in Development. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 4, n. 3, pp. 9-23, Summer, 1990.

<sup>30</sup> LEVINE, Michael E; FORRENCE, Jennifer L. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 6, n. 0, p. 167-198, 1990.

<sup>31</sup> MUELLER, Bernardo. Regulação, Informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, Brasília, v. 1, n.1, 2001, p. 12.

regulação estatal sobre a atividade econômica. Ganhou força, pois, a ideia de **desregulação**<sup>32</sup>, sobretudo no cenário norte-americano das décadas de 1970 e de 1980.

Tinha-se, ainda, um cenário político de quase duas décadas de governos de vertente neoliberal, como Ronald Regan, nos Estados Unidos, e Margaret Thatcher, no Reino Unido, advogando por uma maior desregulação do mercado. Com efeito, a academia e os governantes travavam um debate maniqueísta que colocava as opções “*regular x não regular*” de forma antagônica. No entanto, tratava-se de uma oposição meramente retórica.

A despeito da proliferação de um discurso pró desregulação, o que se assistiu foi o aumento de agências reguladoras em vários países do mundo, consolidando-se não só um paradigma de Estado-regulador (*regulatory state*), mas sim de um verdadeiro capitalismo regulador (*regulatory capitalism*).<sup>33</sup>

Em meio a tal contexto, preocupando-se em dar maior efetividade e qualidade à regulação e, por conseguinte, ultrapassar os argumentos favoráveis à desregulação de setores da economia, exsurge a teoria da Regulação Responsiva (*responsive regulation*), tal como formulada por Ayres e Braithwaite, em 1992, na clássica obra “*Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*”.<sup>34</sup>

O valor da responsividade passa a guiar todo o fenômeno regulatório, partindo-se de um esforço comum na criação de um ambiente institucional pelo qual (i) regulador e regulado dialogam constantemente, bem como (ii) há uma estrutura de incentivos que fomentam o cumprimento voluntário, por parte dos agentes regulados, das obrigações regulatórias que neles incide.

Na origem, o seu intuito já ressoava claro no próprio subtítulo do livro: transcender o debate travado entre os que advogavam por uma regulação estatal

---

<sup>32</sup> Sobre as diferenças a respeito das terminologias regular, regulamentar, desregular e desregulamentar, Cf. ARANHA, Marcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 237-246.

<sup>33</sup> LEVI-FAUR, David. *Foreword*. In: BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it better*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 8.

<sup>34</sup> BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

mais incisiva à atividade empresarial, *de um lado*, e os que acreditavam na necessidade de desregulação da atividade econômica a fim de conferir maior eficiência, *de outro*.<sup>35</sup>

A questão, em verdade, reside na compreensão de que a dimensão regulatória, seja a partir do Estado, seja a partir dos próprios atores privados, está relacionada à ideia de ***fluxo regulatório-institucional***, com perspectivas político-econômicas pendulares acerca da intensidade adjacente à intervenção estatal.

Nessa seara, o que predomina é a existência de fluxos e de refluxos, de correntes e contracorrentes oriundas da interdependência entre as ordens social, mercadológica, estatal e associativa, trazendo certos momentos de maior regulação e outros de maior desregulação.<sup>36</sup>

Se é impossível alcançar a neutralidade científica, no entanto, como bem ressalta Marcio Iorio Aranha<sup>37</sup>, a teoria da regulação responsiva procura apoiar a sua modelagem regulatória em estudos empíricos e não argumentos políticos. O intuito de seus atores era justamente o de “fugir de armadilhas ideológicas para avançar sobre relações empiricamente comprováveis”. Questão essa que se demonstrará de suma relevância para os dias atuais como será melhor explorado no capítulo 4 deste relatório.

Apesar de não se apoiar expressamente no marco teórico ora analisado, vale colacionar a precisa síntese de Cass R. Sunstein, da Harvard Law School, que

---

<sup>35</sup> “*In an era of liberalization, privatization and deregulation, the number, forms and sources of regulation were expected to be on the decline. Convergence on liberalization as a system sans-regulation was portrayed as the desired outcome by some and a horror scenario by others. The possibility that change will result with more regulation and that étatist forms of regulation will be mainly accompanied with international and voluntary forms of regulation was not on the agenda. By the early 1990s scholars had started to point out that deregulation was really a misnomer for the emerging reforms. Instead they had suggested that the notions of ‘better regulation’, ‘reregulation’ and ‘international regulation’ best captured the change.*” LEVI-FAUR, David. Foreword. In: BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it better*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 7.

<sup>36</sup> BRAITHWAITE, John. Neoliberalism or Regulatory Capitalism. *Regulatory Institutions Network Occasional Paper no 5, Australian National University*, October 2005.

<sup>37</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 103.

adequa esses pressupostos para as discussões contemporâneas sobre qual seria o grau adequado de regulação estatal nos mercados:

“Em todo o mundo, as pessoas se envolvem em um debate cada vez mais intenso acerca de qual seria [o grau adequado da regulação estatal. No entanto], o debate continua preso em clichés e simplificações pouco frutíferas como, [de um lado], os perigos trazidos por ‘mais Estado’ e o risco de se chegar em ‘socialismo’ ou, [de outro], as ameaças trazidas pelos ‘grandes poluidores’ e pelos ‘bancos’. [Entretanto], **os reais problemas se encontram em outro lugar. O que é realmente necessário, não só nos Estados Unidos como no mundo todo, são estratégias e ferramentas inovadoras e inteligentes, focadas acima de tudo em evidências [empíricas] sobre o que funciona ou não.**”<sup>38</sup>

Ressalte-se que a teoria da regulação responsiva, todavia, está muito além do livro que a tornou conhecida. Os autores se basearam em contribuições prévias a respeito da estruturação e da efetividade do aparato regulatório do mercado<sup>39</sup>, bem como, posteriormente, apresentaram acréscimos, variações e sofisticções à teoria.<sup>40</sup> No entanto, para os fins da presente análise, os

---

<sup>38</sup> “All over the world, people are in the midst of an increasingly intense debate over the proper uses of government. The debate continues to be stuck in decreasingly helpful clichés and sound bites, emphasizing either the danger of ‘more’ government and the risk of ‘socialism’ or the threats posed by ‘the big polluters’ and ‘the banks’. The real issues lie elsewhere. What is needed, not only in the United States but all over the world, is smart, innovative strategies and tools, focused above all on evidence and on what works and what doesn’t” (SUNSTEIN, Cass R. SIMPLER: *The Future of Government*. New York: *Simon and Schuster Paperbacks*, 2013, p. 35). Tradução livre dos autores, com algumas alterações estilísticas.

<sup>39</sup> Cf. GRABOSKY, Peter; BRAITHWAITE, John. *Of Manners Gentle: enforcement strategies of Australian business regulatory agencies*. Melbourne: Oxford University Press, 1986; BRAITHWAITE, John. *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press, 1985; BRAITHWAITE, John. *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*. *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, Jun. 1982.

<sup>40</sup> Cf. PARKER, Christine. *Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal*. *Regulation & Governance*, v. 7, n.1, p. 2-13, 2013.

pressupostos de tal teoria e seus conceitos principais são os elementos que importam. A essência dessa teoria pode ser sintetizada da maneira que segue.

### 1.1.2. Pressupostos gerais da regulação responsiva

A regulação responsiva acredita na premissa de que a regulação deveria ser sensível à estrutura do mercado que lhe é apresentada e assim ser responsivo a elas. Nesse exame, perguntas centrais são, por exemplo:

- (i) Quais são os atores (públicos e privados) envolvidos?
- (ii) Quais são as suas motivações e objetivos?
- (iii) Como eles se comportam frente aos incentivos e aos desincentivos recíprocos impostos pela interação gerada no desempenho de suas atividades econômicas?

Nesse sentido, essa teoria não impõe ao Regulador prescrições e programas claros sobre como regular um mercado de forma efetiva e em prol do interesse público. Ao contrário, acredita que não há uma maneira correta de se regular que seja mais efetiva que as outras, de modo abstrato e universal.

Sob a visão da teoria responsiva, a melhor estratégia regulatória a ser adotada vai depender de elementos do próprio caso concreto como: o contexto do mercado ali vigente, a cultura regulatória daquele país ou região e a história institucional dessa estrutura regulatória, por exemplo.

É que a capacidade de resposta (*responsiveness*) não é uma fórmula, mas sim uma *atitude/postura* de abertura do Regulador “*que permite o florescimento de uma ampla variedade de abordagens*” e instrumentos regulatórios.<sup>41</sup> Em suma, é preciso que o Regulador seja responsivo às constantes transformações ocorridas

---

<sup>41</sup> “*for the responsive regulator, there are no optimal or best regulatory solutions, just solutions that respond better than others to the plural configurations of support and opposition that exist at a particular moment in history*” BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: *Oxford University Press*, 1992, p. 5.

no ambiente regulado (contexto), inclusive no que concerne ao **comportamento** e à **motivação** de seus *players*<sup>42</sup>, bem como as **particularidades do setor regulado**, adotando estratégias e *feedbacks* regulatórios de acordo com esses elementos.

Com efeito, a perspectiva tradicional de que a regulação se centra na abordagem comando-e-controle, exclusivamente por meio da fiscalização e da aplicação de sanções por parte da burocracia estatal, cede espaço para uma cultura regulatória pela qual o sucesso desse projeto qualitativo confere maior responsabilidade (*accountability*) para os próprios regulados, além de grande dinamismo e dialogicidade entre regulador e regulado.

Frise-se que não se trata de “afrouxar” a regulação. A punição por meio de sanções permanece como estratégia regulatória permanente. Apenas, defende-se que sua aplicação deve residir em espaço subsidiário, quando o descumprimento regulatório tiver gerado efeitos negativos de larga escala ou nas hipóteses de descumprimento contumaz – demonstrando que as tratativas de persuasão, indução ou estímulo falharam.

Em suma, há uma reorientação do pêndulo regulatório: em vez de uma modelagem exclusivamente focada na regulação estatal, parte do peso da Administração Pública é redistribuído aos demais atores desse processo – consumidores e agentes regulados. Ao Estado incumbe a tarefa de modelar a engrenagem regulatória corretamente para induzir os particulares a agirem de maneira virtuosa, em busca do interesse público. Caso contrário, é igualmente sua responsabilidade punir:

- (i) **Comportamentos nocivos**, sobretudo em casos pontuais, porém de grande magnitude; e/ou

---

<sup>42</sup> A teoria da regulação responsiva sofreu grande influência de noções oriundas de outra teoria: a teoria dos jogos (*game theory*), corrente de análise da microeconomia. Isso ocorreu principalmente a partir do coautor Ian Ayres. Sobre o tema, vide texto do próprio coautor: AYRES, Ian. *Playing Games with the Law*. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 5, May 1990. Para uma perspectiva mais recente, com base em evidências trazidas pela economia comportamental, Cf. AYRES, Ian. *Carrots and Sticks: Unlock the Power of Incentives to Get Things Done*. New York: Bentam Books, 2010.

(ii) **Descumprimentos contumazes**, partindo-se de um escrutínio do comportamento global desses atores, por exemplo.

O pressuposto implícito é o de que, em ordem de se alcançar um maior *compliance* regulatório<sup>43</sup>, torna-se imperioso inserir raciocínios acerca de como funciona a regulação privada dos atores daquele mercado.

Assim, o Regulador poderia pensar em estratégias para redirecionar essa regulação, com especial atenção às suas vicissitudes, em prol do interesse público. No entanto, leva-se também em consideração que a regulação pública, ou seja, conduzida pela própria Administração Pública, pode ser igualmente ineficiente.

Desse modo, o Estado-regulador deve estar sempre preocupado com uma espécie de **experimentação regulatória**<sup>44</sup>: valer-se de “tecnologias disciplinares que podem levar a uma redistribuição dos papéis regulatórios entre o Estado e as empresas”<sup>45</sup>, com ingerência da sociedade civil organizada.

O intuito é justamente o de solucionar questões complexas por meio de respostas regulatórias inovadoras, as quais possam aumentar sua eficiência: preferencialmente, diminuir os custos regulatórios sem, contudo, diminuir a sua qualidade, tampouco a efetividade de suas determinações.

A bem da verdade, a regulação responsiva busca (re)orientar a **postura** do Estado-regulador. A partir dela, deve-se estabelecer uma contínua procura por estratégias regulatórias inovadoras, especialmente ao se deparar com insucessos recorrentes de uma determinada estratégia. Isso justamente pois é sabido que a maior parte das iniciativas estatais fracassam ao serem aplicadas no contexto

---

<sup>43</sup> O nível de complacência e de “internalização” da regulação estatal por parte dos atores privados de um dado setor econômico. Uma espécie de comparação entre (a) as previsões legais aplicáveis para um certo mercado regulado e (b) a prática e a política das empresas reguladas atuantes nesse mercado.

<sup>44</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Legislação experimental e inovação nas políticas públicas*. JOTA, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/legislacao-experimental-e-inovacao-nas-politicas-publicas-26022019> Acesso em 7 de julho de 2019.

<sup>45</sup> SCHAPIRO, Mario G; MARINHO, Sarah M. Matos. *Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência*. São Paulo: Almedina, 2019, versão digital (E-book Kindle).

real. No entanto, em vez de se recorrer para a ideia de desregulação, o que deve ser feito é aumentar a qualidade da regulação e o seu grau de efetividade.

A constatação a que se chega é a de que o espaço de interação e de influência recíproca entre regulação estatal e privada, portanto, seria propício para a construção de desenhos regulatórios mais efetivos e exitosos, para além da discussão antagônica *regulação x desregulação* ou *plena regulação estatal x total autorregulação privada*.

Não por acaso, em obra destinada à análise dos instrumentos de *compliance concorrencial*, Mario Schapiro e Sarah Marinho<sup>46</sup> bem elucidam que há um importante movimento internacional no sentido de reequilibrar a regulação pública e a autorregulação privada, tanto no ambiente acadêmico quanto no espaço de formulação de políticas públicas.

Esse movimento pode ser observado em áreas diversas do Direito (*v.g.* direito ambiental, direito concorrencial, direito penal e anti-corrupção), porém compartilha a premissa de “abertura para uma nova cadência na incidência regulatória”.

Assim, o protagonismo exclusivo da regulação pública cede espaço para conviver, por exemplo, com iniciativas empresariais de governança corporativa – muitas vezes incentivadas pelo próprio Estado.

Em outras palavras, trata-se de conjugar, **de um lado**, iniciativas privadas de governança corporativa com, **de outro**, uma regulação pública de caráter responsivo, capaz de equilibrar “o enforcement punitivo e a adoção de políticas públicas” em uma chave responsiva a esse intento – isto é, fomentando a constituição das referidas iniciativas privadas por meio de incentivos, induções e sanções.<sup>47</sup>

Essa premissa consiste em um dos pilares da regulação responsiva. É dizer: a interação entre as ordens regulatórias (público e privada) se faz relevante

---

<sup>46</sup> SCHAPIRO, Mario G; MARINHO, Sarah M. Matos. *Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência*. São Paulo: Almedina, 2019, versão digital (E-book Kindle).

<sup>47</sup> SCHAPIRO, Mario G; MARINHO, Sarah M. Matos. *Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência*. São Paulo: Almedina, 2019, versão digital (E-book Kindle).

na medida em que intervenções estatais e políticas regulatórias possuem cogência limitada, restringidas pela internalização de seus pressupostos na gestão empresarial dos atores regulados.

Tem-se em mente que um dos objetivos da própria regulação *per se* é efetivar o cumprimento de suas prescrições normativas, preferencialmente por meio da ratificação espontânea dos atores privados nela envolvidos, ou seja, com o menor custo envolvido. Em síntese, acredita-se na existência de um método de *vantagens mútuas* no jogo regulatório.<sup>48</sup>

Indo além, por meio da regulação responsiva, o Regulador detém ao menos **2 (duas) opções não excludentes** para lidar com o descumprimento das normas pertinentes por parte das empresas reguladas.

A **primeira opção** é a de *punir*, apoiando-se especialmente em *sanções* para coibir condutas desviantes, uma espécie de coerção *ex post* pelo descumprimento de regramentos regulatórios.

A **segunda opção** do Estado-regulador é a de *persuadir*. A partir dessa abordagem, o Poder Público atuaria de forma mais consensual lançando mão de mecanismos dialógicos e negociais em detrimento da aplicação de punições. Valoriza-se, pois, o comportamento cooperativo do regulado, tendo como especial fonte os *incentivos*, e não as sanções.

Como acima elucidado, essas duas respostas regulatórias não se excluem, mas se complementam. O marco teórico da regulação responsiva elucidada que uma boa regulação deve impor sanções, quando necessárias, sem, contudo, destruir a capacidade regulatória de utilizar mecanismos de persuasão. Sem delongas, a constatação a que se chega é a seguinte.

**Por um lado**, o poder de punir é relevante, pois auxilia a afirmação da legitimidade do regulador nos momentos em que a persuasão não se faz eficiente em virtude de um comportamento não cooperativo por parte do regulado.

---

<sup>48</sup> BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 17.

**Por outro lado**, constatações empíricas têm demonstrado que a punição, sozinha, não tem apresentado bons resultados na regulação dos comportamentos dos atores do mercado, especialmente haja vista que a técnica persuasiva pavimentar um caminho de menor resistência empresarial à norma.

Nos casos concretos, portanto, a resposta à pergunta “*punir ou persuadir?*” não levaria à exclusão de uma ou de outra opção. Ao contrário, o “ou” deveria ser substituído pelo “e”, pois são técnicas interdependentes e complementares.<sup>49</sup>

Nessa linha, tendo em mente a estrutura do ambiente econômico regulado, o Estado-regulador deve adotar uma postura mais cooperativa ou punitiva, partindo-se das motivações do agente regulado (*v.g.* lucro, responsabilidade social ou princípios de negócios) e de seu comportamento (*v.g.* virtuoso, racional ou descumpridor de normas contumaz).

Essa estratégia está lastreada pelo conceito de **retaliação equivalente** (*tit for tat*), na qual os elementos supracitados guiarão não só a postura do Regulador, mas, mesmo dentro da postura “selecionada”, nortearão a *intensidade* das sanções aplicadas ou do grau de liberdade conferido à empresa.

Não por outra razão, tal teoria preleciona que a cooperação entre regulador e regulado deve vir acompanhada da exposição das consequências geradas pelo descumprimento com o pactuado, escalonando a intensidade da resposta regulatória.

Nesse ímpeto, a modelagem responsiva leva à conclusão de que a incorporação de elementos concretos (*v.g.* perfil do regulado, comportamento global, contexto do mercado de atuação) na “calibragem” das respostas regulatórias, reivindica outra premissa relevante: a de que estratégias regulatórias distintas podem ser necessárias para conduzir o comportamento dos agentes regulados em direção da conformidade e da virtuosidade.

---

<sup>49</sup> BRAITHWAITE, John. *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press, 1985, p. 126.

Assim, é elaborada a famosa ideia da **pirâmide regulatória** ou pirâmide de constrangimentos regulatórios, na qual se observa um escalonamento gradual das formas de intervenção estatal na atividade econômica dos *players* regulados.

Segunda a teoria responsiva, ao desenhá-la, o regulador deverá ter em mente que diferentes atores regulados apresentam características distintas demandando constrangimentos particulares de acordo com elas. Assim, cada caso, setor, ambiente institucional e cultura regulatória demandarão um esforço inovador da Administração Pública, na montagem dessa pirâmide. Isso, por meio de um juízo informado e circunstancial, bem como de uma atitude responsiva, ou seja, aberta a uma variedade de abordagens – técnicas – regulatórias.

De acordo com o comportamento do ator regulado (virtuoso, racional e irracional), a pirâmide pode ser escalada tanto para cima, aumentando paulatinamente a gravidade das sanções, quanto para baixo, dando-lhe maior liberdade de atuação ou até mesmo incentivando-o, isto é, adotando uma postura cooperativa e negocial.

**Na base da pirâmide**, são criados incentivos para que os particulares se conduzam de forma virtuosa sem demandar estratégias punitivas de regulação e/ou o desgaste da relação regulador x regulado.

Se, contudo, o órgão regulador verificar que essa estratégia tem sido ineficiente e o agente permanecer descumprindo compromissos regulatórios, a **parte central da pirâmide** prevê cortes de benefícios e/ou a aplicação de sanções brandas a fim de persuadir o agente a readequar a sua conduta, com o aviso de que, caso contrário, sofrerá consequências mais severas.

Já no **ápice da pirâmide**, encontram-se as sanções mais drásticas, as quais somente devem ser aplicadas aos atores ditos “irracionais”, que, de maneira contumaz, não insistem em não reorientar suas condutas.

Nesse sentido, a regulação torna-se um processo dinâmico em que a Administração Pública molda sua resposta regulatória de acordo com o comportamento apresentado pelo ente regulado. Se a empresa for uma descumpridora contumaz de obrigações, sofrerá sanções mais graves (*e.g.*

advertências, sanções de natureza cível, sanções de natureza penal, suspensão temporária de licença para operar e revogação da licença para operar).

Caso proveja bons resultados ou descumpra raramente com as obrigações pactuadas, adotando, contudo, as recomendações do Regulador, será “premiada” com uma atuação mais branda e permissiva da Administração.

Uma das consequências da adoção da pirâmide de persuasão e punição é que **a fiscalização passa a focar mais no atingimento das metas pelos regulados do que no descumprimento pontual de cada norma.**

Há, assim, uma tendência de **desoneração da fiscalização estatal**, com o incremento de formas de autorregulação regulada, por meio do fortalecimento de normas de controle interno (*compliance*) e da criação de entidades privadas fiscalizatórias, compostas por membros oriundos tanto dos regulados quanto da sociedade civil (governança nodal)<sup>50</sup>.

Com a adoção de tais medidas, a fiscalização estatal passa a ser episódica, diminuindo o encargo de fornecimento contínuo de informações-padrão dos regulados ao regulador (já que a sanção deixa de ser o seu objetivo principal), e procura focar na estruturação de metas e no acompanhamento dos resultados.

De outra sorte, no modelo de comando e controle, em virtude da necessidade de realizar fiscalização ostensiva e do dever de aplicar sanções por todo e qualquer descumprimento das normas impositivas, **a atividade burocrática de coleta de dados e de abrir processos administrativos disciplinares consome boa parte da energia e dos recursos da agência, distraíndo-a de seu objetivo principal**, que é o de desenhar e executar políticas públicas eficientes para o atingimento do interesse público.

---

<sup>50</sup> Conforme pontuado no primeiro relatório deste projeto, “*a teoria da regulação responsiva, ainda em seu nascedouro, buscava o apoio de terceiros com o objeto de fugir da dicotomia entre regulado e regulador, algo que somente veio a ser explorado com profundidade quanto a teoria da regulação responsiva internalizou o discurso da governança nodal ao se debruçar sobre a viabilidade da aplicação da pirâmide regulatória em países em desenvolvimento*”. O artigo de John Braithwaite que melhor aprecia a questão é *Responsive Regulation and Developing Economies*. World Development, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

As figuras e o quadro a seguir apresentam um resumo (i) das estruturas piramidais na regulação responsiva e (ii) dos pressupostos gerais da regulação responsiva:

Figura 1 – Respostas Regulatórias

Figura 2 – Comportamento do Regulado



**Fonte:** AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39. Adaptado.

<b>SÍNTESE</b>		
<b>Pressupostos Gerais da Regulação Responsiva</b>		
<p><b>O primeiro pressuposto</b> é o de que a regulação deve ser sensível à estrutura e às características que o mercado lhe apresenta, v.g.: o comportamento global dos agentes regulados; a situação econômico-financeira deles etc.</p> <p>Portanto, não há um estratégia regulatória abstrata e universal que seja melhor do que as demais. O regulador deve adotar uma postura de abertura e de flexibilidade.</p>	<p><b>O segundo pressuposto</b> é o de que, em linhas gerais, o Estado-regulador pode lançar mão de, ao menos, duas abordagens interdependentes e complementares.</p> <p>A primeira é a de punir, apoiando-se sobretudo em sanções para tanto. Ela é recomendada para casos em que o agente regulado apresente um comportamento não cooperativo e, como regra, devem ser colocadas em segundo plano.</p> <p>A segunda, por sua vez, é a de persuadir. Por meio dessa, o Estado lança mão de estímulos a condutas desejáveis e lança mão de medidas ampliativas de direitos. Como regra, ela deve ser usada como abordagem inicial.</p>	<p><b>O terceiro pressuposto</b> é o da incorporação da noção de "retaliação equivalente" no agir regulatório do Estado. O Regulador, portanto, deve moldar sua resposta regulatória (adotando uma postura mais punitiva ou mais persuasiva), proporcionalmente ao comportamento do agente regulado, à dimensão da infração cometida etc.</p> <p>Trata-se do mínimo suficiente: não se deve ir além do necessário na pirâmide. Vale ressaltar que isso não inviabiliza o uso de sanções mais intensas, quando se tratar de agente descumpridor contumaz ou de uma fraude exuberante, por exemplo.</p>

### 1.1.3. Regulação Inteligente

A regulação inteligente (*smart regulation*) é um tipo de regulação responsiva na medida em que busca igualmente ultrapassar o debate dicotômico e acrítico entre regulação-desregulação. O marco teórico dessa teoria surge, essencialmente, em 1998, com o livro “*Smart Regulation: Designing Environmental Policy*”<sup>51</sup> de Gunningham e Grabosky, a despeito de anteriormente outros trabalhos já versarem sobre o tema de forma mais incipiente.<sup>52</sup>

Mais do que isso, a regulação inteligente também propõe o uso de abordagens regulatórias mais flexíveis e de forma variada, indo além, portanto, das estratégias exclusivamente pautadas em sanções pelo descumprimento da norma (comando e controle) e de uma perspectiva favorável à desregulação, que advoga pela existência de um equilíbrio natural do mercado regulado.<sup>53</sup>

Tal teoria se fixou como rechaço à abordagem predominante, no início da década de 1970, que se apoiava exclusivamente no uso de sanções, aplicadas por um Regulador inflexível e centralizado, quando confrontado com o descumprimento dos padrões estabelecidos, por parte do ente regulado. Essa perspectiva (comumente cunhada de comando e controle) é preservada na regulação inteligente. Todavia, adquire uma função diminuta e não exclusiva, isto é, complementada por outras estratégias.

Assim, essa teoria se apresenta como uma proposta de *design* regulatório capaz de combinar mecanismos e instrumentos variados: mecanismos motivacionais e informacionais, instrumentos voluntários, instrumentos

---

<sup>51</sup> GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. New York: *Oxford University Press*, 1998.

<sup>52</sup> GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Designing Smart Regulation*, 1998. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/environment/outreach/33947759.pdf>>. Acesso em: 9 de julho de 2019.

<sup>53</sup> GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 11.

mercadológicos apoiados em preço e em direitos de propriedade, bem como instrumentos propriamente regulatórios.

Dessa maneira, a “inteligência” da regulação surge na elaboração desse desenho, avaliando-se as diversas combinações possíveis em face dos pontos fortes e fracos dos instrumentos regulatórios disponíveis.

## 1.2. A ‘Constituição Econômica’ brasileira: pressupostos constitucionais para uma modelagem regulatória de caráter responsivo no Brasil

A **primeira** questão relevante, para os fins desta análise, diz respeito à definição do que é a chamada “Constituição Econômica” brasileira.

Segundo o jurista português Vital Moreira, a Constituição Econômica consiste no “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”<sup>54</sup>.

André Ramos Tavares bem relembra que a Constituição Econômica não é uma parcela autônoma da Constituição Política, ou seja, do texto constitucional como um todo. Assim, há a “**Constituição econômica formal**”, correspondente à “parcela da Constituição que abriga e interpreta o sistema econômico (material), ou seja, que confere forma ao sistema econômico (no caso brasileiro, capitalista)” por meio de “normas de conteúdo econômico incluídas no texto constitucional.”<sup>55</sup>.

**Por outro lado**, em face da definição desenvolvida por Vital Moreira, o autor entende que a Constituição Econômica abarca um plexo normativo mais abrangente que o estritamente positivado na Constituição Federal. A **Constituição Econômica material**, por assim dizer, abarca o “conjunto [geral] de preceitos e instituições jurídicas”<sup>56</sup> que integram, porém exorbitam o núcleo da

---

<sup>54</sup> MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41.

<sup>55</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método. 2011. p. 76.

<sup>56</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método. 2011. p. 77.

chamada Constituição Econômica formal. Um exemplo são as normas constitucionais atinentes aos direitos e às garantias fundamentais (art. 5º) ou aos objetivos nacionais (art. 3º), as quais devem permear toda e qualquer exame de constitucionalidade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, avança e define os aspectos que a Constituição Econômica disciplina: **(i)** o tipo de organização econômica; **(ii)** a delimitação do campo das iniciativas privadas e públicas; **(iii)** a determinação da base do regime jurídico dos fatores de produção; e **(iv)** a finalidade e os princípios gerais que deverão guiar a vida econômica<sup>57</sup>.

É importante destacar que nem sempre o fato econômico foi expressamente tratado pelos textos constitucionais. Com efeito, em sua gênese, a Constituição tinha como escopo regular o poder político, delimitando a forma de aquisição e exercício de parcela do poder do Estado.

A ideia inicial, com base na doutrina do *laissez faire*, era a de que a economia não deveria sofrer ingerência estatal. Com o tempo, contudo, verificou-se que o uso e abuso do poder econômico poderia causar estragos tão grandes ou maiores do que aqueles decorrentes do abuso do poder político, de maneira que o direito não poderia ficar à margem do problema. Nesse aspecto, a Constituição de Weimar de 1919 é a primeira tratar de maneira exaustiva da ordem econômica, sendo um verdadeiro marco no estudo do tema<sup>58</sup>.

No Brasil, a primeira Constituição a se preocupar com o fato econômico foi a de 1934, que procurou fixar um capítulo para tratar da *Ordem Econômica e Social*. Daí em diante, todos os textos constitucionais abordaram a intervenção do Estado

---

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição Econômica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 178, out./dez. 89, p. 20.

<sup>58</sup> Sobre o tema, leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “foi a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, que fixou o modelo. Esta, de fato, contém uma seção intitulada ‘Da vida econômica’, na qual estão as grandes linhas de uma regulação sistemática da economia, de uma constituição econômica. Há quem conteste essa primazia, apontando a anterioridade da Constituição mexicana de 1917. Este documento, sem dúvida, antecipa-se no reconhecimento dos direitos sociais, como educação (art. 3º), na previsão de uma reforma de estrutura agrária (art. 27) etc. Todavia, nela inexistiu sequer um esboço do tratamento sistemático da atividade econômica” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 4).

no domínio econômico, algumas vezes de maneira mais intervencionista (Constituição de 1937), outras vezes menos (Constituição de 1946)<sup>59</sup>.

A Constituição Federal de 1988 possui um Título específico para lidar com o tema, que é o “**Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira**”, destacando-se o Capítulo I, que trata “**Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica**”. Trata-se da “Constituição Econômica formal” de nossa Constituição Federal.

A despeito da citação longa, o teor das normas a seguir norteará todo o exame constitucional desempenhado neste capítulo por se tratar da tipologia constitucional relacionada à intervenção do Estado no domínio econômico em sentido amplo:

**DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA**  
**CAPÍTULO I**  
**DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA**

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

**I** – Soberania nacional;

**II** – Propriedade privada;

**III** – função social da propriedade;

**IV** – Livre concorrência;

**V** – Defesa do consumidor;

**VI** – Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

**VII** – redução das desigualdades regionais e sociais;

**VIII** – busca do pleno emprego;

**IX** – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

**Parágrafo único.** É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

---

<sup>59</sup> Sobre o tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que “Esse intervencionismo, inclusive com a criação de empresas estatais de finalidade industrial, se acentuou sob a Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. (...) A Constituição de 1946 voltou ao padrão de 1934. Que dizer, aceitou a economia capitalista, mas deixando aberto o campo para a extensão da atuação econômica por parte do Estado, seja direta, seja pelas empresas estatais, seja indireta, pelos controles impostos à iniciativa privada, inclusive como contrapartida de incentivos que a industrialização recebeu no governo de Juscelino Kubitschek (1957-1961)”. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição Econômica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 178, out./dez. 89, p. 18.

**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.

**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. 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.

Da leitura dos referidos dispositivos, extraem-se os conceitos e as distinções relevantes para o presente estudo.

**Em primeiro lugar**, percebe-se que a Constituição Econômica estabelece que o Estado brasileiro, em regra, não deve intervir de forma direta no domínio econômico, salvo nos casos previstos pelo artigo 173.

Frise-se, no entanto, que esse mandamento constitucional não implica em um Estado mínimo, abstendo-se por completo de interferir na atividade econômica. Pelo contrário, a Constituição incumbiu ao poder público brasileiro o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento, conforme dicção do art. 174.

**Em segundo lugar**, a Constituição Econômica brasileira realiza uma importante distinção entre: (i) as **atividades econômicas** e (ii) os **serviços públicos**.

Com relação ao **primeiro conceito**, tem-se a primazia da iniciativa privada, já que, como afirmado anteriormente à luz do art. 173, a participação do

Estado nessa seara só será permitida **(i)** nos casos de monopólio constitucional; ou **(ii)** quando necessária aos imperativos da segurança nacional; ou **(iii)** há relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Ou seja, a exploração de atividade econômica em sentido estrito por entes estatais é excepcional e depende de previsão legal.

Com efeito, a exploração da atividade econômica pelos particulares, cujo principal escopo é a maximização de lucros, deve ser compatibilizada com a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como deve se ajustar à busca do pleno emprego (art. 170, V, VI, VII e VIII).

Não por outro motivo, a lei disponibiliza mecanismos para que o Estado reprima o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §3º), conferindo-lhe competência para impor sanções aos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, §4º).

Trata-se do que, com base em Norbert Reich, **Gustavo Binjenbojm**<sup>60</sup> chama de relação de dupla instrumentalidade entre o mercado e o Estado. **De um lado**, “o mercado instrumentaliza o Estado, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o seu funcionamento (propriedade, contratos, livre concorrência, instituições que garantam a aplicação da lei”.

**De outro lado**, “o Estado também instrumentaliza o mercado, por meio de diferentes formas de regulação econômica que o orientam à consecução de fins socialmente desejáveis (proteção do meio ambiente, consumidor, da privacidade, objetivos redistributivos”.

Por sua vez, os **serviços públicos** são atividades que, dada sua relevância, são classificadas pela Constituição como de titularidade do Estado, atraindo a incidência do regime de direito público<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade Igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 79-80.

<sup>61</sup> Não se olvida da extensa literatura existente sobre o conceito de serviço público no direito administrativo brasileiro e comparado. Para fins do presente trabalho, cujo escopo não é o de

De acordo com o texto constitucional, o serviço poderá ser prestado **diretamente pelo poder público**, por meio da administração direta ou indireta, ou **por particulares**, sob o regime de concessão ou permissão (art. 175). Os incisos XI e XII do art. 21 viabilizam, também, que os serviços de titularidade da União Federal sejam prestados mediante autorização<sup>62</sup>.

Ao delegar a particulares a prestação de serviço público, contudo, não se afastam as obrigações decorrentes da própria Constituição Federal. De fato, em razão da fundamentalidade dos serviços caracterizados como públicos, o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada.

---

aprofundar sobre a natureza definidora do serviço público, adotar-se-á a concepção meramente formal: é serviço público toda atividade assim designada pela Constituição Federal e pelas leis correlatas. Alinhamo-nos ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que, para identificação de uma atividade como serviço público são necessários dois elementos: “(a) *um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) o traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa unidade normativa*”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690.

<sup>62</sup> Para Marçal Justen Filho, nesses casos não mais que se falar em serviço público, mas atividade econômica explorada por particular, cuja fiscalização é mais rigorosa em razão de sua relevância: “*Existe, então, outra modalidade de autorização, que se destina a remover um impedimento ao desempenho das atividades privadas, em casos em que assim for exigido por lei. Nessas hipóteses, a autorização envolve certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Quando o vocábulo for utilizado nessa acepção, a autorização não versará sobre serviço público*”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 640-641. Não é essa, contudo, a posição aqui adotada. O fato de determinada atividade de titularidade da União Federal ser prestada por particular por meio de autorização não desnatura o serviço como público. O instrumento utilizado apenas mitiga alguns espectros do regime de direito público, como a necessidade de licitação, aproximando-o das atividades econômicas em sentido estrito. O fato de delegar o serviço público a autorizatárias, entretanto, não afasta a necessidade de se observar as obrigações constitucionais de adequação de prestação do serviço. Essa a posição de Hely Lopes Meirelles, para quem “*se, mediante lei, a União resolver prestar algum desses serviços, a Carta permite que essa lei preveja a autorização como modalidade de delegação. Logo, no estudo da autorização em foco, o art. 21 e seus incisos devem ser considerados na interpretação do art. 175 da CF. Nessa linha, sob pena de negar o núcleo dos incisos acima referidos, não há como negar que a Constituição prevê três modalidades de delegação: concessão, permissão e autorização*”. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 533.

Com relação a tais obrigações, Odete Medauar<sup>63</sup>. apresenta os seguintes princípios diretores dos serviços públicos, que necessariamente devem ser observados em sua prestação pelos particulares:

- (a) **paridade de tratamento**, que significa que todos devem ser tratados de maneira isonômica, sem distinção de qualquer espécie entre os usuários (universalidade);
- (b) **funcionamento contínuo**, o que impõe a continuidade e regularidade do serviço prestado;
- (c) **possibilidade de modificar o modo de execução**, para se adaptar o serviço a novas exigências; e
- (d) **funcionamento eficiente**, princípio que requer que o serviço público seja adequado às necessidades da coletividade

**Em terceiro lugar**, o Ministro Luís Roberto Barroso<sup>64</sup> doutrinariamente aponta que, além da atuação direta, o sistema constitucional brasileiro legitima a intervenção do Estado no domínio econômico não só pela disciplina, mas também pelo fomento.

Por **disciplina**, entende-se a atividade de edição de leis<sup>65</sup>, de regulamentos e do exercício do poder de polícia. A título ilustrativo, basta lembrar que o Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE) exerce função

---

<sup>63</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 380-381.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65-67.

<sup>65</sup> As leis são editadas para compatibilizar a exploração econômica com os objetivos da Carta Magna. Pode-se citar, a título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11).

fiscalizatória a fim de evitar ou punir condutas desviantes que limitem ou prejudiquem a livre concorrência.

Já por **fomento**, entende-se as atividades de apoio à iniciativa privada e de estímulo para que os particulares adotem determinados comportamentos de interesse público. Um exemplo desse tipo de atividade é a oferta de financiamento público a determinados setores da economia por meio de disponibilização de linha de crédito de bancos estatais.

Desses três argumentos, **conclui-se** que tanto para exercer as funções de fiscalização e incentivo das atividades econômicas, como para controlar a adequada prestação dos serviços públicos por particulares, não há uma obrigação constitucional por parte do Poder Público no sentido de exercer a sua função regulatória na forma de disciplina – com fiscalização a fim de evitar ou punir condutas desviantes.

Segundo a Constituição Econômica, portanto, o Estado brasileiro não precisa lançar mão somente de um tipo específico de estratégia regulatória, ao intervir no domínio econômico. Ao revés, há considerável espaço interpretativo no sentido de que a chamada função regulatória do Estado, a qual usualmente, desde a década de 1990, é realizada por meio das agências reguladoras, pode ser exercida de forma flexível.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Para Alexandre Santos de Aragão, além da atividade econômica e dos serviços públicos, enquadra-se no escopo da regulação o controle das atividades monopolísticas. Afirma o autor que “a regulação possui três principais searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado, e no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na seda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando sua universalização, qualidade e preço justo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

### 1.2.1. O Estado Regulador na Constituição de 1988

Na década de 1990, o Brasil passou por um intenso processo de desestatização das funções regulatórias, sejam elas atividades econômicas ou serviços públicos<sup>67</sup>.

Nesse movimento de transferência da prestação de serviços públicos para particulares, ocorreu também a proliferação das chamadas agências reguladoras, as quais passaram a exercer o controle dessas atividades desempenhadas por particulares. Na linha do artigo 174 da Constituição Federal, o principal escopo da função do Estado brasileiro passou a ser a de planejar, regular e fiscalizar a área sob supervisão das agências reguladoras<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Carlos Eduardo Vieira de Carvalho relata bem esse processo de privatização, ocorrido no Brasil: *“Inicialmente, os programas de privatização encontram fundamentação na Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o ‘Programa Nacional de Desestatização’ – PND. Estabeleceram-se como objetivos precípuos elencados no art. 1º: reordenação da posição estratégica do Estado na economia para abrir espaço à iniciativa privada; redução da dívida pública e retomada de investimentos nas atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada. De outra parte, a ‘privatização’ de empresas estatais prestadoras de serviços públicos envolveu, concomitantemente, a delegação da ‘concessão’ ou ‘permissão’ do serviço à empresa privatizada (art. 7º, caput). (...)”*

*Nessa primeira fase de implementação, que abrange o período compreendido entre 1991-1994, o controle da maioria das empresas estatais com características industriais foi transferido a grupos privados; e abrangeu, basicamente, empresas atuantes nos setores petroquímico e siderúrgico. (...)”*

*Em uma visão geral, pode-se dizer que, após 1995, houve um acréscimo substancial das receitas auferidas com a ampliação do ‘Programa’ a empresas estatais prestadoras de ‘serviços públicos’. Além disso, os Estados deram início a programas próprios. Ampliou-se, significativamente, a participação dos investidores estrangeiros (principalmente norte-americanos, espanhóis, portugueses e franceses). Em 1998, os investimentos externos responderam por 59% das receitas. Até o início de 1996, a empresa privada estava quase ausente da prestação de serviços públicos no Brasil. No fim de 1998, os investidores privados – em parte significativa representando grupos ou instituições estrangeiras – controlavam os setores de telecomunicações e de ferrovias, os grandes portos do país, algumas das principais rodovias, além de dois terços do segmento de distribuição de energia elétrica, uma parte do segmento de geração, além de uma pequena, mas crescente parcela dos serviços de água e esgotamento sanitário. Constata-se que as políticas implementadas alcançaram empresas estatais com atuação em amplos setores de ‘serviços públicos’ de infraestrutura, diretamente relacionados ao fornecimento de utilidades essenciais à coletividade”.* In: CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 107-109.

<sup>68</sup> José dos Santos Carvalho Filho, em sentido semelhante, leciona: *“A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização”.* In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 491.

É de se ressaltar, contudo, a redação originária da Constituição Federal de 1988 nada falava sobre agências reguladoras. Com efeito, somente há duas passagens no texto original que tangencia a função reguladora. Trata-se do art. 174, já mencionado acima, e do *caput* do art. 192, referente à regulação do sistema financeiro nacional.

A bem da verdade, foram as **Emendas Constitucionais 8 e 9, de 1995**, que previram a criação dos órgãos reguladores do serviço de telecomunicações (art. 21, XI) e das atividades econômicas relacionadas ao monopólio da União Federal sobre a exploração de petróleo (art. 177, §2º, III).

Sob inspiração do direito estadunidense<sup>69</sup>, porém com motivos e razões muito distintos da gênese desse processo nos EUA, essas emendas implementaram um processo de proliferação de agências reguladoras nas mais diversas áreas de atuação, não obstante só haver a previsão constitucional das duas acima mencionadas<sup>70</sup>. Como ressaltava **Alketa Peci**, no entanto, a “difusão desse formato organizacional das agências reguladoras” para setores como água, saúde complementar, vigilância sanitária ou cinema, respondeu a um “movimento estrutural” distinto: o de flexibilizar a burocracia estatal brasileira.<sup>71</sup>

Nos termos legais, tais agências se apresentam como **autarquias especiais**, caracterizadas pela sua independência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo.

---

<sup>69</sup> Sobre as diferenças e aproximações dos contextos em que as agências foram criadas nos Estados Unidos e no Brasil, Cf. PECCI, Alketa. *Regulação e Administração pública*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 57-80.

<sup>70</sup> Apenas para se ter uma ideia, no âmbito federal há 11 agências reguladoras em âmbito federal, a saber: 1) ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; 2) ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; 3) ANCINE – Agência Nacional do Cinema; 4) ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil; 5) ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários; 6) ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres; 7) ANP – Agência Nacional do Petróleo; 8) ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; 9) ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar; 10) ANA – Agência Nacional de Águas; e 11) ANM – Agência Nacional de Mineração. Além disso, há inúmeros órgãos federais que exercem funções reguladoras, mas que não são denominadas autarquias, como o CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, além de inúmeras agências e órgãos reguladores em âmbitos estadual e municipal.

<sup>71</sup> Cf. PECCI, Alketa. *Regulação e Administração pública*. In: GUERRA, Sérgio. (org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 68.

Nos dizeres de **Di Pietro**, esse regime especial é definido pelas respectivas leis instituidoras das agências, que, em regra, conferem a tais autarquias maior autonomia em relação à Administração direta, estabilidade de seus dirigentes e caráter final de suas decisões<sup>72</sup>.

Em verdade, tendo em vista o processo de repasse de funções antes desempenhadas pelo Estado aos particulares, revelou-se necessária a consolidação de um ambiente institucional propício para a realização dos altos investimentos privados necessários, o que engendrou a consolidação do modelo das agências reguladoras, sob o argumento de que seria necessário valorizar o conhecimento técnico-especializado em detrimento das preferências políticas<sup>73</sup>.

Assim, buscou-se criar entes estatais dotados de certas prerrogativas que lhes conferem autonomia. Em regra, os dirigentes possuem mandatos fixos, não coincidentes com o do Chefe do Poder Executivo, sem a possibilidade de destituição *ad nutum*. Além disso, as autarquias especiais possuem mecanismos próprios de resolução de conflitos, que independem da participação da administração pública direta. Ou seja, as agências consubstanciam-se em autarquias *sui generis*, que não possuem vinculação imediata ou hierárquica com os membros do governo.

Essa autonomia das agências se reflete em suas funções, que também são *sui generis*. Segundo **Luís Roberto Barroso**, as atividades desenvolvidas pelas agências podem ser sistematizadas em executivas, decisórias e normativas<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privado e outras formas*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

<sup>73</sup> Esse ponto é assim trabalhado por Vitor Rhein Schirato: “em vista da retirada do Estado da direta exploração de determinadas atividades e da necessidade de atração de agentes privados para explorar tais atividades, é necessário criar um ambiente de confiabilidade, de segurança, no qual os agentes privados possam confiar nas regras existentes, conhecer o processo de alteração de tais regras e prever sua forma de atuação. Isso é reforçado pelo fato de estar-se diante, quase na totalidade das vezes, de atividades que demandam altíssimas montas de investimentos, que, via de consequência, demandam longos períodos de amortização”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado*. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 469.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 75-84.

A **atividade executiva** é a desenvolvida para a concretização das políticas públicas setoriais, com a implementação das normas relativas ao setor regulado. Já a **atividade decisória** é aquela exercida na resolução de conflitos no âmbito administrativo envolvendo os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os usuários dos serviços públicos.

Por fim, a **atividade normativa** diz respeito à competência das agências para expedir atos para regulamentar a execução do serviço regulado<sup>75</sup>. Tais funções, é importante frisar, não estão previstas na Constituição, mas derivadas da própria existência de tais agências.

De todo o exposto nesse mapeamento acerca do arcabouço legal e constitucional das agências reguladoras<sup>76</sup>, verifica-se que a **Constituição de 1988 não optou especificamente por nenhuma modelagem regulatória específica, se comando e controle ou regulação responsiva.**

Muito pelo contrário: são poucos os contornos constitucionais explícitos quanto a qual deve ser o papel das agências reguladoras. A definição quanto aos aspectos institucionais e o exercício de suas funções decorrem de opção legislativa, construção doutrinária e experiência administrativo-regulatória.

Assim, não é exagero afirmar que **há amplo espaço de conformação para que o órgão regulador,** no caso deste relatório a Agência Nacional de Aviação Civil, **adote técnicas responsivas,** desde que elas próprias não violem o texto constitucional, notadamente os direitos e as garantias fundamentais dos agentes regulados e dos cidadãos que usufruem dos serviços aéreos.

---

<sup>75</sup> Sobre esse ponto, há intenso debate doutrinário sobre a constitucionalidade do exercício de atividade normativa por parte das agências reguladoras. Marcelo de Figueiredo fez um estudo aprofundado sobre o tema, destacando que Maria Sylvia Di Pietro, Lúcia Valle de Figueiredo e Celso Antônio Bandeira de Mello possuem posição mais restritiva, admitindo que somente a ANATEL e a ANP, por possuírem assento constitucional, é que disporiam do poder regulador. De outro lado, posicionam-se, com certas diferenças, Marçal Justen Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Floriano Peixoto de Azevedo Marques e o próprio Marcelo de Figueiredo defendem que as agências, criadas pela Constituição ou por lei, possuem competência para desempenhar função normativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-269. O tema será aprofundado posteriormente no capítulo 3.

<sup>76</sup> O marco legal das agências reguladoras, todavia, será explorado no capítulo 4 do relatório.

### **1.3. Assimetrias regulatórias e o princípio da isonomia: a constitucionalidade do tratamento regulatório diferenciado dos agentes regulados**

Outro questionamento possível diz respeito ao pressuposto da regulação responsiva de estabelecer tratamentos jurídicos e respostas regulatórias de modo distinto, de acordo com o comportamento e as motivações dos agentes regulados, bem como as especificidades do setor.

Em outras palavras, torna-se necessário responder se o princípio da isonomia é violado pelo fato de a pirâmide responsiva demandar inevitavelmente o estabelecimento de assimetrias regulatórias em sentido amplo, por exemplo, pelas quais alguns regulados recebem incentivos não extensíveis a outros em decorrência das razões supracitadas, apesar de esses agentes estarem formalmente submetidos ao mesmo regime, ou então haja o estabelecimento de regimes jurídicos diversos para agentes regulados que prestem serviços distintos.

De forma breve, as **perguntas** que guiam as partes deste capítulo são respectivamente: **(i)** qual é o entendimento doutrinário sobre o escopo do princípio da isonomia? **(ii)** como a jurisprudência tem aplicado esse princípio constitucional? **(iii)** qual é o relevo da isonomia na seara regulatória? **(iv)** quais balizas são necessárias para compatibilizar os pressupostos da regulação responsiva, no tocante à criação de assimetrias regulatórias, com o art. 5º, caput, da CRFB/88?

#### **1.3.1. O entendimento doutrinário sobre o princípio da isonomia: delineando o debate**

O artigo 5º, *caput*, da Constituição prevê o dito “**princípio da isonomia**” prescrevendo que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Já o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal prevê que: a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá” ao princípio da legalidade.

Trata-se de princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito. A despeito de sua importância central para o funcionamento político-jurídico da atualidade e de sua presença em textos constitucionais do mundo inteiro<sup>77</sup>, o tema da isonomia tem ocupado as reflexões de filósofos, políticos e juristas há muito tempo.<sup>78</sup>

Uma das definições mais antigas acerca de seu conteúdo exsurgiu das lições de filosofia política e de filosofia moral de Aristóteles. Para o autor, o cerne de tal princípio consistiria na seguinte máxima: ***tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais***. Isso deriva de sua noção de *justiça* que, de um plano geral e absoluto, seria estabelecida a partir do respeito às leis, e, de um plano particular, estaria relacionada ao respeito à igualdade.

Assim, para além dos aspectos corretivos e recíprocos, a noção distributiva da “***justiça particular***” incorporaria o seguinte raciocínio: “*se as pessoas são iguais, as partes serão iguais, e se as pessoas são desiguais, as partes serão desiguais; o justo consiste em tratar desigualmente fatores desiguais*”.<sup>79</sup> Esta visão aristotélica será extremamente relevante para o delineamento dos atuais contornos doutrinários acerca de tal princípio, expostos mais adiante.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial<sup>80</sup>, o paradigma constitucional estabelecido passou a incorporar as marcas de uma sociedade notadamente

---

<sup>77</sup> “‘Equality regardless of gender’ appears in 166 constitutions; ‘equality for persons with disabilities’ appears in 42 constitutions; ‘equality regardless of age’ is addressed in 27 constitutions” BAUGHER, Jessie; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Bringing the World’s Constitutions to the Classroom. *Social Education*, v. 82, n. 3, pp. 128-132, 2018, p. 154.

<sup>78</sup> Conforme leciona o jurista português, Jorge Miranda: “*pensar em igualdade é pensar em justiça na linha de análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rosseau a Marx e Rawls; é redefinir as relações entre pessoas e as normas jurídicas; é indagar da lei e da generalidade da lei*”. Vide MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 201.

<sup>79</sup> TRICOT, J. *Éthique à Nicomaque*. Nouvelle traduction avec traduction. Paris: Vrin, 1959, p. 227.

<sup>80</sup> Sobre a relação entre o fim da 2ª Guerra Mundial e os rumos do constitucionalismo, vide ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, 1997.

pluralista.<sup>81</sup> As próprias Constituições – na linha do já anteriormente observado em Weimar, por exemplo<sup>82</sup> – passaram a expor, dentro de seus textos, um quadro de compromisso deliberadamente pluralista, que prevê princípios com conteúdo político e moral concorrentes, ao menos em tese.<sup>83</sup>

Esse cenário reforça a percepção de que, nas variadas democracias constitucionais ao redor do globo, não há “*perspectiva de consenso entre os cidadãos sobre temas de grande relevância para a sociedade*”.<sup>84</sup> Ao revés, o que se observa é uma divergência latente entre indivíduos e grupos acerca de questões centrais para o funcionamento da sociedade.

Nesse contexto, a própria noção de igualdade e sua correlação com o ideal da justiça possuem especial relevância e desacordo. Tomemos como exemplo a seguinte questão: *como se deveria distribuir as riquezas numa sociedade igual, livre e justa?* Para alguns, a alocação dos bens deveria se dar com base em um “sistema meritório”, em que a acumulação de riquezas, dentro de uma razoável igualdade de oportunidades, advém do esforço e do trabalho de cada um.

Para outros, o objetivo precípuo a ser alcançado é o da justiça social, conforme preleciona o art. 170, caput, da CRFB/88. Assim, para esses, não seria sequer possível falar em sistema meritório, caso a percepção material da *igualdade de oportunidades* fosse disfuncional ou desequilibrada. Com base nisso,

---

<sup>81</sup> “A diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável”. RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

<sup>82</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

<sup>83</sup> No âmbito da Constituição Econômica, por exemplo, não são raros os casos em que os interesses de defensores do princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV; e 170, IV) se chocam com previsões de proteção do meio ambiente (arts. 170, VI; e art. 225) ou com questões trabalhistas (art. 7º). Vide: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira. (coords.) *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho*, São Paulo, Malheiros, 2006.

<sup>84</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

a distribuição de riquezas ao longo do corpo social teria de ser condizente com as *severas privações materiais*<sup>85</sup> vividas por certos segmentos da sociedade.

Em face dessa pluralidade de visões, é que a teoria constitucional contemporânea tem delineado sua missão: a de se desenvolver frente às complexidades e sofisticações daí advindas. Isto é, encarando “*o fato de que, mesmo acreditando na existência de direitos e da justiça, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas*”<sup>86</sup> influenciando, conseqüentemente, os parâmetros de resolução dos conflitos que permeiam a sociedade.

Delineadas tais premissas, indaga-se: como a literatura jurídica brasileira, sobretudo a destinada ao direito constitucional, posiciona-se frente aos conflitos que a noção de igualdade, insculpida no art. 5º, caput, da CRFB/88, apresenta? Como a isonomia se relaciona com as demais previsões da Constituição Federal?

Do ponto de vista constitucional, pode-se dizer que a visão hodierna acerca da isonomia veda tratamentos diferenciados entre as partes na seguinte situação: quando não exista uma razão lógica suficiente – ou seja, apoiada nos ditames da Carta Maior –, capaz de justificar a discriminação.

No entanto, estando configurada uma situação excepcional ou existindo desníveis sociais, políticos, econômicos ou jurídicos tão relevantes a ponto de alterar a própria *igualdade de oportunidades* entre as partes, torna-se necessário conferir, a cada uma, o que lhes é de direito à luz dessas excepcionalidades e desses desníveis, tal como já lecionava Aristóteles.

É que, como expõe Hans Kelsen<sup>87</sup>, “*a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na*

---

<sup>85</sup> TUSHNET, Mark. Progressive Constitutionalism: What is “It”? *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 72, n. 6, pp. 1073-1082, 2012.

<sup>86</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Ch. Eisenmann. 2ª Ed. Paris: 1992, p. 190.

*Constituição*”. Para o jurista austríaco, uma igualdade assim compreendida seria simplesmente inconcebível, pois “*seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles*”.

Trata-se da teoria da **desigualdade justificada**, adotada por boa parte da doutrina constitucional brasileira. Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece bem o ponto. Para o referido professor da Universidade de São Paulo (USP), o princípio da igualdade não proíbe diferenciações de tratamento. Em verdade, apenas veda aquelas diferenciações que contenham conteúdo ou fins arbitrários.

Dessa maneira, uma visão constitucionalmente adequada acerca do princípio da isonomia comanda que “*só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação*”<sup>88</sup>, que, por sua vez, devem possuir lastro nos próprios fins da Constituição.

Em suma, o que se demanda é o seguinte: o elemento de *discrímen* deve estabelecer uma correlação coerente com os fins visados pela própria discriminação que, igualmente, deve guardar coerência com os valores emanados pelo próprio sistema constitucional.

O raciocínio permeia as linhas subsequentes. A isonomia é signo fundamental de um regime democrático. Nesse regime político, tal qual hoje estabelecido, cidadãos devem ser tratados pelo Estado com igual respeito e consideração, sobretudo dentro do crivo jurídico-legal, sem distinções ou privilégios em razão de pertencerem a uma classe social ou exercerem um cargo específico, por exemplo.<sup>89</sup>

No entanto, tal perspectiva observa apenas a **faceta formal da igualdade**, sem se atentar às realidades históricas, sociais, econômicas e políticas deste país. Daí se observa a relevância da **faceta material da igualdade** que,

---

<sup>88</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 277.

<sup>89</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004, p. 210.

por sua vez, é a efetivamente responsável por transformar tais postulados normativos em realidades fáticas.

Fábio Konder Comparato<sup>90</sup> elucida a questão de forma assertiva: não se pode fechar os olhos para a desigualdade dos homens alegando a incidência e a aplicação do princípio da isonomia, sob pena de vulnerá-lo em sua essência. É que a previsão da isonomia não apaga ou escamoteia as desigualdades sociais de fato que existem entre os homens.

Para o autor, observá-la por um viés meramente formal é conceder-lhe uma natureza aparente e ilusória, transformando-as em letra fria. É dizer: mesmo com a abolição dos estamentos, no paradigma liberal, e a consequente submissão de todos ao império da Lei (*rule of law*), não se pode sustentar que ocorreu uma paralela equiparação de fortunas ou de modos de vida, por exemplo.

Luís Roberto Barroso e Aline Osório<sup>91</sup> não só resumem o debate como também o expandem. Para os autores, no plano teórico, a igualdade se expressa em **três** dimensões:

A **primeira** é a **igualdade formal**, pilar do Estado de Direito, que veda a existência de privilégios e de tratamentos discriminatórios infundados;

A **segunda** é a **igualdade material** correspondente às demandas por redistribuição de poder e de riqueza;

Já a **terceira** é a **igualdade como reconhecimento**, que se expressa como um dever de tolerância e de respeito às diferenças.

---

<sup>90</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, Desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, 1/1993, p. 77-78.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016, p. 207-208.

Indo além, para os autores, todas as três concepções estão encampadas pela Constituição de 1988. A **igualdade formal** vem prevista no art. 5º, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Já a **igualdade material como redistribuição** decorre de objetivos da República, como “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

Por fim, a **igualdade material como reconhecimento** tem seu lastro em outros objetivos fundamentais do país, tais como: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Em todas essas concepções doutrinárias acerca do referido princípio, no entanto, é possível perceber a incorporação do “**paradoxo da igualdade**”, exposto por Robert Alexy. É que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito.<sup>92</sup> Dessa forma, a lei, para proteger as diferenças e efetivamente igualar as partes, deve impor um tratamento jurídico desigual.

Em linhas gerais, o entendimento sobre o art. 5º, *caput*, da Constituição é este: o princípio da igualdade não veda, *per se*, que o Poder Público estabeleça tratamentos diferenciados entre indivíduos ou segmentos sociais, ao formular políticas públicas ou aprovar textos legislativos, por exemplo. Todavia, para tanto, é necessário que o Estado apresente uma justificativa lógica e plausível, que seja capaz de sustentar tal diferenciação nos elementos da própria Constituição.

Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece **três critérios** que devem nortear tal tarefa. Em vista da clareza do trecho, os *standards* estão transcritos abaixo:

---

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em **três questões**:

(a) **a primeira** diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação;

(b) **a segunda** reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

(c) **a terceira** atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.”<sup>93</sup> (Grifos nossos).

Com base nisso, o que se tem de indagar para concluir a compatibilidade de uma norma frente ao princípio da isonomia é:

(i) **primeiro**, perquirir o próprio elemento tomado como fator de diferenciação, podendo aí se incluir no conceito de elemento o próprio grupo elegido para diferenciação. Isto é, ele possui lastro na Constituição? A escolha detém base na história do país ou nos desníveis presentes em sua realidade fática?

(ii) **em segundo lugar**, avaliar se o tratamento diverso que foi outorgado é ‘justificável’. Por justificável, deve-se ter em mente a existência de uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de *discrímén*’ e o **regramento legal que o consolidou**. Ou seja, sob o pretexto de concretizar tal diferenciação, as medidas que a norma estabeleceu são adequadas, necessárias e proporcionais? Há uma congruência lógica entre o fator elegido e a norma?

---

<sup>93</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

(iii) por fim, **terceiro**, existindo tal correlação lógica, questionar se ela está **em conformidade com os valores reconhecidos e os fins manejados pela Constituição**.<sup>94</sup>

**Dois exemplos**, dentro do próprio ordenamento constitucional, podem ilustrar melhor a questão.

**Um primeiro exemplo** é o fator discrimen “**gênero**”. Como regra, a Constituição estabelece que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (art. 5º, I). No entanto, em seu art. 40, §1º, III, a Constituição estabelece que o servidor público homem poderá se aposentar voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, com sessenta e cinco anos de idade. Já a servidora pública mulher, na mesma situação, poderá se aposentar com sessenta anos de idade.

A fixação expressa de diferentes critérios para a aposentadoria entre homem e mulher é justificável, com base, na comprovação empírica, de que mulheres trabalham em dupla jornada pelo fato de serem mães, por exemplo, trabalhando semanalmente 3,1 horas a mais que homens.<sup>95</sup> Ademais, tal justificação se alicerça nos próprios ditames da Constituição que visa construir uma sociedade justa (art. 3º, I) em que se promova o bem de todos, sem preconceitos de “sexo”, ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

**Outro exemplo** seria o fator de discrimen “**idade**”. Como exposto, o art. 3º, IV, da CRFB/88 preceitua que não se deve promover discriminações em razão de idade, sendo todos livres e iguais independentemente de tal variável. Assim, ao menos em tese, a partir da maioridade, o exercício dos direitos políticos

---

<sup>94</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.1, 1993, p. 81-83.

<sup>95</sup> Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/6227743/dupla-jornada-faz-mulheres-trabalharem-31-horas-mais-que-homens>. Acesso em 07 de Agosto de 2019.

passivos (“ser votado” ou “se candidatar”) não deveria possuir qualquer restrição quanto à idade de candidatos.

Ocorre que o art. 14, IV, da CRFB/88, estabelece idade mínima para certos cargos. A justificação se dá a partir de uma presunção razoável de que tais cargos, como o de Presidente da República, demandam o exercício de competências tão complexas – envolvendo a soberania nacional ou desenvolvimento econômico do país, por exemplo – que, ao menos em tese, uma pessoa com maior experiência de vida terá melhores condições para desempenhá-las do que outra mais nova, sem tal vivência. A justificativa encontra lastro em mandamentos da própria Constituição, tais como, novamente, a plenitude da soberania nacional (art. 1º, I) e do desenvolvimento do país (art. 3º, II).

Do exposto, **extraí-se que para a literatura jurídica** os seguintes procedimentos devem ocorrer para que uma distinção (regulatória ou não) seja compatível com o princípio da isonomia:

**(i)** *“a igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença”*<sup>96</sup>;

**(ii)** a leitura constitucionalmente adequada do art. 5º, caput, da CRFB/88, demanda que o intérprete incorpore a máxima aristotélica de *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*; e

**(iii)** o exame de compatibilidade de uma norma ou política pública frente ao princípio constitucional da isonomia é *tripartite*:

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016, p. 207.

- (a) perquirir se o próprio elemento tomado como fator de diferenciação possui lastro na Constituição;
- (b) avaliar a existência de uma correlação lógica entre o ‘fator de discrimen’ o regramento legal que o consolidou;
- (c) examinar se tal correlação lógica está em consonância com as prescrições do sistema constitucional.

### 1.3.2. Isonomia (Art. 5º, *caput*, CRFB/88) e Jurisprudência

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o entendimento não é distinto. Desde muito, a jurisprudência da Corte tem enfatizado que a previsão da isonomia *não impossibilita eventual tratamento diferenciado a alguma “categoria de sujeitos” ou grupos sociais, profissionais e políticos*, por exemplo. Ao revés, para o STF, a concretização da ideia de isonomia está imbrincada na máxima aristotélica: *“tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade”*<sup>97</sup>.

É levando em conta esse entendimento, que a Suprema Corte entende que *“o Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípua o implemento de medidas com o escopo de minorar (...) fatores discriminatórios”*. Adotando também a teoria da desigualdade justificada, a jurisprudência do STF vincula o próprio legislador ao fundamento exposto pelo princípio da isonomia.<sup>98</sup>

Segundo o Ministro Eros Grau, a tarefa de concretizar efetivamente o princípio isonômico reclama que, previamente, sejam estabelecidos, de um lado,

---

<sup>97</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 154027*, Rel. Min. Carlos Velloso, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 20-02-1998.

<sup>98</sup> *“O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito, há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos diante da particularidade de situações, desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável”*. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 898450*, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 17/08/2016, DJ 31-05-2017.

“quais são os iguais” e, de outro, “quais os desiguais”, dentro da relação político-social analisada no caso concreto.

Nessa medida, o legislador e o juiz devem identificar “***pessoas e situações distintas entre si***” para, em seguida, calcular a intensidade da tutela jurídica necessária para cada uma, de acordo com as particularidades encontradas. O intuito, em suma, é “***conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que [efetivamente] não sejam iguais***”.<sup>99</sup>

Nesse sentido, observando-se a jurisprudência do STF, percebe-se que o princípio da isonomia “*não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação jurídica*”. Em verdade, faz-se necessário também a “*implementação de medidas com o escopo de minorar os fatores discriminatórios existentes*”, o que, por vezes, impõe um “*tratamento desigual em circunstâncias específicas e que militam em prol da igualdade*”.

Sob esse ângulo, a isonomia como desigualação reclama “***uma correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida***”. É dizer: a discriminação precisa ser racionalmente justificada à luz dos valores, dos direitos e dos fins tutelados na Constituição Federal: uma “***adequada correlação valorativa***”.<sup>100</sup>

Os atos normativos, portanto, podem sim estabelecer distinções entre indivíduos. No entanto, é expressamente necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio da isonomia, rechaçando-se a criação de eventuais “privilégios disfarçados”. Isto é, a constitucionalidade do desnível conferido pelo ato normativo deverá se alicerçar em motivo plausível e/ou situação de patente desigualdade.

O Superior Tribunal de Justiça apresenta percepção semelhante sobre a incidência do princípio da isonomia, até mesmo em matéria penal. À guisa de

---

<sup>99</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 3305*. Rel. Min. Eros Grau, PLENÁRIO, julgado em 13/09/2006, DJ 24/11/2006, p. 98-110.

<sup>100</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RG – RE 640905*. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 15/12/2016, DJe 01-02-2018 (grifos nossos).

exemplo, no julgamento do **HC 40.865**<sup>101</sup>, o Ministro relator entendeu que o princípio da isonomia seria sinônimo da igualdade real. Assim, concordou que a leitura do princípio da isonomia, sobretudo nos casos em que houvesse uma incompatibilidade abstrata com outros preceitos constitucionais, deveria vir acompanhada dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o fim de se avaliar a prevalência de bens jurídicos à luz da vontade do constituinte.

Analisando o caso concreto, o Ministro Relator exemplificou a questão na seara criminal. Em regra, agentes que supostamente cometeram o mesmo crime devem sofrer consequências praticamente idênticas.

No entanto, seria um despropósito conferir o mesmo tratamento a um agente que responde diversas ações penais por fatos semelhantes e a outro réu que estaria envolvido apenas em um episódio isolado. A leitura constitucionalmente adequada do princípio da isonomia impõe que **situações iguais sejam “tratadas igualmente e as desiguais diferentemente”**, razão pela qual sua leitura não pode vir descolada das especificidades apresentadas no conflito concreto.

Dessa forma, extrai-se que, para a **jurisprudência**: a isonomia se traduz justamente no tratamento “*igual aos iguais e desigual aos desiguais*”, definindo ser possível que os atos normativos estabeleçam essas diferenciações desde que demonstrem a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva que o fundamenta.

### **1.3.3. Isonomia e Regulação: *assimetrias regulatórias e a regulação responsiva***

Conforme explicitam Floriano de Azevedo Marques Neto e Mariana Zago, o questionamento acerca da isonomia entre os entes privados de um setor

---

<sup>101</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *HC 40.865/SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 315.

regulado se dá em torno da noção de ***assimetrias regulatórias***<sup>102</sup>. Esse conceito permite a existência de gradações distintas para a intensidade regulatória estatal de acordo com as particularidades do agente regulado ou da atividade prestada.

Não por outro motivo, Alexandre Santos Aragão<sup>103</sup> bem elucida que o modelo de assimetria regulatória permite a distinção entre as atividades reguladas “e as dota de uma maior ou menor dose de concorrência de acordo com as suas peculiaridades”, podendo ocorrer “dentro da mesma fase da cadeia produtiva do setor” ou em fases diversas. É dessa maneira que, por exemplo no setor de telecomunicações, “a telefonia fixa – serviço básico – sofre maiores restrições à livre iniciativa do que a telefonia celular”.

Essa opção regulatória pode causar efeitos negativos, tratando iguais de forma desigual. No entanto, ao menos em tese, a *ratio* da assimetria não é essa. Pelo contrário, pretende-se justamente “incentivar a competição”, sobretudo no que diz respeito a mercados bastante concentrados. Por exemplo, ao analisar essa questão dentro do marco regulatório dos portos, Aline Klein<sup>104</sup> ressalta que a opção pela assimetria regulatória buscou oferecer “ao prestador entrante um regime de prestação mais brando em relação àquele que se submete o prestador dominante, para acirrar a competição”.

O raciocínio pode ser resumido da seguinte forma. Como regra, a atividade regulatória do Estado brasileiro estabelece vários ***ordenamentos setoriais***, que criam um arcabouço normativo (*subsistema regulatório setorial*) em torno das especificidades e das relevâncias daquele setor regulado.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> A base do raciocínio pode ser encontrada em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.

<sup>103</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro: v. 233, jul./set. 2003. p. 332-333.

<sup>104</sup> KLEIN, Aline Lícia. *O porto organizado como bem público e a delimitação de sua área*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Polígono, Arrendamento e Autorização, Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 400.

<sup>105</sup> “A regulação serve, pois, de elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. E o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica [...] O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve

Visando atentar às peculiaridades do setor, esses **subsistemas regulatórios** oferecem ferramentas normativas (e.g. princípios, normas e instrumentos jurídicos) para a resolução das problemáticas próprias do âmbito que visam regular: “*diferenciações entre esses ordenamentos setoriais são, pois, quase inerentes à lógica da moderna regulação estatal*”.<sup>106</sup>

Na síntese de Sérgio Guerra<sup>107</sup>, a assimetria regulatória se faz presente quando o Estado decide regular determinadas atividades sob diferentes graus de intervenção (v.g. forte, médio ou fraco). Embora os regulados participem do mesmo subsistema regulado, contudo, estarão submetidos à níveis díspares de regulação.

Na seara teórica da regulação responsiva, esse pressuposto se reveste ainda de maior importância, uma vez que é necessário o conhecimento, por parte do órgão regulador, acerca das particularidades das cadeias e das atividades em torno do setor regulado a fim de concretizar uma regulação eficiente e com boa qualidade.

Isso porque, como já destacado, premissa central da responsividade é a de que **as respostas regulatórias devem ser sensíveis à estrutura e às variáveis particulares do mercado em questão**, rechaçando o estabelecimento de soluções regulatórias universais (e.g. imposição de sanções) para todas as atividades reguladas e/ou para todos os atores do mercado, independentemente de seu porte, perfil ou comportamento por exemplo.

Ao revés, é preciso impor uma espécie de “**modulação regulatória**” que, no caso da regulação responsiva, será delineada assim: dentre outros fatores, as

---

*a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformados às necessidades e peculiaridades setoriais*”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 7, n. 28, out./dez. 2009.

<sup>106</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 182.

<sup>107</sup> GUERRA, Sérgio. Riscos. *Assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 93.

*respostas do Regulador deverão se adequar ao comportamento e às características dos agentes econômicos regulados.*

Ocorre que tal processo eventualmente gera ***assimetrias regulatórias*** – “previsões de regras diferenciadas para atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial”<sup>108</sup> –, que podem violar o princípio constitucional da isonomia, caso não apresentem justificativas razoáveis para a distinção ou não sigam as balizas legais e constitucionais estabelecidas para o setor, por exemplo<sup>109</sup>:

(...) dentro de um mesmo subsistema, podemos encontrar regras com incidências diversas, conforme diferentes características, seja da atividade exercida, seja do sujeito que a exerce. Nesses casos, há uma **modulação da regulação estatal, que acolhe os atores de um mesmo setor de forma diferenciada conforme o fator de *discrímen* especificado pela regulação, ensejando direitos e obrigações específicos.** Como consequência, **atores de um mesmo setor ou de uma mesma cadeia setorial podem estar sujeitos a regras diferenciadas, cada qual experimentando ônus diversos decorrentes da regulação estatal.** Tais distinções são referidas como ‘assimetrias regulatórias’ – expressão capaz de captar os mais variados tipos e formas de modulação regulatória que pode ser prevista para determinado setor”. (Grifos nossos).

Comumente, o debate em torno das assimetrias regulatórias se dá em relação à constatação de situações em que a Constituição autoriza a exploração de

---

<sup>108</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 177.

<sup>109</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 182.

uma atividade econômica, por meio de regimes jurídicos distintos, cada qual com regras específicas de atuação, tal como citado no caso das telecomunicações.<sup>110</sup>

No ordenamento jurídico pátrio, os serviços públicos são prestações e atividades de titularidade estatal. No entanto, para muitos, isso significa dizer que o “*Estado não abre mão de seu acompanhamento, regulação e fiscalização*”, até mesmo nas hipóteses de delegação à iniciativa privada. Isso, tendo em vista os elevados **interesses coletivos** envolvidos, bem como a **responsabilidade do Poder Público** em prol da população no atendimento desses interesses, na garantia da continuidade básica desses serviços e na fiscalização da qualidade do serviço prestado.<sup>111</sup>

Ocorre que essa noção, comumente conceituada pela literatura por meio do termo “*publicatio*”<sup>112</sup>, tem cedido espaço para a “*flexibilização da titularidade estatal*”<sup>113</sup> sobre determinadas atividades. É que, em alguns setores, a concorrência privada tem se mostrado mais eficiente e vantajosa que a manutenção de uma atividade como serviço público exclusivo.

Em face de vantagens comparativas de parcerias com a iniciativa privada, *locus* onde empresas não estatais exploram serviços e atividades econômicas antes sujeitas à exploração exclusiva do Estado, é possível observar a coexistência de regimes jurídicos profundamente fragmentados e muito mais complexos do que a noção de *publicatio* pode exprimir.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> LYON, Thomas; HUANG, Haizou. *Asymmetric Regulation and incentives for innovation*. Industrial and Corporate Change, v. 4, n. 4, 1995.

<sup>111</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 304.

<sup>112</sup> *Publicatio* é a noção de titularidade estatal das atividades concernentes a serviços de natureza pública, obrigando a aplicação de um regime jurídico especial. O conceito possui origens na concepção francesa de serviço público, adotada durante muito tempo pela doutrina e pela jurisprudência do país. Sobre o tema, vide MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. Uber, Whatsapp e Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

<sup>113</sup> BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, nº3, p. 1274.

<sup>114</sup> BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, nº3, p. 1274.

A Constituição se desenlaçou de um modelo binário, pelo qual entendia-se que atividades econômicas, englobadas pelo conceito de serviço público, ou seriam públicas ou seriam conceituadas como privadas.<sup>115</sup> Atualmente, pelo contrário, o que se observa é a incorporação de um tratamento jurídico especial e maleável: “*ora mais severo, ora mais brando, ora com peso maior de normas de direito público, ora com peso maior de normas de direito privado*”.<sup>116</sup>

Esse modelo de assimetria regulatória – especificamente atinente à constitucionalidade do tratamento assimétrico de diferentes regimes para um mesmo serviço – foi referendado pelo STF, na **Medida Cautelar da ADI nº 1.668**<sup>117</sup>, quanto à **prestação do regime de telecomunicações**. Como brevemente elucidado, no serviço de telefonia comutada, por exemplo, a atividade é prestada no regime de concessão, como serviço público. Já no serviço de telefonia móvel, a atividade é prestada por meio de autorizações, atividade privada outorgada pelo Poder Público ao particular.<sup>118</sup>

No entanto, Gustavo Binenbojm<sup>119</sup> bem expõe que essa modelagem regulatória assimétrica não está adstrita somente ao setor de telecomunicações. No âmbito da Energia Elétrica, por exemplo, a Lei nº 9.074/1995 “*inaugurou um regime de assimetria regulatória ao promover a quebra da cadeia do setor em geração, transmissão, distribuição e comercialização, passando a admitir regimes distintos de acordo com a particularidade da cadeia de produção de energia elétrica*”.

---

<sup>115</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O serviço público e suas crises*. Interesse Público, Belo Horizonte, ano 9, nº 46, nov./dez. 2007, p. 7; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 12, nº 46, abr./jun. 2014, p. 68.

<sup>116</sup> BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, nº3, p. 1274.

<sup>117</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 1668*. Rel. Min. Marco Aurélio, PLENÁRIO, julgado em 20/08/1998, DJe 31/08/1998.

<sup>118</sup> Cf. CÂMARA, Jacinto Arruda. As autorizações da Lei Geral das Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo. *RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, nº 3, jul./dez. 2007.

<sup>119</sup> BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, nº3, p. 1277.

Já no citado setor portuário, a Lei nº 12.815/2013 criou regimes de outorga distintos: de um lado, regime no qual o Poder Público outorga o serviço, mediante concessão ou arrendamento de bem público (art. 1º, §1º); outro, mediante autorização, no qual as empresas são regidas por disposições tipicamente privadas (art. 1º, §2º).

**No âmbito da aviação civil**, o setor de infraestrutura aeroportuária prevê assimetrias regulatórias na medida nele convivem “Modelos exploratórios e contratos de concessões diferentes – muito embora todos os aeroportos submetam-se às mesmas” políticas regulatórias.<sup>120</sup> Como ressaltam Floriano de Azevedo Marques Neto e Mariana Fontão Zago<sup>121</sup>:

“De fato, há os aeroportos explorados, por descentralização, pela Infraero, enquanto outros são explorados pelo setor privado, mediante concessão da infraestrutura aeroportuária. Já em relação aos aeroportos concedidos, os contratos de concessão foram prevendo, ao longo das diferentes rodadas de outorga, obrigações e direitos exploratórios diversos (e não apenas as adaptações inerentes ao próprio objeto, isto é, às peculiaridades do aeroporto em si).

A política pública setorial, contudo, é única para todos esses casos, e tem como uma de suas premissas a competição entre os aeroportos.”

Desse contexto da regulação relativa à infraestrutura aeroportuária, exsurtem questionamentos relevantes como: de que modo harmonizar o norte de

---

<sup>120</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 177.

<sup>121</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 177.

competição “entre os aeroportos com as diferentes regras que incidem, especificamente, sobre cada aeroporto?”, coexistindo ainda *assimetrias contratuais* específicas que incidem nos diferentes aeroportos.<sup>122</sup>

Especialmente a partir dos pressupostos elencados pela regulação responsiva, essas observações se fazem altamente relevantes. Partindo-se de tal perspectiva teórica, a regulação de serviços públicos, caso se queira cumprir com seus objetivos constitucionais, não pode esse prender à ideia de “*uma regulação única, infensa aos contextos sociais, políticos, econômicos e tecnológicos*”. Ao revés, nesses serviços, “*a variável a ser regulada (preço, entrada, quantidade, qualidade e informação)*” deverá se adequar à realidade subjacente.<sup>123</sup>

A despeito dessa referência usual, vale ressaltar que o conceito de assimetria regulatória incorpora uma premissa responsiva básica, de ordem mais genérica e ampla: **a possibilidade de que, mesmo no bojo da exploração de serviços públicos, “*graus de incidência regulatória diferenciados*”<sup>124</sup> sejam aplicados aos vários agentes envolvidos naquele mercado.**

Nesse diapasão, as assimetrias podem se estabelecer em razão de uma variedade de fatores, para além da hipótese relacionada à incidência de regimes jurídicos distintos, tais como: (i) as especificidades da própria atividade executada e (ii) as características detidas pelo prestador privado da atividade pública;<sup>125</sup> sendo essa última, sobretudo, notoriamente relevante para a consolidação de uma regulação de natureza responsiva.

Se, **por um lado**, é bem verdade que essas assimetrias se mostram importantes para a concretização de uma regulação técnica, eficiente e

---

<sup>122</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 178.

<sup>123</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. Uber, Whatsapp e Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016, p. 76.

<sup>124</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação dos serviços públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, 2002, p. 23.

<sup>125</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p. 183.

responsiva, tendo ainda o condão de fomentar a competição no mercado. **Por outro lado**, é igualmente verdade que elas não podem ser impostas de forma ilimitada, sem justificativas razoáveis para tanto.

Caso assim se dê, há o risco de patente afronta **(i) ao princípio da isonomia** (art. 5º, caput, da CRFB/88), tendo em vista o estabelecimento de distinção desarrazoada de atores e de atividades notavelmente equivalentes; e **(ii)** possivelmente, ao próprio **princípio da livre concorrência** (art. 170, IV, da CRFB/88), quando se concede por exemplo um benefício injustificável a certo ator específico, conseqüentemente, dando-lhe posição privilegiada no mercado frente aos seus concorrentes.

É o que se extrai do posicionamento do próprio STF, que, ao apreciar a constitucionalidade do Marco Regulatório da Televisão por Assinatura (Lei nº 12.485/2011), estabeleceu essa baliza. Para o Ministro Luiz Fux, relator do caso:

**“é juridicamente possível ao legislador ordinário fixar regimes distintos, desde que, em respeito ao princípio geral da igualdade (CRFB, art. 5º, caput), revele fundamento constitucional suficiente para a discriminação, bem como demonstre a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva”**.<sup>126</sup>

A lógica é a seguinte. A função reguladora do Estado é uma espécie de intervenção estatal na economia. Como tal, está adstrita a uma série de limitações como, por exemplo, as impostas pelo art. 37 da CRFB, que rege a atuação da Administração Pública, bem como aos liames da Constituição Econômica (*v.g.* arts. 170 a 181).<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4923*. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 08/11/2017, DJe 05-04-2018.

<sup>127</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.1, 2003, p. 77.

Mais especificamente, entretanto, as políticas regulatórias desenvolvidas e executadas pela Agência Reguladora devem estar em conformidade com **(i)** o marco setorial e, via de regra, também com **(ii)** as políticas públicas traçadas para o setor, no âmbito político-governamental<sup>128</sup>.

Em um regime democrático, a regra da atuação estatal é o tratamento isonômico de seus administrados. Porém, como já se demonstrou, isso não significa, invariavelmente, um tratamento uniforme de todos os regulados. Admite-se, pois, o estabelecimento de distinções necessárias para o alcance e viabilidade de outros valores e direitos.

Nada obstante, para tanto, torna-se imprescindível que se apresente uma **fundamentação clara e expressa das razões em torno da diferenciação**, pois somente com ela é que se pode auferir a legitimidade e compatibilidade da distinção frente ao ordenamento constitucional.<sup>129</sup>

No âmbito regulatório, essa justificação se centra em motivos técnicos, econômicos ou protetivos, tais como: o ganho de eficiência no setor; a promoção dos interesses dos usuários; a propagação de maior competitividade setorial; e assim em diante.

No entanto, tais motivações sempre devem vir em conjunto com a análise dos custos societários gerados para as empresas, na matriz de seu risco do negócio, para tentar minimizar o aparecimento de efeitos deletérios indesejados ao setor, que vulnerarem a própria livre iniciativa (art. 170, *caput*).<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Para Floriano, políticas Regulatórias são “*as opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado. A definição de políticas regulatórias envolve a ponderação a respeito da necessidade e da intesidade da intervenção. Envolve a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais*”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. *Agências Reguladoras Independentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 86.

<sup>129</sup> “*Governments should generate compelling justifications for establishing different regulatory regimes in view of the potential for such asymmetry to impact the marketplace attractiveness of one service via-à-vis others*”. FRIEDEN, Rob. Wither convergence: legal, regulatory, and trade opportunism in telecommunications. *Santa Clara Computer & High Tech Law Journal*, v. 18, 2002, p. 202.

<sup>130</sup> Vide WEISMANN, Dennis L. Default capacity tariffs: smoothing the transitional regulatory asymmetries in the telecommunications market. *Yale Law Journal on Regulation*, v. 5, 1998, p. 159.

**Conclui-se, portanto, pela compatibilidade dos pressupostos da regulação responsiva com o princípio da isonomia**, mormente no que diz respeito à criação de assimetrias regulatórias e do tratamento regulatório diferenciado dos atores regulados de acordo com seus comportamentos e motivações, bem como das particularidades do setor regulado.

Portanto, é legítimo o pressuposto da regulação responsiva que leva à implementação das assimetrias regulatórias, seja por meio de regimes jurídicos distintos ou de tratamentos regulatórios diferenciados (*v.g.* de acordo com a qualidade do serviço prestado pela empresa), não violando os ditames constitucionais acerca do princípio da isonomia.

No que diz respeito aos parâmetros para que ocorram, além das conclusões esposadas anteriormente pela doutrina sobre as balizas constitucionais para distinção compatível com o princípio da isonomia, existem **dois caminhos**<sup>131</sup> de fundamentação caso sejam geradas assimetrias regulatórias.

**No primeiro caminho**, a assimetria regulatória pode já estar prevista (e muitas vezes disciplinada) pelo próprio legislador, no **marco regulatório do setor**. Nesse cenário, o legislador, dentro do exercício de sua legitimidade democrática, já formaliza as escolhas e diretrizes gerais setoriais em meio aos interesses envolvidos.

**No segundo caminho**, caso ausente a previsão legal expressa quanto a essa possibilidade de distinção, o regulador deve observar **três balizas** gerais:

- (i) **A finalística** – em que a distinção deverá ser necessária para viabilizar o alcance de algum dos fins da política pública setorial ou de seu marco regulatório;
- (ii) **A de meio** – na qual a medida que instaurou a distinção deve ser estritamente necessária para a garantia do fim almejado;

---

<sup>131</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018, p.186.

- (iii) **A de forma** – pela qual a distinção deverá ser instaurada por parte do regulador, a partir de robusta e transparente fundamentação da medida.

## 2. OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA NO ÂMBITO DA ANAC

A transposição das práticas responsivas à realidade dos regulados depende da articulação em dois outros níveis: as leis e os atos normativos da autoridade aeronáutica. Afinal, essa postura mais dialógica e cooperativa da Administração Pública, nas relações com os particulares prestadores de serviços públicos delegados e de atividades privadas regulamentadas <sup>132</sup> representa uma mudança estrutural no perfil e na atuação do Estado Regulador brasileiro.

A partir da compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com a Constituição Federal de 1988 (Capítulo 1), agora é o momento de examinar esse arcabouço teórico com base em normas editadas pela ANAC.

Nesse diapasão, conjugando abordagens descritivas e prescritivas, o **Capítulo 2** deste trabalho pretende abordar o seguinte questionamento: os regulamentos da Agência Nacional de Aviação Civil possuem espaço e legitimidade para incorporar mecanismos de Regulação Responsiva?

Uma vez posto o marco teórico deste trabalho, o presente Capítulo avança rumo às previsões de ordem mais concreta. O raciocínio está segmentado, de acordo os seguintes “*momentos regulatórios*”: presente e futuro.

A **primeira parte** deste capítulo se ocupa em **descrever** o estado da arte do marco regulatório aplicável ao objeto de estudo deste trabalho, a Agência

---

<sup>132</sup> A categoria “atividade privada regulamentada” é estabelecida por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO. Trata-se de mais um nível na gradação entre **(a)** a atividade econômica em sentido estrito exercida em ambiente de livre concorrência e **(b)** o serviço público sob a prestação monopolista do Estado. Segundo define, “são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição a regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial” (ARAGÃO, 2013, p. 184). Vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Nacional de Aviação Civil (ANAC). A **segunda parte**, por sua vez, descreve e analisa o “Plano Estratégico ANAC 2020-2026”.

A **terceira parte** descreve e reflete sobre a Resolução ANAC nº 472/2018, destacando o seu caráter pioneiro em busca de uma regulação mais responsiva aplicada ao setor de aviação civil. Em igual sentido, conjuga-se essa reflexão com o teor da Resolução 599/2020, a qual também avançou no sentido de conferir maior responsividade à atividade regulatória da ANAC.

A **quarta** parte deste Capítulo 2 tem viés crítico, ao apontar situações em que as Resoluções já aplicadas pela ANAC podem ser mais responsivas e, por via de consequência, eficientes. Por fim, a **quinta parte** propõe os questionamentos centrais que guiarão o presente Relatório.

Em linhas gerais, portanto, o objetivo central deste Capítulo é justamente o de mapear as principais iniciativas regulamentares e diagnosticar suas compatibilidades e incompatibilidades com a teoria da regulação responsiva para, em seguida, antever possíveis questionamentos que possam pairar sobre a constitucionalidade das Resoluções mais recentes ou que possam surgir em oposição às iniciativas futuras.

## 2.1. O estado da arte da regulação sobre a Aviação Civil

Pesquisas sobre as experiências vivenciadas por outros ordenamentos jurídicos respaldam a tese que correlaciona o timing e a forma da Regulação, em função da abertura à inovação<sup>133</sup>. Essa “evolução” faz mais sentido quando

---

<sup>133</sup> Em diagnóstico semelhante, Sofia Ranchordas, pesquisadora vinculada à Yale Law School: “[T]he disconnection between timeliness of the introduction of products into the market and the enactment or review of the applicable rules can delay important innovations. Thus, it is important to adopt a regulatory framework that offers a proper pacing of regulations, that is, a pacing of regulations that is in line with the innovation process, allowing room for learning and revision of regulation as more information becomes available, but still reflects a responsible approach to innovation” Cf. RANCHORDÁS, Sofia. Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation. *In: Jurimetrics*, v. 55, n. 2, pp. 201–224, 2015, p. 204. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2544291>.

analisada à luz do nível ótimo de responsabilização em outros ramos do Direito.

Transpondo as conclusões de Shavell (2004)<sup>134</sup>, a regulação por “comando e controle” possui uma lógica semelhante à aplicação das sanções penais e à delimitação dos atos ilícitos para o escopo da responsabilidade civil<sup>135</sup><sup>136</sup>. Na esteira desse raciocínio, tradicionalmente, a efetividade do Direito Penal reside na vigilância e na imputação do *máximo* de condutas potencialmente criminosas até certo limite, representado pela persecução de comportamentos *permitidos*<sup>137</sup>.

Quando o Direito Regulatório espelha essa valoração, observam-se (i) a competência normativa voltada para a constante atualização do rol de condutas proibidas; (ii) a competência fiscalizatória suscitada por eventos e acontecimentos pontuais no *continuum* de prestação dos serviços; e (iii) a competência para a conformação das condutas calcada na aplicação de sanções administrativas. Não à toa, esses três pontos correspondem à regulação por comando e controle.

De plano, é possível pressupor que a Regulação tenha assumido estrutura similar à Persecução Penal, justamente porque o aparelhamento da Justiça Criminal surgiu muito antes na história dos povos. Haveria um certo respaldo histórico desse tratamento rígido, que doravante a própria realidade revelou incompatível com a regulação econômica.

Se o próprio Direito Penal moderno vem questionando o potencial dissuasivo da heterocomposição dos conflitos e das penas privativas de

---

<sup>134</sup> SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

<sup>135</sup> *The General Structure of the Law and its Optimality*. In: SHAVELL, op. cit., pp. 571-592.

<sup>136</sup> “Much behavior is controlled by several methods of legal intervention. For example, many harms are controlled both by tort law and safety regulation, and crimes resulting in harm are usually also torts. At the most general level of explanation, joint use of methods of legal intervention seems socially desirable, for we would expect that gaps in the effectiveness of one method of intervention would often usefully be filled by other methods of intervention” (SHAVELL, 2004, p. 589).

<sup>137</sup> Nesse sentido, cita-se o clássico BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. rev., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. “O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu” (BECCARIA, 1999 [1764], p. 52, grifos acrescidos).

liberdade<sup>138</sup>; *então*, com mais razão, essa configuração preponderantemente punitiva deve ser afastada da seara regulatória, em que os interesses em jogo são direitos disponíveis.

A abertura dos processos regulatórios de um ordenamento jurídico ao paradigma de fiscalização continuada e de aplicação flexível das medidas administrativas, cuja gravidade da intervenção seja proporcional ao desvio do comportamento, ilustra um estado de amadurecimento constitucional, legal e institucional. Por essa óptica, é de se celebrar que várias Agências Reguladoras brasileiras estão em fase de adaptação às premissas da teoria da Regulação Responsiva<sup>139</sup>.

Como se detalhará adiante, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) envida esforços para tornar suas relações com os *players* de mercado cada vez mais pautadas por estratégias de regulação responsiva.

## 2.2. As propostas do Plano Estratégico ANAC 2020-2026

A presente incursão sobre a Agenda Regulatória da ANAC começará “de trás para frente”. Explica-se. O ponto de partida é o **documento de intenções mais recente** que o órgão publicou. O olhar vai recair, primeiro, sobre onde a ANAC *pretende chegar*; para, depois, observar o que a Agência *já realizou*.

A justificativa para essa metodologia remete às dificuldades de qualquer pretensão político-jurídica de mudança paradigmática. As alterações substanciais levam tempo e implicam decisões de **priorização**. No âmbito da ANAC, os trabalhos para a implementação da regulação responsiva começaram no ano de 2018, foram priorizados no ano seguinte (2019) e estão atualmente abarcados pelo planejamento institucional de curto a médio prazo.

---

<sup>138</sup> Ver RAUPP, Mariana. *Por que é tão difícil reduzir o uso da prisão como pena? Obstáculos cognitivos na reforma penal de 1984*. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Máira Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Org.). *A Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 54-80.

<sup>139</sup> Pilar – Fiscalização e Sanções (p. 43). In: SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (SENACON); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD); ERNST & YOUNG GLOBAL LTDA. *Relatório Final Preliminar da Comissão Especial para Análise do Sistema Regulatório Brasileiro*. Brasília/DF, abril, 2021.

O atual ciclo de gestão da agência é norteado pelo Plano Estratégico 2020-2026<sup>140</sup>. Fala-se em “documento de intenções” porque o Plano enuncia as diretrizes gerais de atuação do órgão, em cinco eixos: “Sociedade”, “Regulados”, “Processos Internos”, “Aprendizado e Crescimento” e “Recursos”. Cada um desses eixos é materializado por Objetivos Estratégicos, cujo alcance é mensurável por meio de Indicadores<sup>141</sup>.

Os tópicos do eixo “Regulados” evidenciam que a regulação responsiva compõe a visão de futuro da ANAC<sup>142</sup>.

Confira-se o teor dos Objetivos Estratégicos de nº 4, 5 e 6:

---

<sup>140</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Anexo I, da Portaria nº 46, de 7 de janeiro. [Aprova o Plano Estratégico da ANAC para o período de 2020 a 2026]. Boletim de Pessoal e Serviço (BPS/ANAC), v. 15, n. 2, 10 jan. 2020. Plano Estratégico 2020-2026. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2020/2/anexo-i-plano-estrategico-2020-2026>. Acesso em 16 mai. 2021.

<sup>141</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Portaria nº 1.070, de 16 de abril de 2020. [Estabelece as metas estratégicas da ANAC para o período de 2020 a 2023, bem como define a periodicidade de envio dos resultados de indicadores e metas e as unidades responsáveis pela sua aferição]. Boletim de Pessoal e Serviço (BPS/ANAC), v. 15, n. 17, 24 abr. 2020. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/boletim-de-pessoal/2020/17/anexo-ii-pa2020-1070.pdf>.

<sup>142</sup> Cf. ANAC. *Plano Estratégico 2020-2026*, jan. /2021, pp. 22-23.

Tabela 1 - Objetivo Estratégicos

<p><b>OE4. Desenvolver a cultura de cooperação e a integração no setor.</b></p> <p>Indicadores:</p> <p>4.1. Nível de percepção da cooperação e integração do setor.</p> <p>4.2. Índice de conflito entre empresas aéreas e aeroportos.</p> <p>4.3. Índice de participação na Ação Nacional</p>	<p><b>OE5. Garantir a regulação efetiva para a aviação civil de forma a permitir a inovação e a competitividade.</b></p> <p>Indicadores:</p> <p>5.1. Índice de maturidade da qualidade regulatória.</p> <p>5.2. Percentual de execução da Agenda Regulatória.</p> <p>5.3. Tempo médio de processamento de processos administrativos sancionadores</p> <p>5.4. Índice de manutenção dos processos administrativos sancionadores</p>
<p><b>OE6. Fortalecer a gestão de riscos no sistema de aviação civil e a cultura de segurança.</b></p> <p>Indicadores:</p> <p>6.1. Percentual de cumprimento das metas do Plano de Supervisão da Segurança Operacional</p> <p>6.2. Nível de percepção da segurança</p> <p>6.3. Índice de conformidade dos operadores de aeródromo aos regulamentos de security</p>	

Fonte: Plano Estratégico 2020-2026.

Os Objetivos Estratégicos de nº 4, 5 e 6 e seus Indicadores consubstanciam a adoção de mecanismos responsivos em quatro searas. Tais aspectos podem ser listados:

(a) A harmonização dos regimes aplicáveis aos agentes prestadores de serviços aéreos e aos agentes detentores da infraestrutura aeroportuária – assimetria regulatória ínsita ao setor<sup>143</sup> (vide Indicadores 4.1 a 4.3);

---

<sup>143</sup> A respeito, leia-se o excerto retirado da Introdução da Política Nacional de Aviação Civil (PNAC): “Um dos propósitos da PNAC é, pois, caracterizar a importância do desenvolvimento e

- (b) A qualidade da regulação articulada (vide indicadores 5.1 e 5.2);
- (c) O combate às infrações (vide Indicadores 5.3 e 5.4); e
- (d) A exigibilidade dos padrões de segurança (vide Indicadores 6.1 a 6.3).

O diagnóstico comporta o cotejo com as informações publicadas pelo *hotsite* do “Projeto Prioritário Regulação Responsiva”, no portal da ANAC<sup>144</sup>. A página eletrônica veicula perguntas e respostas sobre os principais pontos dessa iniciativa de alinhamento (*questions and answers* – “Q&A”). Ante a pergunta “Quais são os produtos que o Projeto Prioritário Regulação Responsiva irá entregar?”, a resposta é enumerativa:

- Até dezembro de 2020: Diagnóstico da **fiscalização realizada pelas Superintendências finalísticas da ANAC**, com levantamento de informações detalhadas sobre as providências administrativas decorrentes de autuações e identificação do perfil da fiscalização da Agência.
- Até junho de 2021: Avaliação do nível de responsividade das normas finalísticas da ANAC.
- Até julho de 2022: Revisão de diretrizes normativas **relacionadas ao tema do projeto**, como as contidas na Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, que estabeleceu as **Diretrizes para a Qualidade Regulatória**; na Instrução Normativa nº 154, de 20 de março de 2020, que definiu diretrizes e procedimentos para o **processo regulatório e a melhoria continuada qualidade regulatória**; e na Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, que estabeleceu **as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização**; entre outras. Neste caso, a entrega inclui seis meses de fase de implementação.
- Até julho de 2022: Aprimoramento do modelo de dosimetria aplicado na ANAC. Neste caso, a entrega também inclui seis meses de fase de implementação.
- Realização de eventos e ações de capacitação (grifos acrescidos).

---

aumento da **disponibilidade de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária civis, com vistas a aumentar a oferta de serviços de transporte aéreo**” (grifos acrescidos). VIDE PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009. [Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências]. **Diário Oficial da União (DOU)**, 19 fev. 2009, p. 2.

<sup>144</sup> Projeto Prioritário Regulação Responsiva [recurso eletrônico]. **Portal da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC**, 5 nov. 2020. Disponível em <https://www.anac.gov.br/hotsites/regulacao-responsiva#produtos>. Acesso em 7 mai. 2021.

As etapas acima descortinam a divisão dos regulamentos entre as normas finalísticas e as normas procedimentais.

Por “normas finalísticas”, pressupõem-se os dispositivos editados e aplicados pela Agência para as suas “atividades-fim”, quais sejam, conceder e administrar outorgas, licenças, certificados e registros que autorizam a propriedade regular e a circulação de aeronaves, e a exploração de aeroportos e serviços aéreos públicos. Tudo isso em benefício dos administrados-parceiros.

Por seu turno, as “normas procedimentais” são o objeto da terceira etapa do Projeto Prioritário de Regulação Responsiva (conforme os grifos). Dizem respeito à elaboração dos atos normativos sob a competência da ANAC<sup>145</sup>, voltados à verificação da qualidade regulatória e à reação da autoridade diante dos indícios de infrações.

É possível visualizar a coincidência entre, *de um lado*, os indicadores sobre os resultados alcançados pela ANAC na chave ideal de interações com os regulados; e, *de outro lado*, a demanda de revisão dos procedimentos administrativos, instrumentalizados para as atribuições normativas, técnicas, fiscalizatórias e sancionadoras da referida autarquia.

Considerando essas quatro frentes de atuação, a disciplina que mais avançou é a sancionatória. Assim se entende porque a incorporação da regulação responsiva a essa seara foi prévia à formalização do Projeto Prioritário. A política mais abrangente foi instituída em 2019; ao passo que os vetores de responsividade na investigação e na dissuasão das infrações estão em vigor desde a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018<sup>146</sup> (doravante, “Resolução ANAC 472/2018”).

---

<sup>145</sup> A disciplina recente dos fluxos de trabalho desta autoridade está consolidada em AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Instrução Normativa nº 154, de 20 de março de 2020. **Boletim de Pessoal e Serviços (BPS/ANAC)**, nº 12, seção 1, 24 mar. 2020. Disponível em [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020/@@display-file/arquivo\\_norma/IN2020-0154%20-%20Retificado.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020/@@display-file/arquivo_norma/IN2020-0154%20-%20Retificado.pdf).

<sup>146</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC]. *Diário Oficial da União (DOU)*, Seção 1, 7 jun. 2018, p. 74. Disponível

A Resolução ANAC 472/2018 será endereçada no tópico seguinte. Desde já, cumpre reconhecer que qualquer remodelação sobre a expressão do poder sancionador há de repercutir sobremaneira nos parâmetros de fiscalização.

### **2.3. O primeiro passo: a Resolução ANAC 472/2018. Responsividade nas competências de fiscalização e de promoção à conformidade de condutas**

Uma anotação metodológica: esta Resolução recebeu a qualificação de *pioneira* não porque é, indubitavelmente, a primeira normativa do fenômeno estudado; mas, sim, por sua vocação de norma geral a um dos pilares da autoridade aeronáutica. Sob a perspectiva da priorização institucional, faz sentido que as alterações tenham começado pela competência sancionatória, eis que ela promove as maiores restrições à liberdade empresarial e os maiores ônus ao patrimônio dos agentes prestadores.

A Resolução ANAC 472/2018 regulamenta as relações da autoridade aeronáutica com as empresas e os sujeitos que operam a cadeia de infraestrutura e serviços, **exceto** as concessionárias e autorizatárias contratadas para a gestão da infraestrutura aeroportuária.

A norma está construída em torno de três espécies de providências administrativas – preventivas, sancionadoras e acautelatórias. O fio condutor para descrever essas medidas não será a ordem numérica dos dispositivos. Opta-se pela sistematização das regras de acordo com o momento de incidência, se **antes, durante** ou **após** o Processo Administrativo Sancionador (PAS).

Como o próprio *nomen iuris* adianta, as providências administrativas **preventivas** são aplicadas antes da instauração de Processo Administrativo Sancionador sobre o fato pelo próprio fiscal que apura a desconformidade. A definição dessa categoria, que contém duas espécies, ressalta que não se trata de

---

em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>.

sanção (i.e., de sanção administrativa típica) e que a finalidade é restabelecer o cumprimento das condições violadas, de forma célere e eficaz<sup>147</sup>.

A primeira espécie de providência preventiva é o Aviso de Condição Irregular – **ACI**. O ACI é cabível perante “infração de baixo impacto ou que **não afete a segurança** das operações aéreas”. Consiste na notificação formal ao administrado, acompanhada da descrição do comportamento identificado<sup>148</sup>.

A segunda espécie de providência preventiva é a Solicitação de Reparação de Condição Irregular – **SRCI**. O dispositivo que regulamenta a SRCI **nada diz sobre as condutas-objeto de interpelação**, apenas associa o cabimento à necessidade de correção em tempo certo<sup>149</sup>. A quantidade exata de prazo pode estar inscrita no ato administrativo da SRCI.

Caso contrário, corre o prazo de 60 dias úteis<sup>150</sup> para o administrado apresentar o seu **Plano de Ações Corretivas – PAC**. Na data da devolutiva sobre o PAC, inicia-se a contagem de mais 60 dias para que a agência se manifeste acerca do compromisso. Transcorrido o prazo *in albis*, presume-se o aceite<sup>151</sup>.

Adverte-se, ainda, que a inobservância do prazo imposto na SRCI ou do prazo assumido no PAC será repreendida por *outras* providências administrativas<sup>152</sup>. No mínimo, espera-se que o descumprimento de prazo culmine na instauração de Processo Administrativo Sancionador (PAS).

O liame entre o descumprimento do ato administrativo de SCRI ou do PAC e a posterior aplicação de medidas restritivas à exploração da atividade é hipotético. **O cabimento da SRCI não é bem delimitado pela Resolução**. As situações sujeitas à correção imediata (via SRCI) ou à assunção de compromisso de conformação (via PAC) **não** estão claras.

---

<sup>147</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 5º.

<sup>148</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 6º e 7º.

<sup>149</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 8º, §2º.

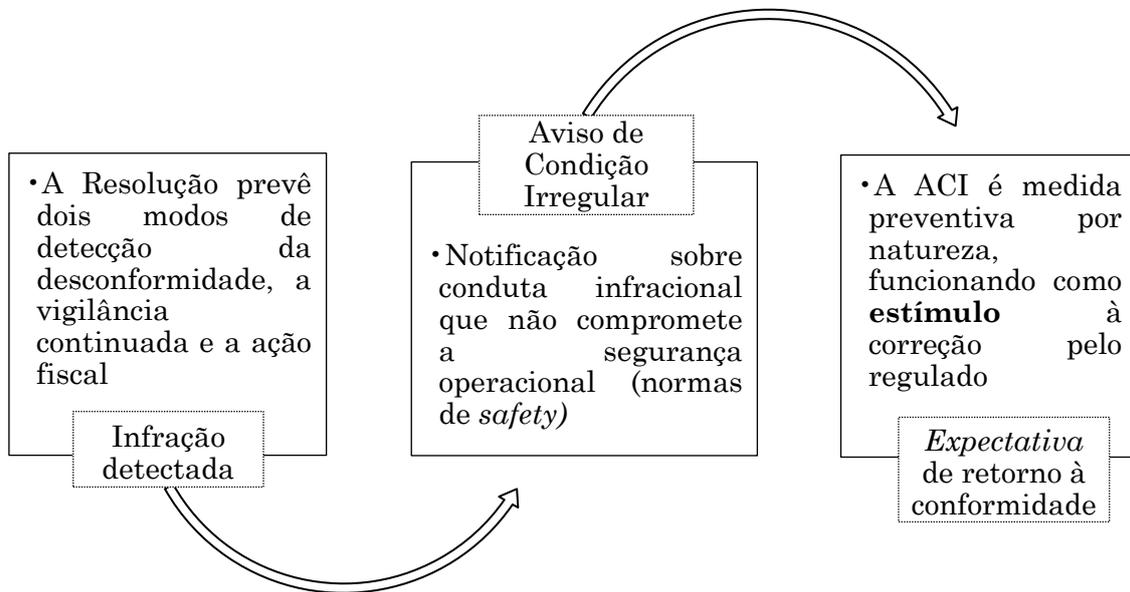
<sup>150</sup> Todos os prazos da Resolução ANAC 472/2018 contabilizam os dias úteis, na forma do art. 21, parágrafo único desse diploma.

<sup>151</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 8º, §3º.

<sup>152</sup> “§4º. O regulado deverá comprovar à ANAC a correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no PAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas”.

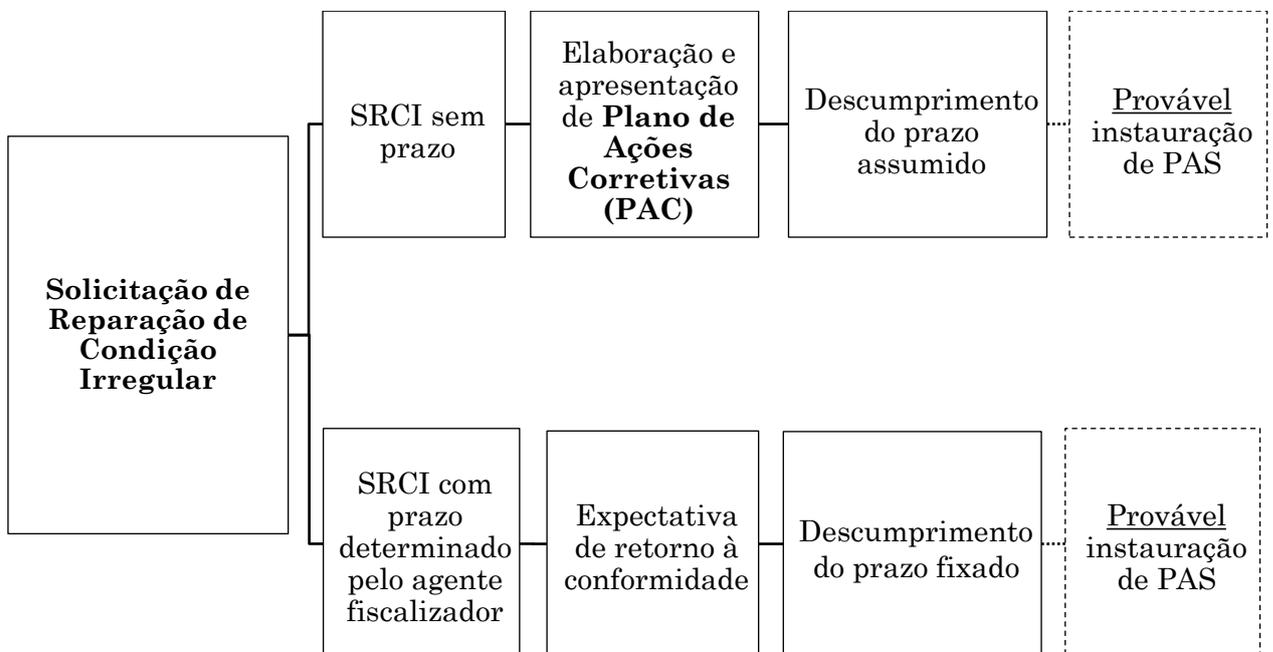
As figuras a seguir representam os fluxos processuais possíveis, a partir da aplicação de providências administrativas preventivas.

Figura 3 - Fluxo processual do Aviso de Condição Irregular (ACI)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 5º, 6º, I; e 7º. Elaboração própria.

Figura 4 - Fluxo processual da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI)



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 8º. Elaboração própria.

As providências administrativas acautelatórias também são cabíveis em momento **anterior** à condução de Processo Administrativo Sancionador (PAS).

No escopo da norma regulatória, as características comuns a todas as providências acautelatórias são (i) a resposta imediata a um cenário de riscos quanto à segurança do voo, à integridade dos passageiros e à ordem pública<sup>153</sup>; (ii) a concessão *inaudita altera pars*<sup>154</sup>; (iii) a autoexecutoriedade<sup>155</sup>; e (iv) a revogação ou mediante medidas mitigadoras e corretivas, ou mediante adesão a Termo de Cessação de Conduta (TCC)<sup>156</sup>.

Três providências acautelatórias da Resolução ANAC 472/2018 – a detenção, a interdição e a apreensão, esta última cabível para aeronaves e para títulos habilitatórios – encontram-se previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (“CBA”, Lei 7.565/1986)<sup>157</sup>. Importa estabelecer essa correspondência porque as providências preventivas **não** estão respaldadas por essa legislação de regência (*nem* o ACI *nem* a SRCD).

A detenção é a ordem de paralisação da aeronave, com fundamento em supostas irregularidades daquele voo. Cabe para averiguar desde a inobservância de regras operacionais, até a suspeita de carga proibida. A temporariedade se sobressai, eis que a detenção se limita à fiscalização e pode ou não ensejar medidas mais interventivas<sup>158</sup>.

A interdição é a proibição à circulação da aeronave, por ordem judicial e mediante requisição das autoridades aduaneira, policial ou sanitária<sup>159</sup>. É a medida acautelatória oponível em casos de suspeita de práticas infracionais no

---

<sup>153</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, *caput*.

<sup>154</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, §2º.

<sup>155</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 57, §4º

<sup>156</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 74 a 75. A norma regulatória ressignifica o art. 310 do CBA, segundo o qual “[S]atisfeitas as exigências legais, a aeronave detida, interditada ou apreendida será imediatamente liberada”.

<sup>157</sup> BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. [Dispõe sobre o Código Brasileiro De Aeronáutica]. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 1986, p. 19.567. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm).

<sup>158</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 289, IV *c/c* arts. 303 e 304. Resolução ANAC 472/2018, arts. 63 a 65.

<sup>159</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 289, IV *c/c* art. 305 a 307.

uso de aeronaves, na conduta dos pilotos, na prestação dos serviços aéreos e na fabricação das aeronaves<sup>160</sup>. O prazo legal máximo da interdição é de 15 dias<sup>161</sup>.

Já a apreensão impõe que a aeronave permaneça estacionada, inclusive em local diverso das instalações da empresa que a detém ou que a utiliza, afetando a relação de posse. Usualmente, o escalonamento para tal medida, mais grave, decorre da ineficácia da detenção ou da interdição prévia<sup>162</sup>. A apreensão *lato sensu*, quer dizer, a retenção de bem de propriedade de outrem, estende-se à posse de títulos habilitatórios, de peças aeronáuticas e de cargas<sup>163</sup>. O prazo legal máximo de guarda e depósito de aeronaves apreendidas pela ANAC é de dois anos<sup>164</sup>.

Logo, a Resolução de 2018 inovou em apenas uma medida acautelatória. Criou a figura da suspensão cautelar, que pode ser parcial ou total. A suspensão cautelar pode **(a)** restringir a eficácia de atestados de regularidade ou **(b)** impedir a execução do instrumento de delegação<sup>165</sup>. A fim de ilustrar como a suspensão cautelar pode ser parcial e ter como objeto o conjunto das operações delegadas, o art. 57, §1º, da Resolução ANAC 472/2018 esclarece:

“§1º. Enquadram-se como suspensão cautelar parcial, entre outras medidas:

I – proibição de aumento de frequências das operações de aeronaves em aeródromos públicos;

II – redução de frequências das operações de aeronaves em aeródromos públicos, a partir das operações da aeronave crítica; e

III – redução de escopo na certificação de operadores aéreos e organizações de manutenção”.

---

<sup>160</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 305, I, comentado: “Art. 305. A aeronave pode ser interdita:

I - nos casos do artigo 302, I, alíneas ‘a’ até ‘n’ [**infrações no uso de aeronaves**]; II, alíneas ‘c’, ‘d’, ‘g’ e ‘j’ [**infrações imputáveis aos pilotos**]; III, alíneas ‘a’, ‘e’, ‘f’ e ‘g’ [**infrações das empresas prestadoras de serviços aéreos**]; e V, alíneas ‘a’ até ‘e’ [**infrações na fabricação da aeronave**]”

<sup>161</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 307.

<sup>162</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, arts. 308 e 309. Resolução ANAC 472/2018, art. 68.

<sup>163</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 69 a 71.

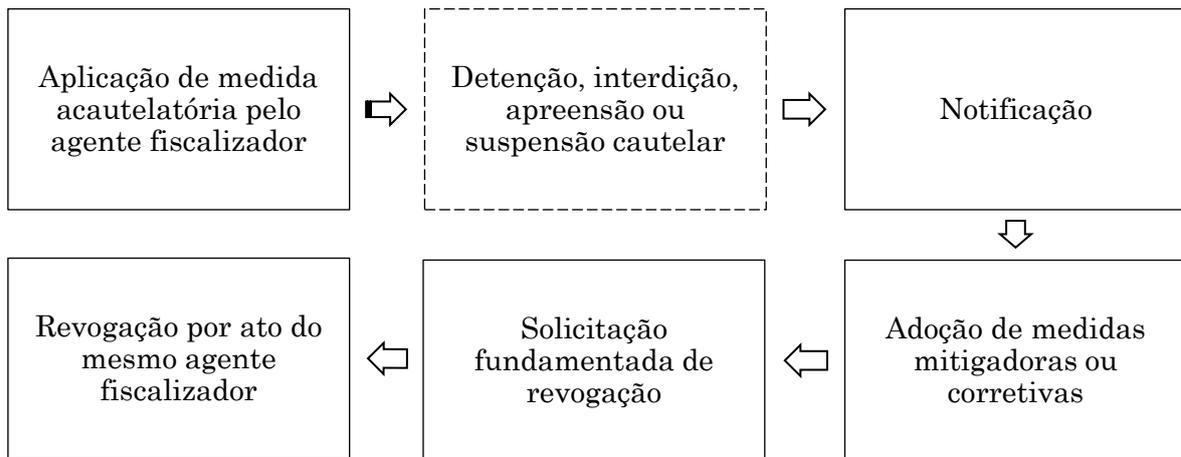
<sup>164</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 314.

<sup>165</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 73.

Depreende-se que a suspensão cautelar parcial da exploração intervém no esquema e/ou no volume operacional das prestadoras de serviços, em caráter restritivo da liberdade econômica.

A seguir, a figura ilustra o *fluxo processual* observado com as providências acautelatórias.

**Figura 5 - Fluxo processual de aplicação de medida acautelatória com conformidade retomada a partir de medidas mitigadoras ou corretivas**



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 57, 58, 74 e 75. Elaboração própria.

No fluxo acima, a medida cautelar atendeu a sua finalidade precípua: gerar a mobilização do agente de conduta desviante **sem** a condução de PAS, que é onerosa para o regulador e para regulado.

Não obstante a tímida mudança sobre os **tipos** de providências cautelares, a Resolução ANAC 472/2018 inovou quanto às exigências para que tais restrições sejam revogadas. A novidade é a exigência de celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC)<sup>166</sup>, mesmo o compreendendo com uma evolução/especialização do TAC.

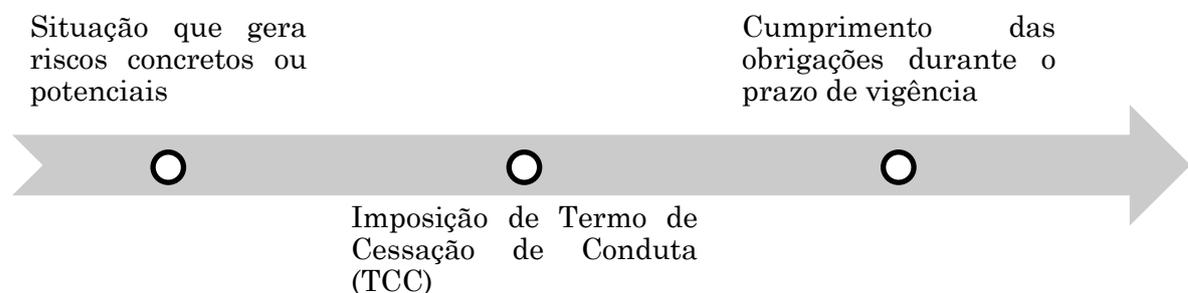
O Termo de Cessação de Conduta será requisitado **quando a ANAC atestar a insuficiência** das medidas corretivas ou mitigadoras – seja pela dificuldade de aferir a mudança no comportamento do regulado, seja pela

<sup>166</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 61 e 62.

inaptidão de medidas isoladas para restabelecer o nível de segurança<sup>167</sup>. Agentes em diferentes segmentos da cadeia da Aviação Civil podem ser signatários do TCC, a exemplo das operadoras de serviços aéreos, dos proprietários e dos utentes de aeronaves, e dos pilotos.

Impende reconhecer que o TCC possui natureza híbrida, representando (i) medida cautelar e consensual e (ii) referência para o direcionamento das competências fiscalizatórias e sancionatórias em relação ao signatário durante dois anos<sup>168</sup>.

**Figura 6 - Fluxo processual do regular cumprimento de Termo de Cessação de Conduta (TCC)**



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*, e art. 62, *caput*. Elaboração própria.

Como visto, a celebração de Termo de Cessação de Conduta (TCC) é uma das apostas desta Resolução, em prol de soluções menos dispendiosas e burocráticas do que a condução de procedimentos sancionadores.

O arranjo normativo do Termo caracteriza-o como **instrumento de fiscalização regulatória episódica**, é dizer, como parâmetro para verificações periódicas e globais de conformidade. Contrapõe-se, portanto, à **fiscalização ostensiva e constante**, ainda presa no pressuposto de Regulador e regulado são inevariavelmente adversários, cujos resultados de geração de conformidade estão aquém dos recursos despendidos.

<sup>167</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*.

<sup>168</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 61, §1º, *verbis*: “§1º. O TCC deverá conter expressamente o compromisso de cessar e não repetir a infração identificada por agente da ANAC em atividade de fiscalização.”

Essa unidade temporal e objetiva – *in casu*, de dois anos e em face de uma conduta ilegítima ou infracional delimitada – beneficia a Agência, à medida que **racionaliza** o emprego de recursos na competência fiscalizatória, e beneficia o *player* (empresa ou profissional habilitado), ao estabelecer contornos mais claros para as ações corretivas.

Conforme bem observam Marcio Iorio Aranha e Othon Lopes de Azevedo, “*uma fiscalização concentrada em padrões de comportamento indesejados é mais eficaz do que uma fiscalização apoiada em cumprimento horizontal e contínuo de toda a regulamentação*”<sup>169</sup>.

Dois anos é o prazo de vigência do TCC, período em que a prática de qualquer das irregularidades abarcadas pelo acordo é considerada infração agravada por reincidência. Nessa configuração, o descumprimento do TCC é *gatilho* para a instauração de Processo Administrativo Sancionador, inclusive com respaldo para a gravosa sanção de suspensão ou de cassação, isolada ou cumulada à multa<sup>170</sup>.

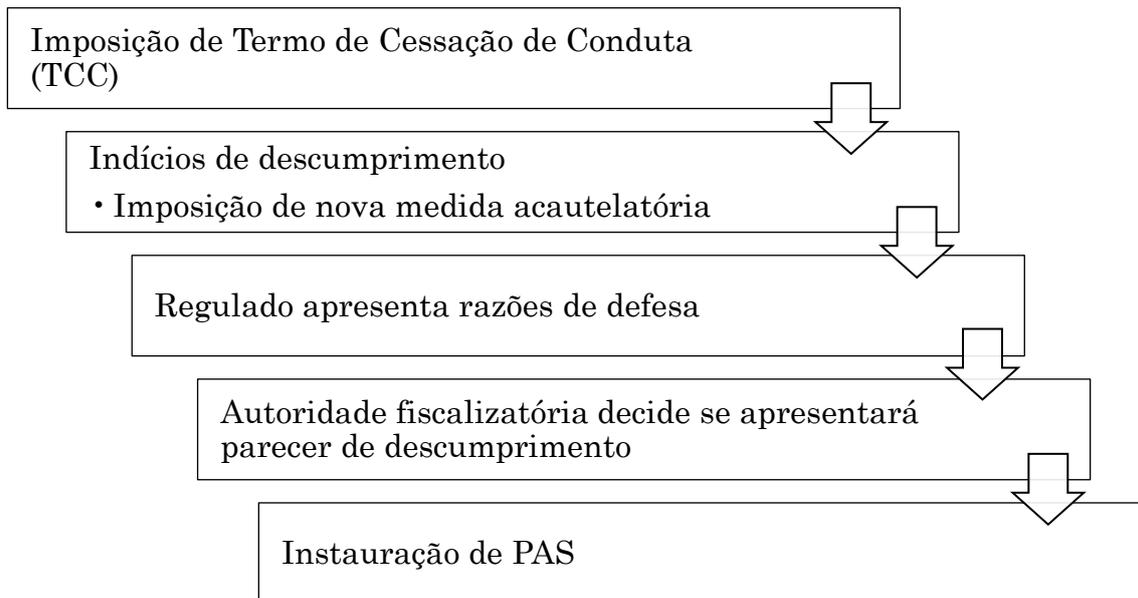
Ilustra-se, a seguir, o fluxo processual ocasionado pelo insucesso dessa via contratual.

---

<sup>169</sup> Vide ARANHA, Marcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. **Estudo sobre teorias jurídicas da regulação apoiadas em incentivos**. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações (CCOM), Brasília, 2019, p. 214.

<sup>170</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 62, *caput c/c* §2º.

Figura 7 - Fluxo processual de celebração do TCC, ante o posterior descumprimento



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, art. 61, *caput*, e art. 62, *caput*. Elaboração própria.

Essa etapa prévia à instauração do Processo Administrativo Sancionador se assemelha à prestação de contas entre o particular e o agente fiscalizador. Chama atenção a abertura do prazo de vinte dias para que o investigado possa exercer a ampla defesa em relação ao TCC. Extraem-se dois desdobramentos interpretativos. O primeiro desdobramento é a importância das garantias processuais nessa forma não-litigiosa de conformação; e o segundo é a gravidade atribuída ao descumprimento do TCC, descortinando a provável imposição das sanções restritivas aos direitos de exploração.

Até este ponto, tratou-se das providências cabíveis **antes** da instauração do multicitado Processo Administrativo Sancionador (PAS). Adiante, o enfoque recairá sobre as regras de tramitação (“**durante**”) e sobre os resultados da expressão do poder punitivo da Agência (“**pós**”). Essa linha de raciocínio é coerente com a essência da postura responsiva do Estado Regulador, no que tange à sensibilidade sobre *como* e *quando* recorrer às sanções administrativas típicas.

Aliás, a qualificação “típica” é empregada na sua acepção mais técnica, para se referir às penalidades previstas em lei em sentido estrito<sup>171</sup>. No Capítulo 3, a sistemática da Lei 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica, será detalhada. Por ora, basta fixar que a Resolução ANAC 472/2018 **não inovou** quanto às providências administrativas sancionadoras, mantendo-se fiel aos limites da competência normativa secundária<sup>172</sup>.

Dessa feita, a Agência Nacional de Aviação Civil observou o princípio constitucional de máxima importância, a legalidade oponível aos particulares (CF/88, art. 5º, incisos II e XXXIX<sup>173</sup>). Os esforços normativos empreendidos pela Resolução na etapa pré-processo sancionador se legitimam, pois **não se confundem com os efeitos das restrições definitivas à liberdade empresarial ou profissional nem atentam definitivamente contra o patrimônio dos acusados**.

O rol de providências administrativas sancionadoras é taxativo, localiza-se no art. 9º da Resolução ANAC 472/2018 e coincide com o art. 289, incisos I a III,

---

<sup>171</sup> O referencial é BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. [Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal]. **Diário Oficial da União**, 1º fev. 1999, p. 1. Lei 9.784/1999, art. 68: “Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão **natureza pecuniária** ou consistirão **em obrigação de fazer ou de não fazer**, assegurado sempre o direito de defesa”.

<sup>172</sup> Acerca da natureza e dos limites do poder normativo das Agências Reguladoras, as lições de Alexandre Santos de Aragão são sempre bem-vindas. Os excertos seguintes são centrais para a compreensão do raciocínio aqui proposto. “São as Leis (*verbi gratia*, art. 25, §3º, Lei nº 8.987/95) e as normas delas oriundas (inclusive as expedidas pela própria agência) que, **dentro do amplo espectro regulatório que o Poder Público possui, fixam os marcos, menos ou mais amplos, em que o poder regulatório se desenvolverá**, razão pela qual o órgão regulador não pode praticar atos concretos sem base normativa específica e adequada. Se uma competência não foi expressamente conferida por lei, nem com base nela, pelos regulamentos, pelo edital da licitação ou pelo contrato, o órgão não a tem” (ARAGÃO, 2013, p. 420). “A margem de normatização da Agência é, no entanto, menor nos casos em que a própria Lei houver predeterminado os meios (leia-se, as normas e cláusulas) dos quais deverá valer-se para atendimento dos objetivos nela fixados” (ARAGÃO, 2013, p. 425). Ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>173</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, incisos II e XXXIX: “Art. 5º. (*omissis*)

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

do CBA. **Após** a regular condução do PAS, os órgãos julgadores de primeira e de segunda instância e a Diretoria da agência podem aplicar ou confirmar as sanções de multa<sup>174</sup>; e/ou de suspensão ou cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações. As duas espécies de medidas restritivas podem obstar desde a fruição dos títulos habilitatórios por intervalo de tempo determinar (sanção de suspensão), até obstar a continuidade do vínculo de delegação (sanção de cassação)<sup>175</sup>.

Confira-se a tabela abaixo, que dispõe os parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução em foco:

**Tabela 2 - Parâmetros de dosimetria do art. 36 da Resolução**

<b>Atenuantes (art. 36, §1º)</b>	<b>Agravantes (art. 36, §§2º e 4º)</b>
Reconhecimento da prática da infração	Reincidência, que retroage aos dois anos anteriores à data de cometimento da infração
Adoção de providências eficazes para cessar ou amenizar as consequências da infração a qualquer momento <b>até</b> a decisão em primeira instância	Recusa em adotar medidas de reparação dos danos
	Obtenção de vantagem, para si ou para outrem, com a infração
Ausência de imposição definitiva de providência administrativa <b>sancionatória</b> nos doze meses antecedentes à data de cometimento da infração	Risco para a segurança de voo ou para a integridade das pessoas transportadas
	Destruição de bens públicos

Fonte: Elaboração própria.

Quanto ao tempo certo de cumprimento da pena de suspensão – que não se confunde com a providência de **suspensão cautelar, total ou parcial** –, o

<sup>174</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 34.

<sup>175</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 35.

art.37 da Resolução ANAC 472/2018 fornece critérios objetivos. A pena-base é de 60 dias; cada circunstância atenuante<sup>176</sup> reduz 20 dias, até o mínimo de 20 dias (i.e., aplicação de 2 atenuantes); e cada circunstância agravante<sup>177</sup> acresce 20 dias, até o máximo de 180 dias (i.e., aplicação de 6 agravantes). Patente, portanto, a desproporção entre a redução por aspectos positivos e a exasperação por aspectos negativos da conduta global do infrator.

A multa, por seu turno, é o *standard* de penalidade do sistema, pois se admite a sua cumulação com as demais providências. Consoante disciplinam os artigos 53 a 56 da Resolução, o prazo para adimplemento da multa é de trinta dias após o trânsito em julgado administrativo. Transcorridos setenta e cinco dias, contados a partir da mesma data, a ANAC está autorizada a inscrever o infrator no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (CADIN).

Feitas breves considerações sobre as providências sancionadoras da Resolução, às quais se aplicam as características desses institutos conforme o processo administrativo geral (cf. Lei 9.784/1999) e setorial (cf. Lei 7.565/1986<sup>178</sup>), procede-se à exposição acerca do Processo Administrativo Sancionador (PAS), desenhado pela ANAC nesse contexto introdutório dos vetores de *responsividade*.

De início, o art. 11 da Resolução ANAC 472/2018 merece ser reproduzido:

“Art. 11. Constatada **infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória**, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS” (grifos acrescidos).

O teor desse dispositivo gera um *incômodo*, uma *inquietação* ao intérprete que o analisa sob a lente da Regulação Responsiva. Ainda mais, quando se verifica o alinhamento da norma ao art. 291 do Código Brasileiro de Aeronáutica,

---

<sup>176</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 36, §1º.

<sup>177</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 36, §2º.

<sup>178</sup> Código Brasileiro de Aeronáutica, arts. 289 a 298.

reforçando a ostensividade e a ininterruptividade da vigilância e da punição, *verbis*:

“Art. 291. **Toda vez que se verifique** a ocorrência de infração prevista neste Código ou na legislação complementar, a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto, remetendo-o à autoridade ou ao órgão competente para a apuração, julgamento ou **providência administrativa cabível**” (grifos acrescidos).

Por mais que a arquitetura normativa do poder sancionatório *induza* os servidores da autoridade aeronáutica a se valerem, inicialmente, do Aviso de Condição Irregular (ACI) **ou** da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) **ou** de providência acautelatória que viabilize a adesão a Termo de Cessação de Conduta (TCC); todas essas **alternativas** ao sabidamente oneroso e moroso processo administrativo podem ser afastadas pela justificativa do auto de infração.

Tomando por contexto a cultura jurídica brasileira arraigada na crença sobre a efetividade da sanção, paira dúvida razoável acerca da probabilidade de um auto de infração ser reputado nulo em razão da deficiência de fundamentação quanto à necessidade de, no **caso concreto**, adotar-se o PAS como a primeira providência para a conformação de condutas.

Em outras palavras, **a redação aberta do art. 11 é poderoso artifício para o contorno às tentativas prévias – e menos gravosas – de soluções de caráter preventivo (ACI e SRCI) ou consensual (PAC e TCC)**. Reitera-se que essa suposição não se concretizaria com frequência, caso a instituição fomenta a cultura de aderência aos novos institutos.

Incumbe ressaltar a orientação da Resolução ANAC 472/2018 no sentido de processar duas ou mais condutas **conexas** a partir da mesma autuação. Essa medida, à primeira vista simples, milita a favor da economia processual, com a racionalização dos custos da instrução probatória. Em sentido convergente, faculta-se o julgamento conexo de dois ou mais processos, tramitando em autos apartados, para conferir maior uniformidade à jurisprudência administrativa.

Ao que o texto indica, a **autuação conjunta** diz respeito à investigação simultânea de múltiplas condutas de **natureza distinta**, praticadas por um mesmo regulado<sup>179</sup>. Já o **julgamento conjunto** estaria relacionado à reunião de múltiplos PAS com **partes autuadas distintas**, cuja conexão é objetiva – a prática da mesma infração, com ou sem vínculo de coautoria<sup>180</sup>. Ambas as figuras não se confundem com outra novidade da Resolução, a **infração administrativa de natureza continuada**.

A infração administrativa de natureza continuada, embora o *nomen iuris* pareça sugerir, **não** está diretamente ligada à proposta da Regulação Responsiva de releitura das atribuições fiscalizatórias do Estado. Ou seja, **não materializa** a ideia de que as sanções devem reprimir os comportamentos globais do ator privado.

Ao invés disso, a infração administrativa de natureza continuada é uma forma especial de dosimetria da pena quando as infrações autuadas possuem natureza e autoria idênticas, diferindo-se pela data de cometimento<sup>181</sup>. Guarda similaridade, portanto, com o crime continuado do Direito Penal, em que múltiplos delitos são processados como um só com as devidas repercussões na reprimenda, por razões de política criminal.

No contexto do setor aeronáutico, presume-se que a razão de ser dessa norma reside na simplificação procedimental e na menor onerosidade ao patrimônio do acusado. O parágrafo único do art. 37-A se destaca, à medida que reforça a responsividade, afastando esse benefício “quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie **violação**, pelo agente infrator, **ao dever de lealdade e boa-fé** que rege as relações entre administrado e Administração”.

Ademais, a leitura transversal da Resolução ANAC 472/2018 leva à seguinte constatação: uma vez lavrado o auto de infração, o particular não está mais acobertado por alternativas negociadas de retorno à conformidade<sup>182</sup>. Da

---

<sup>179</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 17.

<sup>180</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 13.

<sup>181</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 37-A e 37-B.

<sup>182</sup> Resolução ANAC 472/2018, arts. 25 a 27.

autuação em diante resta-lhe exercer o contraditório e a ampla defesa, para lograr a improcedência do pedido, seja por nulidade do auto, seja por ausência de materialidade<sup>183</sup>.

Entretanto, a indisponibilidade desses mecanismos de estímulo à correção voluntária de irregularidade **durante** o PAS é, em parte, *substituída* pelo instituto do **requerimento de arbitramento sumário de multa**. Essa opção facultada ao acusado consiste na assunção de responsabilidade (materialidade e autoria) em face das infrações investigadas, até o julgamento de primeira instância. Em contrapartida, a sanção aplicável se torna vinculada, limitada ao máximo de 50% da penalidade pecuniária prevista em abstrato para a conduta<sup>184</sup>.

Diz-se que o arbitramento sumário de multa substitui em parte os arranjos indutivos e negociais entre a Administração e o administrado, porque permite o controle dos custos de litigância. A ANAC se beneficia com o encerramento prematuro da causa e com a **renúncia expressa do direito a recurso**; e o sujeito reduz o prejuízo potencial à metade, além de afastar o risco de cominação das sanções de suspensão ou cassação.

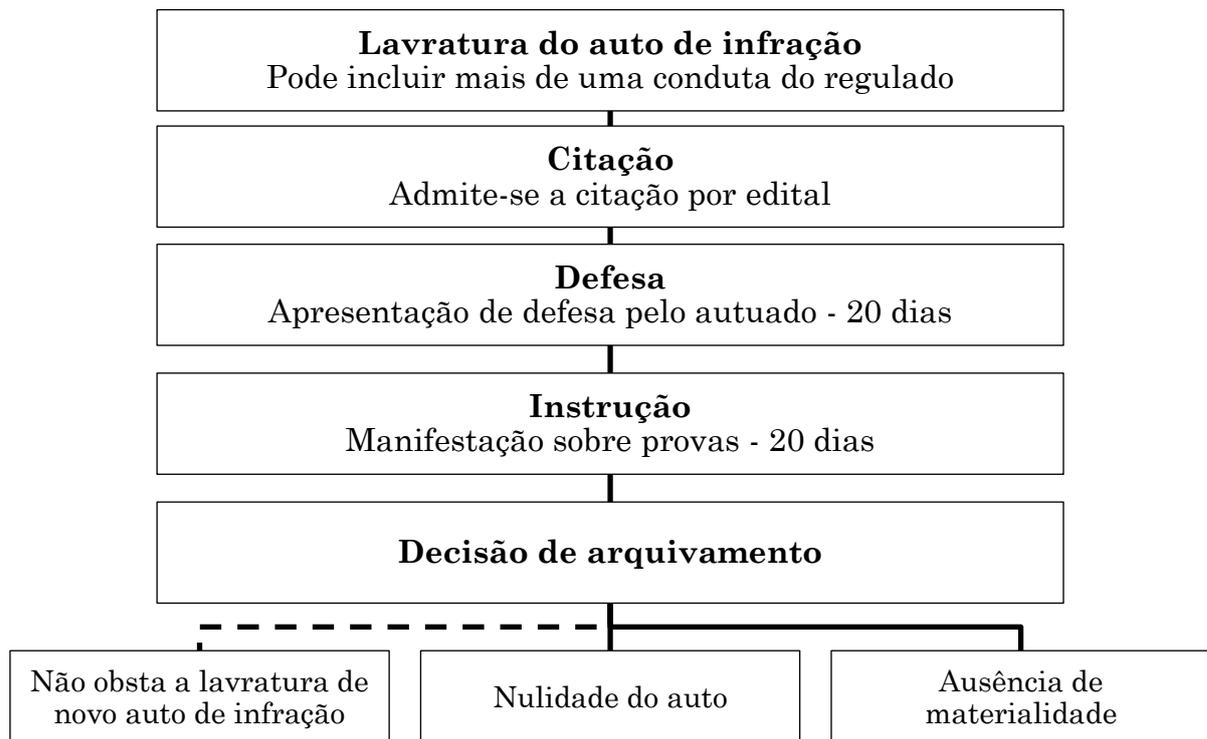
As figuras a seguir sintetizam os possíveis *fluxos processuais* do PAS.

---

<sup>183</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 33, *caput*, incisos I e II.

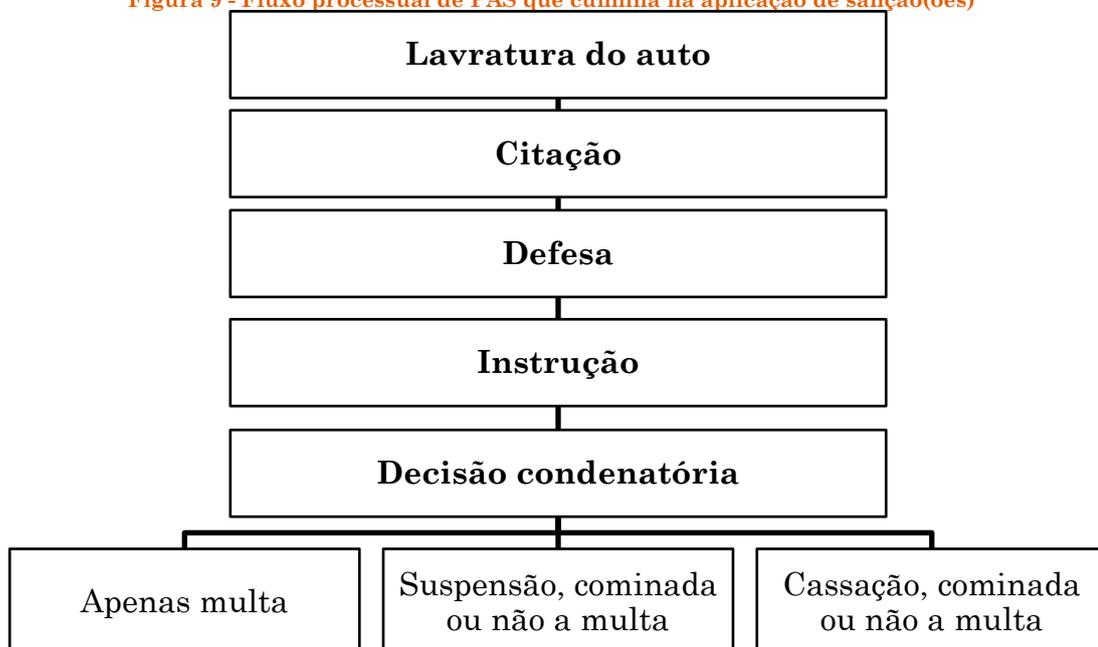
<sup>184</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 28.

**Figura 8 - Fluxo processual do PAS que culmina em arquivamento**



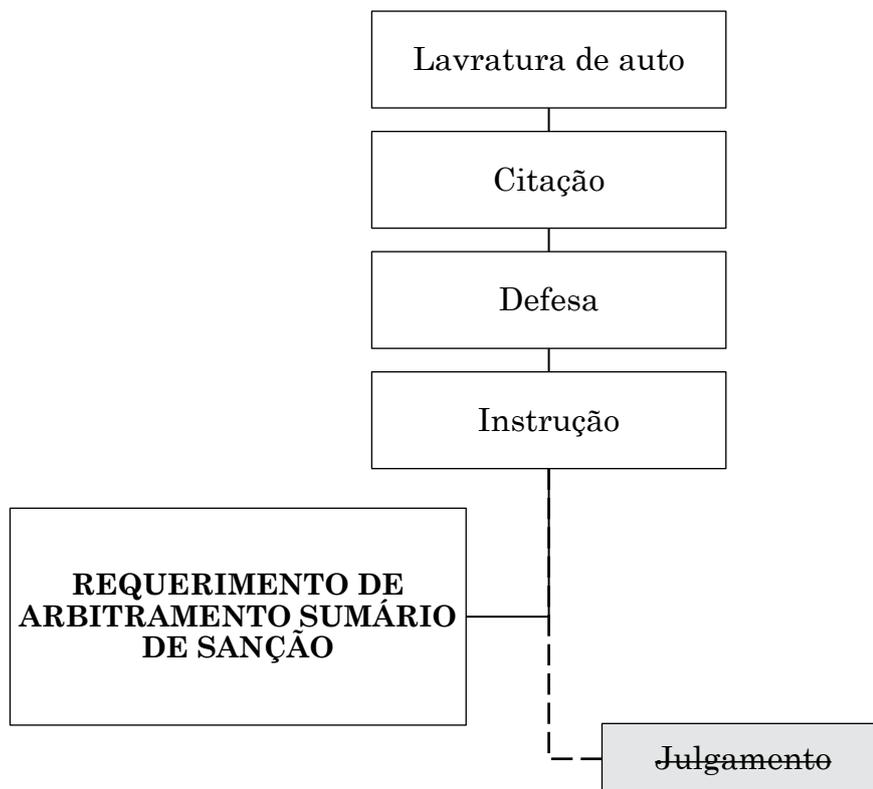
Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 33. Elaboração própria.

**Figura 9 - Fluxo processual de PAS que culmina na aplicação de sanção(ões)**



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 37. Elaboração própria.

Figura 10 - Fluxo processual de PAS em que o autuado propôs requerimento de arbitramento sumário de sanção



Fonte: Resolução ANAC 472/2018, arts. 11 a 37. Elaboração própria.

A título de impressão geral, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório são satisfeitas, tomando como parâmetro a estrutura “tradicional” do processo administrativo. Os prazos para manifestação, defesa ou recurso são, na maior parte dos casos, de vinte dias – quando menos, o prazo é de dez dias. Por outro lado, existe ampla margem de aprimoramento para que a sistemática se equipare ao ideal de *responsividade*.

### 2.3.1. O primeiro aprimoramento: a Resolução ANAC 599/2020

O escopo da Resolução ANAC 472/2018 abrange a maior parte das relações entre a autoridade aeronáutica e os particulares integrados ao setor, sob a forma de habilitação à atividade profissional; de certificação das aeronaves e demais equipamentos; e de delegação dos serviços, por meio de concessão, permissão ou

autorização<sup>185</sup>. Conforme visto *en passant*, a norma excluiu as relações contratuais de concessão da exploração da infraestrutura aeroportuária do seu âmbito de incidência.

Foi justamente para suprir essa lacuna que a ANAC editou a Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020 (“Resolução ANAC 599/2020”)<sup>186</sup>. O recentíssimo diploma não alterou a estrutura básica instituída para as competências fiscalizadora e sancionatória, eis que manteve a classificação tripartite das providências administrativas cabíveis – preventivas, sancionadoras e acautelatórias<sup>187</sup>.

A título de impressão geral, verifica-se que a linguagem desta Resolução é ligeiramente diferente do regramento geral com o qual se equipara. A Resolução ANAC 599/2020 precisou ser deferente (i) às cláusulas dos contratos de concessão, para garantir que os instrumentos não sofreriam o esvaziamento de eficácia pelas normas regulatórias supervenientes<sup>188</sup>; e (ii) aos traços típicos de serviços com maior vetor de intervenção estatal, em especial, ao dever de continuidade<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> Resolução ANAC 472/2018, art. 1º, *verbis*: “Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Resolução, as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da ANAC.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Resolução não se aplicam à fiscalização do cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, à fiscalização da regulamentação editada para discipliná-las e aos processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração às mesmas” (grifos acrescidos).

<sup>186</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020. [Estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, bem como à regulamentação editada para discipliná-las, e para a aplicação das providências administrativas delas decorrentes]. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 15 dez. 2020, pp. 63-65. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-599-14-12-2020>.

<sup>187</sup> Resolução ANAC 599/2020, art. 3º.

<sup>188</sup> Resolução ANAC 599/2020, art. 2º, incisos III e IV, que definem, respectivamente, infração e valor-base da multa. Considerando que os contratos administrativos não se sujeitam às providências sancionadoras restritivas ao direito de exploração (suspensão ou cassação), o art. 32 da Resolução ANAC 599/2020 associa as circunstâncias atenuantes e agravantes à dosimetria da multa.

<sup>189</sup> Nessa toada, o art. 12 da Resolução ANAC 599/2020, ao definir uma das providências administrativas preventivas, *verbis*: “Art. 12. O ACI poderá ser emitido quando constatada infração que não afete diretamente a adequada prestação do serviço público concedido”.

Além dessa questão técnica da atividade legiferante, o parágrafo único do art. 1º chama atenção pela perfeita síntese do paradigma da Regulação Responsiva, senão vejamos:

“Art. 1º (*omissis*)

Parágrafo único. **A fiscalização priorizará medidas de educação, orientação, monitoramento, melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, transparência e cooperação**”

O enunciado possui alta carga semântica, pois cada espécie de medida prescrita descortina uma série de opções para a concretização. O elo entre esses modos de agir é a criação de um ambiente regulatório majoritariamente orientado por medidas indutivas às melhores práticas, as quais despertam a internalização (i.e., a incorporação à cultura corporativa) ou a adesão consensual das ações corretivas, por meio de acordos celebrados com o Regulador.

Todo esse arcabouço está voltado à lógica de estimular a conformidade global das condutas; ao invés de punir a desconformidade, principalmente se as infrações são pontuais e não comprometem a qualidade dos serviços prestados<sup>190</sup>.

No tópico anterior, consignou-se que a disciplina geral de 2018 **não promoveu a delimitação acurada** das situações de cabimento das **providências preventivas**, tampouco do **escalonamento** entre essas modalidades não-sancionadoras – que são apenas duas – e o Processo Administrativo Sancionador (PAS). A margem para o desvirtuamento à lógica de precedência das alternativas informativas ou negociadas *prima facie* a condução de procedimento sancionador é **ainda maior** porque o comando sobre a lavratura

---

<sup>190</sup> Sobre a gama de ações disponíveis à mudança na própria lógica da função regulatória, para fomentar a conformidade ao invés de punir exemplarmente as desconformidades, ver BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, 2006, p. 884-898.

de auto de infração está redigido de forma aberta, sem maiores detalhamentos (*ex vi* art. 11 da Resolução ANAC 472/2018).

Por outro lado, o art. 9º da Resolução ANAC 599/2020 merece destaque. O dispositivo realiza o enquadramento aperfeiçoado das hipóteses de incidência das providências preventivas, que correspondem ao Aviso de Condição Irregular (ACI) e à Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SCRI). Para facilitar a identificação dos pontos de aprimoramento, segue tabela com as duas “versões” da mesma disciplina:

**Tabela 3 – Pontos de aprimoramento das Resoluções da ANAC**

<p>Resolução ANAC 472/2018 (trechos selecionados; formatação modificada)</p>	<p>Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.</p> <p>Art. 7º O ACI pode ser emitido <b>quando</b> constatada <b>infração de baixo impacto ou</b> que <b>não afete a segurança das operações aéreas</b>.</p> <p>Art. 8º A SCRI pode ser emitida quando constatada <b>infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo</b>.</p>
<p>Resolução ANAC 599/2020 (formatação modificada)</p>	<p>Art. 9º As providências administrativas preventivas poderão ser aplicadas quando, após considerados o impacto da conduta sobre a <b>segurança</b> das operações; a <b>sanção abstratamente cominada</b> para a prática infracional; os <b>danos, efetivos ou potenciais</b>, resultantes da infração para o serviço e para os usuários; e as <b>vantagens, efetivas ou potenciais</b>, auferidas pela Concessionária em razão da infração, restar caracterizada sua <b>BAIXA LESIVIDADE</b>.</p> <p>§1º. <b>IMPEDEM</b> a aplicação de providências administrativas preventivas, mesmo quando preenchidos os requisitos previstos neste artigo:</p> <p>I – a aplicação de providência administrativa <b>sancionatória</b> à concessionária <b>pela mesma espécie de infração nos 3 (três) anos anteriores à prática da infração</b> constatada, contados da decisão administrativa transitada em julgado, salvo quando outro prazo for fixado no respectivo contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária; ou</p> <p>II – a aplicação de providência administrativa <b>preventiva</b> à concessionária <b>pela mesma espécie de infração nos 12 (doze)</b></p>

	<p><b>meses anteriores à prática da infração</b> constatada, salvo quando outro prazo for fixado pela autoridade competente para a fiscalização.</p> <p>§2º. <b>NÃO</b> são aplicáveis providências administrativas preventivas <b>quando a multa estipulada para a infração constatada for calculada com base nos valores indevidamente auferidos pela concessionária</b> em razão de sua prática</p>
--	--

Fonte: Elaboração própria.

A visão sistêmica do art. 9º da Resolução ANAC 599/2020 para categoria das providências preventivas não é suprida nem mesmo com a interpretação conjunta do *caput* dos arts. 5º, 7º e 8º da Resolução ANAC 472/2018. O que se observa na norma mais antiga é a construção em torno do conceito indeterminado de “*baixo impacto*”. Ademais, **não é possível afirmar com certeza que o Aviso (ACI) e a Solicitação (SRCI) possuem o mesmo escopo de aplicação; não fica claro se a única diferença entre os institutos é a vinculação a prazo na SRCI.**

A indeterminação incide justamente sobre a temática que deveria ser central em qualquer regramento que se pretenda responsivo, eis que as alternativas ao processo administrativo “tradicional” estão na base do marco teórico.

Nesse particular, o *caput* do art. 9º institui critérios para a avaliação dos comportamentos de baixa lesividade. No cerne da caracterização das condutas-objetos de providências preventivas, elencam-se quatro elementos constitutivos: **(a)** o prejuízo à segurança operacional (“*safety*”), **(b)** o patamar legal ou regulamentar da sanção, que pode estar expresso em tempo de restrição ou no valor da multa; **(c)** os danos gerados ou que *poderiam ter sido* produzidos para o bom andamento dos serviços e/ou para os usuários; e **(d)** as vantagens auferidas ou que *poderiam ter sido* auferidas em função do comportamento reprovável.

Em prol da máxima eficácia às medidas preventivas, a Resolução ANAC 599/2020 anda bem ao definir quando estas **não** incidem. Consequentemente, todo o mais, o universo residual de condutas, recebe essas modalidades não-

punitivas de reorientação. E as situações para as quais tais providências estão vedadas também estão em alinhamento com o ideal de *responsividade*.

Frise-se que a **flexibilidade** do modelo responsivo não significa passividade perante a recalcitrância de certos atores<sup>191</sup>. Assim, é razoável que a prática recente da infração justifique a indisponibilidade de tratamento mais benéfico ao reincidente. Em virtude do exposto, há motivos para celebrar o avanço consubstanciado no art. 9º da Resolução ANAC 599/2020.

#### 2.4. A adoção de nova modelagem regulatória como processo de tentativa-e-erro. As oportunidades para a aproximação dos instrumentos vigentes com a Teoria da Regulação Responsiva

Para fazer jus ao entusiasmo observado no intervalo entre 2018 e 2020, período em que o Projeto Prioritário de Regulação Responsiva foi formalizado e ganhou força, eventuais gargalos constatados entre as normas editadas pela ANAC e as premissas dessa abordagem devem ser encarados como *oportunidades*, e não como óbices.

Sem prejuízo de novas análises, inclusive sob a óptica da memória institucional da ANAC, é possível discernir **três focos** para o aprimoramento, nesse processo contínuo de adequação da Teoria da Regulação Responsiva ao ambiente institucional e à cultura jurídica do Brasil.

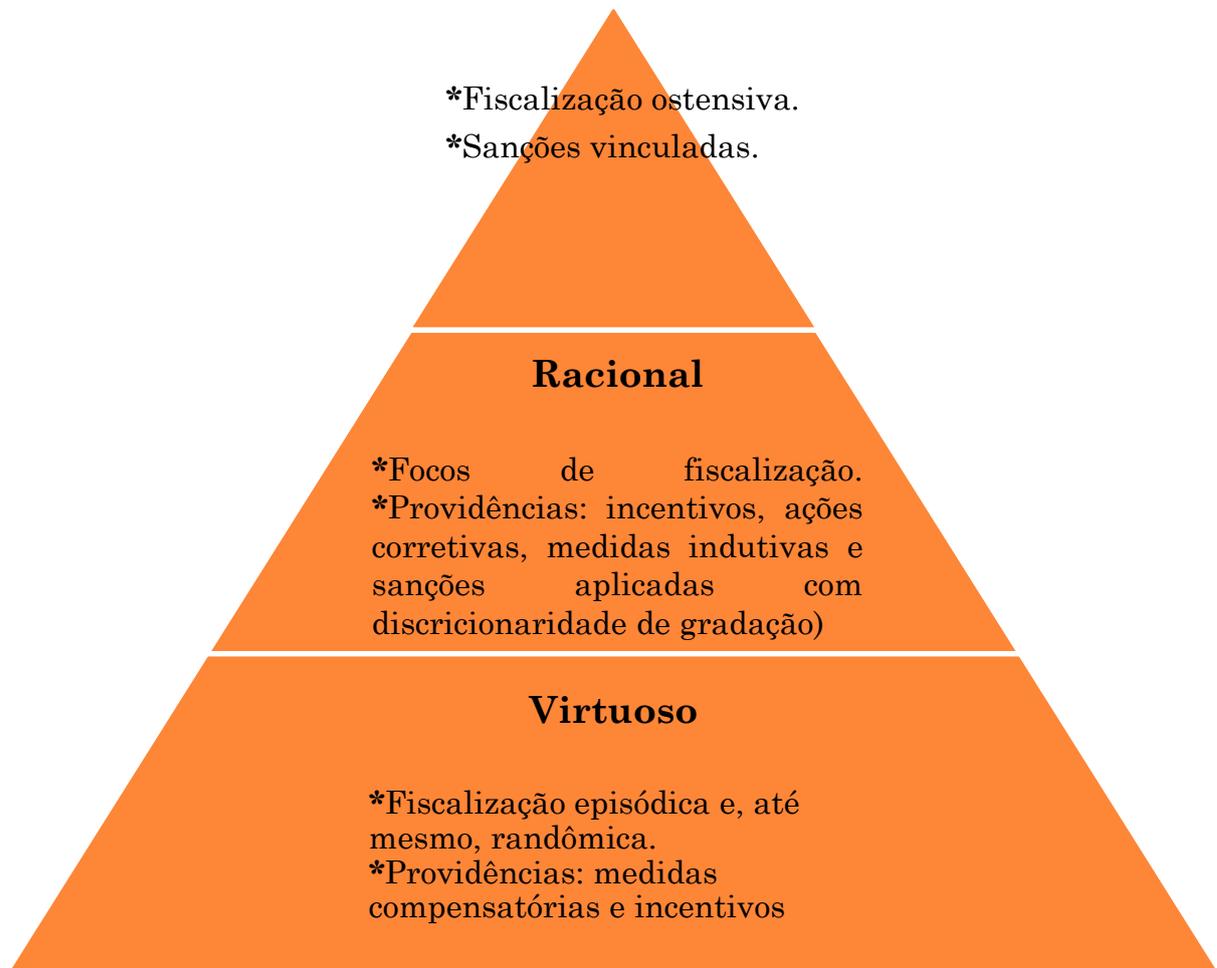
O **primeiro foco** diz respeito à **ausência** de agrupamentos definidos em razão das tendências globais de condutas, segmentando os vários *players* atuantes no mesmo mercado relevante. É dizer: as Resoluções ANAC 472/2018 e 599/2020 **não** refletem a pirâmide de tratamento escalonado dos perfis de regulados, perante os quais são variáveis os binômios *obediência x desobediência* e *maior autonomia (autorregulação) x menor autonomia (regulação por sanções)*.

---

<sup>191</sup> É elucidativa a analogia de Ayres e Braithwaite (1992, p. 38): “Command regulation with nondiscretionary punishment has its military analogue in **the burning of bridges**. If the bridges that are an army's only route of retreat are burned, the enemy knows that **it must fight a bloody battle** if it advances beyond a certain point. Burning bridges and enacting a policy of nondiscretionary punishment both have the effect of **demonstrating commitment—of communicating to an adversary an intention never to give in**” (grifos acrescidos).

A abertura à multiplicidade de regimes jurídicos, cujo acesso se baseia em dados sobre o desempenho comparativo das empresas, é o fenômeno da **assimetria regulatória**. Vale reproduzir, novamente, a aludida pirâmide:

Figura 11 - Pirâmide de perfis dos regulados



Fonte: AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 39.

A atual postura da ANAC se afasta da assimetria regulatória guiada pela legítima estratificação dos regulados, à medida que **dá preferência aos instrumentos individuais de conformação**. Referimo-nos ao Plano de Ações Corretivas (PAC) e ao Termo de Cessação de Conduta (TCC).

Presume-se mais difícil a padronização entre os atores privados quando muitos deles estão sujeitos a fontes negociadas (**“tailor-made”**). Essa “customização” dos regimes jurídicos não é de todo incompatível com a iniciativa mais ampla de desenho da pirâmide de perfis dos regulados.

Apenas vale ponderar que a profusão dos acordos dá ensejo a diferentes parâmetros para o equilíbrio entre obrigações (normas gerais de prestação, normas de *safety*, medidas corretivas e sanções impostas), induções (“*nudges*” para adesão voluntária aos comportamentos socialmente desejáveis) e incentivos (medidas compensatórias à demonstração contínua de bons resultados). Diagnóstico semelhante está na origem das duas próximas constatações.

O **segundo foco** de aprimoramento diz respeito à **efetividade** do Plano de Ações Corretivas (PAC) e do Termo de Cessação de Condutas (TCC) em face da **função central** que esses institutos assumiram no atual arranjo de acompanhamento conjuntural pelo órgão regulador. Não se trata de negar vigência às formas de negociação. Antes, incumbe listar os prós e contras de essa ser a **principal via** de interação não-punitiva entre a ANAC e os administrados-parceiros.

A maior vantagem dessa estratégia talvez seja a participação direta do *player* na construção da solução para as suas irregularidades. Não é demais supor que isso fomenta conscientização e internalização dos valores inscritos no marco regulatório. Por outro lado, a semelhança com o arranjo de contrato do Direito Privado projeta duas desvantagens, suposições no plano abstrato.

A um, a autoridade regulatória pode incorrer em *erro* a respeito daquilo que está disposta a *ceder* em prol do sucesso da negociação. Esse risco é inerente a quaisquer relações em que as partes têm interesses contrapostos<sup>192</sup>. As causas subjacentes a esses resultados em patamar menor de realização/satisfação<sup>193</sup> do

---

<sup>192</sup> Nesse sentido, Luiz Fux e Bruno Bodart introduzem a Teoria dos Jogos na análise do Processo Civil: “Sendo a análise de estratégias um elemento central do processo civil, é imprescindível a utilização de uma ferramenta, em especial, para realizar prognósticos sobre o comportamento das partes: a teoria dos jogos. Trata-se da formalização matemática de situações nas quais a estratégia de um sujeito depende de como ele espera que outros sujeitos se comportem, partindo-se do pressuposto de que todos agirão racionalmente para maximizar seus interesses. Com esse instrumento, é possível entender os incentivos básicos que as regras jurídicas oferecem à conduta dos seus destinatários, pois a modelagem econômica elimina ‘interferências’ que, no mundo real, podem desviar a atenção do analista e induzi-lo a erro” (FUX; BODART, 2021, p. 78, grifos acrescidos). Vide FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>193</sup> “We have seen the error of assuming that the lobbying technology function is the same for all PIGs [Public Interest Groups], and the importance of this error for underestimating the effects of

que a situação *permitiria* (“win-lose”) são a assimetria informacional e os diferentes cálculos de custo-benefício de cada parte<sup>194</sup>, segundo as regras básicas de Teoria dos Jogos.

Em síntese, mesmo quando a agência está buscando a maximização da conformidade, é possível que aceite Plano de Ações Corretivas (PAC) ou que assine Termo de Cessação de Condutas (TCC) com exigência *aquém* dos danos a serem reparados ou, ainda, *aquém* da capacidade de cooperação do beneficiário.

A dois, a duração prolongada desses instrumentos – e.g., a vigência do TCC por dois anos – pode servir de gatilho para Processo Administrativo Sancionador (PAS) contra uma prática desviante que **não representa a mesma lesividade** do momento em que o termo firmado.

Nesse particular, observa-se que o atual regramento eleva a inobservância de medidas negociadas à condição de disparo automático do oneroso e moroso processo “tradicional” de apuração e sanção de condutas. Essa dinâmica contradiz um dos princípios cardeais da Regulação Responsiva – a racionalização sobre a real necessidade da fiscalização e da punição ostensivas.

Diante das duas razões desenvolvidas, existem dúvidas razoáveis acerca da posição que o PAC e o TCC *devem ocupar* na intersecção entre as competências fiscalizatórias e sancionadoras. Abre-se margem para **questionar se** tais acordos estão produzindo **engessamento** (cenário diametralmente oposto à finalidade pretendida, a flexibilidade). Engessamento porque impedem a maior presença da ANAC na articulação e na imposição dos “*nudges*”, isto é, da arquitetura que *induz*

---

tripartism in deterring capture. Beneath this error lies a deeper error inherent in economic modeling. [...] On some matters some PIGs and some regulators will not be maximizers or satisficers of some utility, least of all one that can be monetized; they will be deontologists. They will seek to secure some approved state irrespective of the cost, without regard even to the possibility that doing so will worsen attainment of that same value in the long run” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 79, grifos acrescidos).

<sup>194</sup> “The irony here is that playing of the game in a cooperative way can generate the information to play the game in a punitive way at another level. Where inspectors walk into a workplace with the demeanor of a tough law enforcer, they get little information. Where they walk in with the demeanor of a friendly persuader, they get the information that can empower them as tough enforcers. TFT [Tit For Tat] is, therefore, better than consistent punitiveness. But it is also better than consistent persuasion at getting information” (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 34, grifos acrescidos).

a tomada de decisões pelo regulado conforme aos os objetivos do Regulador<sup>195</sup>. Engessamento porque subjaz uma relação de interdependência entre o cumprimento das cláusulas e a instauração de PAS.

O **terceiro foco** de aprimoramento diz respeito à **ausência** de incentivos propriamente ditos e das obrigações de fazer intermediárias, na estruturação das providências anteriores ao PAS. Dito de outro modo, a gradação das respostas que a ANAC provê às posturas de seus administrados-parceiros está posta em **escala com poucos níveis**. Por via de consequência, quanto menos opções houver ao escalonamento, **mais recorrente será o acesso às vias litigiosas**.

Rememore-se a pirâmide das estratégias regulatórias:

---

<sup>195</sup> De forma convergente, o Professor Cass Sunstein pondera que a escolha estatal dos padrões de conduta é uma forma legítima de *nudge*. Indo além, o autor identifica bons prospectos com a aplicação de padrões criados para o caso concreto: “In a significant number of domains, it might be possible to achieve regulatory goals, and to do so while maintaining freedom of choice and at low cost, by selecting good default rules and by avoiding harmful ones. [...] Other default rules are personalized, in the sense that they draw on available information about which approach best suits individuals in the relevant population. [...] Alternatively, a personalized default might be based on people’s own past choices to the extent that they are available. An advantage of personalized default rules is that they may well be more accurate than “mass” default rules. As technology evolves, it should be increasingly possible to produce personalized defaults, based on people’s own choices and situations, and likely to be far more accurate than more general ones. There will be excellent opportunities to use default rules to promote people’s welfare. To be sure, any such rules must respect the applicable laws, policies, and regulations involving personal privacy and should avoid unduly crude proxies” (SUNSTEIN, 2014, pp. 736-737, grifos acrescidos). Conferir SUNSTEIN, CASS. *Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation*. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 719-747.

Figura 12 - Pirâmide das estratégias regulatórias



Fonte: AYRES & BRAITHWAITE, 1992, p. 39.

A baixa mobilidade na pirâmide de estratégias regulatórias prejudica o sistema como um todo. Evidentemente, limita-se a construção de uma relação duradoura de cooperação entre as partes. Mais do que isso, a implementação da Regulação Responsiva na ANAC pode estar sendo atravancada pela **total ausência** de meios que reconhecem os agentes no estrato superior de desempenho, para incrementar a sua liberdade.

Esse terceiro diagnóstico implica duas oportunidades de aprimoramento. Pontua-se a demanda pela elaboração de normas sobre formas intermediárias de *induzir* a conformação, a exemplo de um **rol de ações corretivas**. E, com mais

urgência, impõe-se a necessidade de pensar em sanções premiais, na categoria normativa do que a Regulação Responsiva entende por “**incentivos**”.

A bem da verdade, todo o texto do presente Relatório está centrado nessa Meta de identificação dos espaços normativos legítimos à infusão de responsividade. Nesse raciocínio em particular, analisaram-se criticamente os regulamentos editados sobre a fiscalização, a correção e a imputação de atos infracionais.

## **2.5. Os desafios e os questionamentos para o avanço dessa Agenda Regulatória**

O bom estudo descritivo é aquele que se encerra com dados suficientes para subsidiar as abordagens prospectiva e propositiva das situações-problema levantadas. Com esse ímpeto, cabe antecipar os desafios na integração do teor dessas Resoluções à sistemática legal (“*legal framework*”) do setor aeronáutico. Vale lembrar: no Capítulo 1, quaisquer questionamentos quanto à compatibilidade constitucional da Regulação Responsiva foram superados.

**1)** Os mecanismos de cooperação e de estímulo à conformidade, em especial as normas indutivas e as sanções premiais, são **incompatíveis** com a Lei 7.565/1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica?

Para responder a esse questionamento, o Capítulo a seguir vai *retroceder um passo*, a fim de questionar a eficácia de certos valores da Lei pré-constitucional ao ordenamento jurídico-constitucional vigente. O raciocínio indutivo enfocará, portanto, a recepção do Código Brasileiro de Aeronáutica.

2) Como devem ser interpretadas as amarras que o quadro legal impõe à competência normativa secundária da ANAC? As Resoluções que instrumentalizam a Regulação Responsiva extrapolam o poder normativo da Agência?

Nessa seara, registra-se uma farta produção doutrinária e jurisprudencial sobre o binômio *autonomia x vinculação* dos órgãos reguladores brasileiros. A fim de depurar uma resposta adequado ao setor sob exame, as referências advêm do CBA e da Lei 11.182/2005, que criou a ANAC.

3) Existe, ainda, margem para a criação de medidas compensatórias e de outras modalidades de providências preventivas? A maior gama de opções regulatórias a serem “percorridas” no escalonamento das reações da ANAC é desejável?

No cerne dessa questão, o próximo Capítulo cuidará do conceito de “incentivos”, bem como de seus impactos para a melhoria contínua dos serviços delegados.

4) O caráter eminentemente público dos serviços e da infraestrutura da Aviação Civil permite a diferenciação de regimes jurídicos entre os agentes de um mesmo setor ou mercado?

Na legislação de regência editada em 1986, o CBA, já se convivia com a assimetria entre sistemas objetivamente distintos, a exemplo dos regimes aplicáveis para a prestação de serviços e para a administração de infraestrutura. No entanto, em prol da transposição exitosa da Regulação Responsiva, faz-se necessário justificar e contextualizar a

assimetria regulatória que não se baseia na natureza da atividade, mas no desempenho dos administrados.

**5)** Quais são os limites da interveniência da ANAC em aspectos gerenciais e operacionais das prestadoras de serviços aéreos, quando o intuito é obter dados pertinentes à retroalimentação da atividade normativa e ao acompanhamento dos vínculos?

No Capítulo 5, a importância dos dados para a acurácia da Regulação será contraposta à fonte e, principalmente, à forma de extração desses resultados. Desde já, é possível antever que o interesse público tangencia elementos invioláveis da pessoa jurídica e o núcleo da liberdade empresarial.

**6)** Como a interação com a sociedade civil pode impulsionar a adequação das condutas empresariais? O *input* dos consumidores é fator de influência na relação entre a ANAC e os administrados?

Fechando o Capítulo 5, os esforços do Projeto Prioritário de Regulação Responsiva da ANAC serão analisados em cotejo com outro projeto estratégico do órgão, a plataforma de resolução de conflitos “Consumidor.gov”. Ao final, o objetivo é saber se essa esfera de consensualidade em matéria consumerista influencia, direta ou indiretamente, na consecução dos objetivos e dos valores desse marco teórico.

### 3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DA REGULAÇÃO RESPONSIVA PELA ANAC:

#### *LIMITES E POSSIBILIDADES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

A adoção de uma modelagem regulatória mais responsiva por parte da ANAC pressupõe a compatibilidade das medidas cooperativas e de incentivo com o arcabouço legal existente.

No capítulo inicial (**Capítulo 1**), realizou-se um minucioso exame de constitucionalidade acerca da compatibilidade dos pressupostos gerais dessa teoria com os ditames da Constituição Econômica brasileira, bem como com direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

Em seguida, no capítulo anterior (**Capítulo 2**), realizou-se um diagnóstico das normas editadas pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), mapeando os principais avanços em direção de uma regulação mais responsiva e apresentando possíveis pontos que podem ser questionados à luz da Constituição Federal ou que se encontram em desconformidade com esse referencial teórico.

Resta, portanto, a análise acurada acerca desse arcabouço regulatório com o próprio princípio constitucional da legalidade, que rege a atividade de toda a Administração Pública brasileira (artigo 37, *caput*, da CF/88). Trata-se, portanto, de examinar **(i)** a compatibilidade dos atos normativos da ANAC com o marco legal do setor e **(ii)** a própria conformidade desse marco legal com os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988.

Em resumo, o **objetivo** deste capítulo (**Capítulo 3**) é *saber se as leis pertinentes e já positivadas impedem, de alguma maneira, a adoção de mecanismos que promovam a implantação da regulação responsiva no setor atinente à regulação da ANAC – a aviação civil.*

Nesse ponto, é importante frisar o que foi constatado e o que será abordado. Como já exposto, a Constituição Federal de 1988 não apenas é compatível com a regulação responsiva (**Capítulo 1**), como passou a adotar

expressamente o paradigma da gestão administrativa baseado em resultados, a partir da Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021<sup>196</sup>, conforme será melhor abordado no capítulo seguinte (**Capítulo 4**).

De todo modo, conclui-se, preliminarmente, que a ANAC não pode apenas dispor de sanções como instrumento único e exclusivo na busca pelo *compliance* regulatório. Em verdade, caso queira tornar sua atividade regulatória mais alinhada aos pressupostos da teoria da regulação responsiva, precisa reconhecer que a dosagem da intervenção regulatória e os instrumentos que serão adotados no caso concreto, naturalmente, variarão de acordo com questões contextuais lastreadas em evidências empíricas (**Capítulo 4**).

Essas evidências dizem respeito a uma gama de elementos, tais como o comportamento global do regulado, a expressividade da infração cometida, a natureza de sua atividade e/ou o risco do serviço prestado, os elementos técnicos ao seu alcance, dentre outros etc. São esses elementos que direcionarão a resposta regulatória da Agência e, conseqüentemente, os instrumentos por ela utilizados para alcançar os objetivos setoriais.

Portanto, é preciso que a Agência lance mão também de outros instrumentos regulatórios de modo escalonado, por exemplo, os incentivos, as medidas preventivas e até os chamados *nudges* (indução comportamentais adotadas pelo órgão regulador).

Não obstante esse potencial responsivo, obviamente que a mudança de perfil da regulação não pode resultar no abandono significativo do **princípio constitucional da legalidade** (artigo 37, *caput*, da CF/88). É dizer: a pretexto de implementar um modelo regulatório mais responsivo não se pode ignorar os preceitos legais aplicáveis ao setor, devidamente aprovados pelo Congresso Nacional.

---

<sup>196</sup> Com efeito, essa Emenda Constitucional introduziu o §16º ao art. 37 da Constituição Federal, conseqüentemente prevendo que “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.

No âmbito da Aviação Civil, objeto de estudo deste relatório, a situação é ainda mais dramática, visto ser regulamentado pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, também conhecido como **Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA)**, o qual é **anterior à Constituição** Federal de 1988. Na verdade, mesmo em âmbito preliminar, é de se imaginar que a lógica do “comando e controle” prevaleça nessa legislação, eis que se tratava do principal (e talvez único) paradigma administrativo-regulatório conhecido no Brasil daquela época.

Diante de tal circunstância peculiar, o presente capítulo procura endereçar **3 (três) questionamentos**, já adiantados no final do capítulo anterior e os quais guiarão as respectivas partes deste capítulo. As indagações são as seguintes:

- (i) O CBA impede a adoção da regulação responsiva no âmbito do setor aéreo?
- (ii) É possível que a ANAC edite atos normativos que prevejam incentivos, medidas preventivas e nudges, sem violar o princípio da legalidade?
- (iii) Dentro do arcabouço legal existente, há espaço para que a ANAC, no exercício de seu poder normativo, edite Regulamentos que implementem uma modelagem regulatória mais responsiva?

Os próximos tópicos abordarão, respectivamente, as questões acima explicitadas. No entanto, para bem respondê-las, este capítulo abordará alguns conceitos e debates da dogmática constitucional atinentes ao tema ora em análise, a saber:

- (a) A **recepção/não recepção** de leis pré-constitucionais;
- (b) A técnica da **interpretação conforme a Constituição**;
- (c) As balizas relativas ao **princípio constitucional da legalidade** no direito administrativo sancionador; e

**(d)O escopo e os parâmetros de exercício do poder normativo das agências reguladoras no Brasil.**

### **3.1. A interpretação do CBA à luz da Constituição de 1988**

Como já referido, o CBA foi editado no ano de 1986, anteriormente à Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, revela-se indispensável a filtragem de suas cláusulas à luz do novo texto constitucional, a fim de perquirir se há compatibilidade material entre os dois textos normativos.

Não se trata, contudo, de se aferir se tal lei padece de inconstitucionalidade, visto que o STF decidiu, na **ADI nº 2**, que não há no ordenamento jurídico brasileiro a chamada inconstitucionalidade superveniente, mas apenas juízo de direito intertemporal acerca da recepção ou revogação do diploma legal<sup>197</sup>.

Conforme será melhor abordado durante o Capítulo 4 deste trabalho, é de se notar que o paradigma regulatório brasileiro passou por várias mudanças durante a vigência da Carta de 1988. As reformas administrativas da década de 1990 impulsionaram a criação das agências reguladoras e inseriram a eficiência como um dos princípios basilares da gestão pública<sup>198</sup>. Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 109 deixou explícito que a Administração Pública deve se pautar por resultados efetivos, empiricamente comprovados.

Nesse contexto, por conseguinte, as normas infraconstitucionais prévias a tais modificações constitucionais devem ser interpretadas à luz da nova dinâmica inaugurada em tais normativos.

Analisando o CBA, percebe-se que a parte que interessa ao presente estudo, referente à fiscalização e aplicação de sanções, inicia-se no art. 288, que trata da criação de órgão regulador (precursor da ANAC), indo até o art. 315, que encerra o capítulo referente às sanções.

---

<sup>197</sup> STF, ADI 2, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgada em 6/2/1992, DJ de 21/11/1997.

<sup>198</sup> Refiro-me às Emendas Constitucionais 5/1995, 8/1995, 9/1995 e, principalmente, à EC 19/1998.

Importante salientar, desde já, que a lógica adotada pelo CBA é semelhante à de aplicação das sanções penais, típica das modelagens regulatórias de “comando e controle”, no qual são detalhadas as condutas tidas como vedadas e pré-valoradas as consequências de seu descumprimento.

É nesse sentido, por exemplo, que o art. 302 esmiuça as 95 hipóteses de aplicação da pena de multa, enquanto o art. 299 elenca os 9 motivos que podem levar à suspensão e/ou à cassação de certificados de matrícula, habilitação, concessão, autorização, permissão ou homologação. Assim, ocorrendo no mundo dos fatos a hipótese prevista na norma, deve ser aplicada a sanção respectiva, conforme deixa expresso o *caput* art. 291, *in verbis*:

**Art. 291.** Toda vez que se verifique a ocorrência de infração prevista neste Código ou na legislação complementar, a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto, remetendo-o à autoridade ou ao órgão competente para a apuração, julgamento ou providência administrativa cabível.

Tal norma pode sugerir que não há qualquer margem de discricionariedade por parte da ANAC para identificar quais são as condutas de conformidade prioritárias em determinado contexto e lançar mão de estratégias fiscalizatórias distintas. Toda ação dos regulados é fiscalizada e não há como dosar a intensidade da resposta estatal: uma vez ocorrido um ato tido como infracional, deve-se proceder à abertura de processo administrativo de apuração e aplicação da sanção.

Essa lógica puramente sancionatória da modelagem de “comando e controle”, contudo, já se mostrou ineficaz como demonstra a teoria da regulação responsiva. Não por outro motivo, a própria Constituição Federal de 1988 foi alterada nas últimas décadas para promover uma gestão pública pautada pelo princípio da eficiência e pela busca de resultados exitosos.

A sanção, nesse contexto, não pode ser considerada um fim em si mesmo, mas, antes, como um dos mecanismos disponíveis para impulsionar condutas em conformidade com os objetivos e metas subjacentes à regulação estatal. Ou seja, a

Constituição, hoje, espelha a lógica de que é mais importante garantir, no contexto global, as condutas sejam conformes aos fins almejados pelo órgão regulador do que focar na apuração atomizada de condutas desviantes.

Em razão da centralidade desse argumento, apresenta-se, nesse momento, essencial responder negativamente ao primeiro questionamento colocado no início do capítulo: a lógica puramente de “comando e controle”, subjacente ao CBA, não pode significar entrave legal intransponível para adoção de postura responsiva por parte da ANAC.

Não se mostra adequado interpretar a Constituição a partir da lei, mas sim o inverso. Torna-se imperioso, pois, encontrar caminhos hermenêuticos que reconciliem a norma legal aos novos preceitos constitucionais que regem a Administração Pública.

Com relação ao CBA, como se trata de lei pré-Constituição de 1988, é mais evidente que qualquer incongruência com a Carta de 1988 não tem como prevalecer. De fato, enquanto as leis editadas sob a égide da Constituição de 1988 devem obedecer aos requisitos formais e materiais nela impostos, uma norma editada antes do parâmetro constitucional deve ser materialmente escrutinada: uma vez verificada a incompatibilidade substantiva entre a nova Constituição e a lei antiga, esta deve ser considerada como não recepcionada (ou revogada) pelo novo paradigma normativo<sup>199</sup>.

Por uma questão pragmática, esse juízo de recepção não é feito pela Assembleia Constituinte, já que seria impossível rever, no momento da criação, o teor de todas as leis até então editadas. Sendo assim, pelo princípio da presunção de constitucionalidade das normas, considera-se que as leis antigas continuam em

---

<sup>199</sup> Luís Roberto Barroso assim explica o ponto: “A inconstitucionalidade será superveniente quando resultar conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, decorrente de uma nova Constituição ou de uma emenda. Não existe no direito brasileiro inconstitucionalidade formal superveniente: a lei anterior substituirá validamente e passará a ter *status* da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior”. BARROSO, Luís. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62-63.

vigor em bloco, até que o Poder Judiciário ou a Administração Pública<sup>200</sup> façam, caso a caso, a análise daquilo que foi revogado ou recepcionado pela nova ordem constitucional<sup>201</sup>.

Para evitar confusões terminológicas, parece-nos oportuno destacar que a doutrina diverge quanto à caracterização desse fenômeno de incompatibilidade da lei antiga com a norma constitucional nova. Alguns autores, como Jorge Miranda, sustentam se tratar efetivamente de inconstitucionalidade superveniente, já que a inconstitucionalidade é um fenômeno de incompatibilidade hierárquica de normas que “*não depende do tempo de produção dos preceitos*”<sup>202</sup>.

Já a corrente aderente à Hans Kelsen, considera inadequada a terminologia “*inconstitucionalidade superveniente*”, já que a questão diz respeito à aplicação das leis no tempo. É essa, por exemplo, a posição de Elival da Silva Ramos<sup>203</sup>. Como já mencionado, o STF adotou a posição de que não há inconstitucionalidade superveniente no direito brasileiro, mas, sim, juízo de recepção, terminologia esta que será empregada no presente estudo<sup>204</sup>.

---

<sup>200</sup> Diferentemente da declaração de inconstitucionalidade da norma, cuja competência não é dada aos órgãos administrativos, entende-se, na esteira de Hans Kelsen, que o juízo de não recepção pode e deve ser realizado pelo Poder Executivo, visto que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe no §1º do art. 2º que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Dessa feita, uma vez que a norma pré-constitucional for incompatível com a nova Constituição, cabe ao gestor público afastar a sua aplicação por estar tal preceito revogado. Dito de outra forma, a Administração Pública não pode aplicar dispositivo de lei que se encontra revogado, pois está adstrita ao princípio da legalidade, que pressupõe obediência ao ordenamento vigente no momento de sua aplicação.

<sup>201</sup> Sobre o tema, Hans Kelsen pontifica: “A anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda se trata aqui principalmente das normas gerais – a rigor só é necessária quando ela é mais recente do que a Constituição. Porque, tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a derroga, em virtude do princípio da *lex posterior*, portanto parece supérfluo e até logicamente impossível anulá-la. Isso significa que tribunais e autoridades administrativas, salvo limitação desse poder pelo direito positivo, deverão verificar a existência de uma contradição entre a Constituição mais recente e a lei antiga, e decidir de acordo com o resultado de seu exame”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 162-163.

<sup>202</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo 2. Coimbra: Coimbra ed., 1988, p. 250.

<sup>203</sup> RAMOS, Elival. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>204</sup> Destaca-se que essa era a orientação do STF antes mesmo da Constituição de 1988. A título exemplificativo, confira-se o seguinte trecho do voto do Ministro Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade nº 969: “a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigente quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e,

Uma importante constatação é que, não obstante uma norma antiga ter sido recepcionada pela nova Constituição, seu fundamento normativo deixa de ser a Constituição sob a qual foi editada e passa a ser o novo texto fundamental. Ou seja, uma vez reconhecida a compatibilidade de uma lei pré-constitucional com a nova Carta Magna, esta passa a subordinar a interpretação daquela<sup>205</sup>. Os princípios da nova ordem constitucional se expraem por todo ordenamento jurídico, inclusive com relação às leis pré-constitucionais recepcionadas<sup>206</sup>.

Ou seja, a lei antiga passa a ser resignificada à luz dos preceitos da nova Constituição. É nesse contexto que se revela necessário lançar mão da **técnica da interpretação conforme à Constituição**. Tal técnica caracteriza-se por impor ao intérprete a obrigação de extrair dos textos legais o sentido que mais se aproxime da vontade constitucional. O que se busca é preservar ao máximo os diplomas infraconstitucionais, dando-lhes significado que seja consentâneo com os princípios e objetivos da Carta Magna.

O fundamento dessa técnica, portanto, são essencialmente os princípios da **presunção de constitucionalidade das leis** e da **supremacia da Constituição**, já que, ao mesmo tempo em que se preserva a validade do ato normativo, mantém-se a coerência e a unidade do sistema jurídico-constitucional<sup>207</sup>.

---

portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela incompatível”. Rp 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/1979, DJ de 5/11/1979.

<sup>205</sup> André Ramos Tavares clareia esse ponto da seguinte forma: “Há, contudo, uma espécie de diretriz, de comando pressuposto em qualquer novo sistema jurídico, que pode ser expressa ou não, segundo a qual as normas anteriores, que não sejam incompatíveis com a nova ordem, continuam a existir como tais, mas já agora com fundamento de validade na nova Constituição. Admite-se, aqui, como se percebe, a ocorrência de uma espécie de novação. A novação significa o revigoramento das leis antigas, que passam por um processo de nova leitura e atribuição de significado”. TAVARES, André. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 290.

<sup>206</sup> Esse fenômeno é denominado por Paulo Schier de filtragem constitucional. Cf. SCHIER, Paulo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

<sup>207</sup> Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto exprimem essa ideia da seguinte forma: “A interpretação conforme à Constituição deriva de vários fundamentos. O mais importante é a unidade do ordenamento jurídico, sob a supremacia da Constituição. A Constituição, como sabido,

A interpretação conforme à Constituição, contudo, encontra alguns limites.

O **primeiro limite** é a própria literalidade de norma: não se pode, sob pretexto de interpretar determinada norma à luz da Constituição, subverter o seu sentido. Ou seja, as palavras impõem restrições semânticas ao intérprete.

O **segundo**, é a vontade do legislador: a decisão que adota a interpretação conforme à Constituição não pode impor uma mudança radical na concepção elaborada pelo Poder Legislativo, sob pena de violação à separação de poderes<sup>208</sup>.

Analisando o CBA, os arts. 289, 291, 299 e 302 podem sugerir que toda ocorrência de conduta desconforme deve, necessariamente, ensejar a abertura de processo administrativo disciplinar, com a imposição, ao final, de uma sanção. Isso porque o art. 289 prevê um rol de sanções e os arts. 299 e 302 prevêem suas hipóteses de incidência. Já o art. 291, já transcrito acima, pode ensejar a ideia de que o ato administrativo de fiscalização seria vinculado.

Tal interpretação restringe a modelagem regulatória do setor aéreo ao paradigma de “comando e controle”. Essa postura conduziria inevitavelmente à conclusão de que os referidos dispositivos não teriam sido recepcionados pela

---

é hierarquicamente superior aos demais atos normativos, que com ela compõem um único ordenamento. Por isso, a Constituição deve operar como diretriz na interpretação de todas as normas jurídicas. Outro fundamento é o esforço para preservação das normas jurídicas em vigor. Com a interpretação conforme à Constituição, evita-se que sejam proferidas declarações de inconstitucionalidade desnecessárias, o que presta reverência às decisões do Poder Legislativo, cujos membros são eleitos pelo voto popular. Nesse sentido, a interpretação conforme à Constituição se aproxima da presunção de constitucionalidade”. SARMENTO, Daniel. PEREIRA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Método, 2014, p. 457.

<sup>208</sup> Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco destacam esse ponto: “Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita instigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto”. MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1415.

Constituição de 1988, notadamente em razão dos acréscimos introduzidos pelas Emendas 19/1998, que inseriu o princípio da eficiência na gestão pública, e 109/2021, que impõe que a Administração paute sua atuação pelos resultados.

Há alguns inconvenientes de se concluir pela não recepção de tais normas.

**Em primeiro lugar**, deixaria o setor aéreo sem lei em sentido estrito que preceitue sanções. Por se tratar de matéria de reserva de lei, os regulados estariam liberados para praticarem infrações sem qualquer punição, o que não se revela razoável.

**Em segundo lugar**, tais artigos têm sido empregados pelos tribunais pátrios, sem qualquer questionamento quanto à sua validade<sup>209</sup>.

Uma outra abordagem possível seria lançar mão da técnica de interpretação conforme à Constituição para “salvar” tais dispositivos legais do CBA, desde que respeitados os limites da “literalidade da lei” e da “vontade do legislador”.

Essa opção apresenta-se oportuna na medida em que se percebe que a literalidade do art. 291 oferece abertura semântica que viabiliza a implantação de modelagens regulatórias mais consentâneas com a Constituição de 1988. Com efeito, a parte final do referido dispositivo preceitua que, uma vez verificada a ocorrência de uma infração, “*a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto, remetendo-o à autoridade ou órgão competente para apuração, julgamento ou providência administrativa cabível*” (grifo nosso).

Ora, é possível defender, a partir dessa parte final do art. 291, que a ocorrência das infrações previstas nos arts. 299 e 302 não necessariamente deverão desencadear um processo administrativo de apuração de conduta, mas gerar uma base de dados (a partir das autuações lavradas) sobre o regulado que, analisada em seu contexto global, pode gerar, ou não, uma das sanções previstas no art. 289.

---

<sup>209</sup> Confira-se, a título exemplificativo, ARE 1.142.032-AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/8/2018, DJe de 17/9/2018; e o REsp 1.661.493/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 20/08/2018.

Obviamente que qualquer sanção aplicada pela ANAC deve guardar congruência com aquelas previstas no CBA, mas a política regulatória da agência poderá sugerir formas alternativas e graduais para se chegar à conformação.

Dito de outro modo, é possível extrair desse dispositivo a possibilidade de adoção de estratégias fiscalizatórias distintas, já que “a providência administrativa cabível” não necessariamente é a aplicação de uma sanção. A ANAC, portanto, estaria legalmente autorizada a implementar outros instrumentos regulatórios – como incentivos e *nudges* – a fim de induzir comportamentos conformes por parte dos regulados.

Além disso, não haveria qualquer entrave para a criação de estágios intermediários entre a conduta desviante e sanção, seja por meio de adoção de medidas preventivas ou da criação de regimes jurídicos customizados de acordo com o perfil de cada regulado.

Essa interpretação do art. 291 apresenta-se constitucionalmente mais adequada do que aquela que o considera não recepcionado, visto que, além de contornar os inconvenientes acima relatados desta posição, concretiza em maior grau o caráter responsivo aos resultados por parte da Administração Pública, previsto na Constituição de 1988. Salienta-se que tal interpretação não esbarra em qualquer dos limites inerentes a esta técnica de decisão.

**De um lado**, a interpretação decorre da própria literalidade da norma, que confere abertura para que a ANAC adote “providência administrativa cabível”.

**De outro**, como à época da edição da lei não havia sido formulada a teoria da regulação responsiva, não é possível afirmar que o legislador tenha adotado de maneira consciente a modelagem estritamente de “comando e controle”.

Na linha dos raciocínios antecedentes, conclui-se que as experimentações regulatórias da ANAC, quanto à seara punitiva, estão lastreadas pela interpretação conforme a Constituição do art. 291 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

O termo “providências administrativas cabíveis” descortina abertura semântica suficiente para que as reações administrativas às desconformidades sejam arquitetadas de acordo com a política regulatória mais ampla, como é o caso da Regulação Responsiva. Nessa abordagem, é possível mitigar os desgastes e a insegurança jurídica originados pelas (razoáveis) dúvidas sobre a eficácia do CBA (norma pré-constitucional) e sobre o alcance de sua recepção pelo ordenamento pátrio.

Os próximos dois tópicos abordarão a viabilidade de se adotar a teoria responsiva pela ANAC, tendo em vista a necessidade de edição de atos normativos por parte da agência reguladora que criem outras normas que incitam a conformação, diferente das sanções.

Desse modo, **em um primeiro momento**, será analisado em abstrato a possibilidade de que tais normas sejam criadas em atos normativos secundários, sem violar o princípio da legalidade. No **segundo momento**, será analisada a seguinte questão: dentro do arcabouço jurídico que rege a ANAC, há algum entrave legal para que ela exerça esse poder normativo?

### **3.2. Princípio da Legalidade e a possibilidade de edição atos normativos secundários que criam medidas preventivas, incentivos e *nudges***

Como visto no Capítulo 2, para um **modelo de administração baseado na lógica comando e controle**, a sanção faz parte do seu *ethos*, uma vez que é indispensável para afirmação do direito como manifestação de coerção extrínseca por seu descumprimento. Ademais, trata-se praticamente do único instrumento regulatório pelo qual o Estado pode atuar no setor.

Todavia, em um **modelo de regulação responsiva**, a sanção passa a ser relegada a um segundo plano, aplicando-a somente nos casos em que o comportamento do agente regulado demande essa coerção mais severa. Já para um **modelo de regulação inteligente**, a sanção é um instrumento estratégico

apto a ocupar posição de destaque quando forças endógenas sejam incapazes de gerar conformidade à norma. Em apertada síntese:

- (i) Na abordagem de “comando e controle”, a sanção é essencial e indispensável, enquanto os incentivos são negligenciáveis;
- (ii) Já para a regulação responsiva, a sanção possui caráter subsidiário e reminiscente; e
- (iii) Na regulação inteligente, a aplicação de sanções é parte integrante do mix regulatório. Os incentivos, entretanto, são centrais tanto para o modelo da regulação responsiva, quanto para o de regulação inteligente.

Desse modo, para fins desta análise constitucional, a primeira tarefa necessária é a diferenciação desses dois mecanismos – *sanções e incentivos*. É preciso, portanto, explicitar suas características centrais para, em seguida, analisar os distintos efeitos gerados por cada um.

Na esteira da lição de Cass Sunstein,<sup>210</sup> pode-se bem resumir que, atualmente, políticas de cunho regulatório assumem ao menos **3 (três) funções gerais**.<sup>211</sup>

**Primeiro**, certas *policies* desempenham um **papel proibitivo**. No desempenho desse, tal como se faz no Direito Penal com homicídios e roubos, o

---

<sup>210</sup> SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. **Journal of Consumer Policy**, vol. 37, issue 4, (2014), p. 583-588.

<sup>211</sup> Cf. a explicação exposta em FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Regulação e “nudge”: como a Economia Comportamental (*Behavioral Economics*) pode influenciar políticas regulatórias? *In*: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

que se pretende é coibir, por meio de *sanções*, o cometimento de condutas não autorizadas pelos regramentos legais e infralegais.

De outra sorte, **em segundo lugar**, outras políticas regulatórias possuem a função precípua de propagar *incentivos e desincentivos econômicos* em prol de certas condutas, por exemplo, quando se estabelecem subsídios estatais para fomentar o desenvolvimento de combustíveis renováveis ou quando se estabelece uma tributação mais intensa em cima de produtos maléficos à saúde pública (e.g. cigarro).

Por fim, **em terceiro lugar**, algumas políticas regulatórias podem, ainda, assumir a função de “empurrar” ou induzir (*nudge*)<sup>212</sup> o comportamento dos entes regulados em uma certa direção a fim de alcançar certos objetivos socialmente relevantes, como a redução da obesidade infantil, a diminuição dos níveis de acidentes no trânsito etc.

Essa divisão funcional possui grande valor didático. Porém, em termos estritamente técnicos, conforme expõe Gustavo Binenbojm<sup>213</sup>, a natureza dos termos “*sanção*” e “*incentivo*” é essencialmente a mesma: ambos representam um sistema de estruturação de incentivos. Nada obstante, esses dois conceitos atuam por meio de lógica e de intuítos diferentes gerando, por conseguinte, efeitos distintos.

Dessa maneira, segundo o autor, referidos instrumentos regulatórios devem ser conceituados da seguinte maneira:

---

<sup>212</sup> *Nudges* (no português, “empurrõesinhos” ou “estímulos/indicações comportamentais”) servem como um mecanismo regulatório baseado no adensamento de *Behavioral Economics*, em que se busca direcionar o comportamento dos cidadãos para um certo rumo, preservando, no entanto, a sua liberdade de escolha para seguir em outra direção, caso queira. Para tanto, certos objetivos, econômicos ou não, são predeterminados e, visando alcançá-los, o Estado (ou um agente privado) oferece esses “empurrões” a fim de pavimentar o caminho de escolhas capaz de permitir com que indivíduos concretizem esses objetivos. Vide THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 6.

<sup>213</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 104.

- a) “**Sanção**” representa “desestímulos a condutas indesejáveis, lastreados em sanções de natureza punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos)”;
- b) “**Incentivo**”, por sua vez, diz respeito aos “estímulos a condutas desejáveis, fundados em sanções de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos)”.

Nessa linha, as normas e estratégias regulatórias baseadas no “**comando e controle**” se concretizam por meio de *prescrições* corriqueiramente de caráter punitivo. Ou seja, formas de ordenação da vida econômica e social cuja efetividade se alicerça numa estrutura punitiva que pretende desestimular à reincidência do infrator e da coletividade quanto ao descumprimento das normas aplicáveis.

De outra sorte, modelos como a **regulação responsiva** e a **regulação inteligente** estão calcados em *indução*s - formas de ordenação das esferas econômica e social cujo intuito é estimular comportamentos virtuosos.

A concretização dessa lógica se dá por meio de uma organização de **vantagens e de benefícios** que não está baseada no raciocínio “punir a qualquer custo”. Ao revés, o que se pretende é produzir melhores resultados, aumentar a eficiência regulatória e, conseqüentemente, incrementar a qualidade do serviço prestado para a população.

Assim, com força dos objetivos almejados para o setor regulado naquele momento, o Regulador decidirá pragmaticamente qual modelo melhor servirá para a concretização desses fins. Pode-se, inclusive, adotar modelos híbridos fundados em punições e prêmios, a partir de “*uma prognose de riscos, custos e efeitos concretos, diretos e colaterais*”, que poderão ser produzidos a partir da adoção de cada arranjo de incentivos<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> BINENBOJM, 2016, p. 104.

A ANAC, por sua vez, ao lado das sanções, previstas no CBA, criou, por meio das Resoluções 472/18 e 599/20, as chamadas **medidas preventivas**, quais sejam:

- (i) O aviso de condição irregular (ACI); e
- (ii) A solicitação de reparação de condição irregular (SCRI), nas quais os regulados que praticaram algum tipo de infração de baixa potencial, são estimulados ao retornarem ao cumprimento normativo de forma célere eficaz.

Dentro da classificação acima realizada, portanto, tais medidas preventivas não constituem exatamente uma sanção ao regulado, mas, sim, um incentivo de modo geral. Nesse contexto, a questão que exsurge é a seguinte: saber se a edição de normas que estipulem incentivos e *nudges* está vinculada ao princípio da legalidade estrita ou se seria possível a sua criação por meio de atos normativos secundários.

Aqui não há muito no que se alongar. Conforme bem explana Carlos Ari Sunfeld, a própria pergunta está conectada ainda a uma visão monista e ultrapassada de que “*a Administração é uma máquina de executar leis e, portanto, o direito administrativo é só um direito da execução das leis*”<sup>215</sup> e que “*sacraliza*” a lei formal.<sup>216</sup>

De outra sorte, já é assente tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a “*a Administração Pública pode ter capacidade normativa, desde que legalmente atribuída*”.<sup>217</sup> O autor destaca, com clareza, a exposição crítica quanto a essa visão, transcreve-se as palavras do autor:

---

<sup>215</sup> SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 238.

<sup>216</sup> Para uma percepção da legalidade agora ao lado da questão da eficiência, Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>217</sup> SUNFELD, 2017, p. 248.

“Nos debates jurídicos sobre os limites da competência administrativa de edição de normas não é raro ver a simples invocação do princípio da legalidade administrativa ser usada como argumento central de uma visão restritiva, crítica aos regulamentos amplos. Mas este argumento, posto neste nível de generalidade, é insuficiente.

**Para uma postura restritiva aos regulamentos não basta invocar o princípio da legalidade. Deve-se mostrar que certa norma administrativa é incompatível com a lei ou com alguma reserva constitucional de lei, ou, ainda, que a lei invocada não autoriza aquela norma administrativa. O princípio da legalidade, em sua abstração, não é argumento suficiente nesse debate**”.<sup>218</sup>

Ora, *in casu*, o Código Brasileiro de Aeronáutica expressamente atribui a órgão do Poder Executivo a ser criado a competência para editar mediante regulamento os procedimentos fiscalizatórios (art. 288, §1º).

Noutro giro, a Lei 11.182/05, que criou a ANAC, prevê, em seu **art. 2º**, a competência para que a agência regule e fiscalize as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, o que levou à edição das **Resoluções ANAC nº 472/18 e 599/20** que estabelecem, respectivamente: **(i)** as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC e **(ii)** o rito do processo administrativo para a apuração de infrações pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária,

Essas resoluções, por sinal, não apenas discriminam o rito e as sanções previstas no CBA. Além disso, de certa forma, verdadeiramente expandem as competências fiscalizadoras por meio de incentivos, como os são as medidas preventivas. Como consequência, a diferenciação exposta acima entre sanções, incentivos e *nudges* é também relevante para os contornos do princípio da legalidade.

---

<sup>218</sup> SUNFELD, 2017, p. 261.

É bem verdade que a criação de uma **sanção punitiva** pressupõe a existência de lei formal. Isso se dá, no entanto, em razão de as sanções punitivas restringirem e condicionarem a própria esfera de liberdade do particular, possivelmente impactando seus direitos e garantias fundamentais.

Ocorre que, para fins de legalidade, a lógica dos incentivos (*sanções premiaias*) é totalmente distinta. Não há necessidade de que os incentivos e os *nudges* estejam previstos em lei. Trata-se, em verdade, de estratégias regulatórias à disposição do gestor. Assim, nada mais natural que a ANAC, ao verificar que determinada empresa cumpre com os requisitos necessários quanto à qualidade do serviço prestado, estipule “**prêmios**” da Administração que irá lhe conceder uma **ampliação de direitos** ou, ao menos, **uma menor interferência estatal** no seu âmbito de liberdade.

Não há, pois, objetivo punitivo na implementação desses prêmios, no bojo da regulação responsiva pretendida, logo não é necessária a previsão de lei formal para tanto, bastando-se a sua compatibilidade com as atribuições legais da própria Agência.

Não por outro motivo, à guisa de exemplo, em 11 de junho de 2020, a Agência Nacional de Energia Elétrica (**ANEEL**) alterou os procedimentos, os parâmetros e os critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica, bem como quanto a sua fiscalização.

O que a Agência buscou foi estabelecer uma regulação responsiva capaz de **(i)** prevenir práticas irregulares e estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de energia elétrica, porém **(ii)** analisando o desempenho dos agentes na prestação dos serviços de energia elétrica e **(iii)** diferenciando o risco regulatório em face do comportamento dos agentes, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco. Tudo isso por meio da **Resolução Normativa nº 846/2019**, e não por lei formal.

Isto posto, cumpre perquirir se a legislação que rege o setor aéreo impede ou dificulta a criação de uma modelagem regulatória no âmbito da ANAC, apoiando-se não apenas em sanções, mas também em incentivos e *nudges*.

### 3.3. O espaço criado pelas normas federais em prol do poder normativo da ANAC

Na linha do raciocínio antecedente, as experimentações regulatórias da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) quanto à seara punitiva estão lastreadas por interpretação conforme a Constituição do art. 291 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

O termo “*providências administrativas cabíveis*” possui abertura semântica suficiente para que as reações administrativas às desconformidades sejam arquitetadas de acordo com a política regulatória mais ampla, como é o caso da Regulação Responsiva. Por essa abordagem, é possível mitigar os desgastes e a insegurança jurídica originados pelas (razoáveis) dúvidas sobre a eficácia do CBA (norma pré-constitucional) e sobre o alcance de sua recepção pelo ordenamento pátrio<sup>219</sup>.

Somando-se a isso, as normas federais sobre a Aviação Civil editadas após o marco da aludida Lei 7.565/1986 não podem passar *despercebidas* aos olhos do Regulador. Aliás, o conhecimento sobre a legislação de regência é um poderoso aliado das autoridades regulatórias, para mantê-las cientes de seus limites de atuação e, principalmente, para que dominem os fundamentos dos atos administrativos de cunho normativo e decisório<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> O Supremo Tribunal Federal não possui decisão de mérito colegiada em que se manifestou, direta e definitivamente, sobre a recepção do Código Brasileiro de Aeronáutica.

<sup>220</sup> Como bem pontua o Professor Sérgio Guerra: “[d]iante do pluralismo pós-moderno impõe-se uma modelagem de intervenção reguladora – equidistante do Governo, dos regulados e dos usuários/consumidores – que deve representar o equilíbrio do subsistema regulado, mediante regras de ponderação dos interesses em espécie. A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social pelo setor privado deve observar determinados compromissos, tais como a continuidade e a modicidade de tarifas, justificando-se, perfeitamente, a regulação dessas atividades por meio de uma entidade estatal descentralizada, com amplas funções e amplo conhecimento técnico sobre o setor regulado” (GUERRA, 2014, p. 271, grifos acrescidos). Cf. GUERRA, Sérgio. *Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório*. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 261-284

Com mais razão, a ANAC deve se apropriar dos instrumentos legislativos editados na primeira década dos anos 2000. A Lei 11.182/2005 fornece bons caminhos para uma defesa fundamentada do novo paradigma regulatório, cuja função precípua é justamente a ordenação racional e eficiente do setor.

Os Subtópicos a seguir estão articulados em torno do roteiro de perguntas:

**(i)** Qual é a natureza da competência normativa da ANAC? Como a doutrina e a jurisprudência encaram esse vínculo entre **(i.a)** a função político-administrativa da regulação setorial e **(i.b)** a atualização do direito aplicável, através das normas editadas pelas Agências Reguladoras?

**(ii)** Como o binômio “*inovação normativa x vinculação à legislação*” afeta a ANAC, considerando as competências que lhe foram garantidas pela Lei 11.182/2005?

Basta a leitura atenta desses questionamentos para antecipar que, na irradiação do princípio da legalidade, surgem problemas concretos sobre os limites dos poderes de cada órgão estatal envolvido com a prestação de serviços públicos – ainda mais quando a prática é de delegação a atores privados.

Cabe resgatar um dos critérios que o Professor Konrad Hesse estabeleceu para a interpretação constitucional<sup>221</sup>. A principal e a mais óbvia razão para cautela nesse paralelo é que estamos aqui tratando da interpretação de leis, ainda que tais leis possuam alto grau de abstração. Estamos defronte do *Código Brasileiro de Aeronáutica*, norma geral por natureza; e da *lei criadora* da Agência, norma voltada ao desenho de competências.

---

<sup>221</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A interpretação constitucional*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 101-122.

Feitas as devidas ressalvas, as duas perguntas tangenciam o critério interpretativo da **correção funcional**, o qual “[n]ão deverá modificar a distribuição de funções pela forma e resultado dessa interpretação”<sup>222</sup>.

Provavelmente, a dificuldade maior reside no ajuste fino de todos os vetores normativos que incidem sobre este setor econômico regulado. Afinal, importa delinear qual é a amplitude *desejável* da Agenda Regulatória da ANAC, presumidamente a esfera mais técnica e mais bem informada para decidir sobre os rumos das atividades regulamentadas.

### 3.3.1. A conciliação de vetores normativos legais e infralegais.

O panorama geral, posto pela introdução, suscita uma análise preliminar de ordem teórica. Faz-se necessário mapear a discussão sobre o poder normativo das Agências Reguladoras.

Não há dúvidas de que o **fundamento constitucional** para a criação das autarquias especiais é o art. 174 da Constituição Federal de 1988. Todavia, no processo de consolidação das Agências (segunda metade dos anos 1990–atualidade), a realidade apresenta desafios ao *enforcement* dos atos normativos de tais entes, em níveis que o legislador-constituente não foi (nem deveria) ser capaz de antever<sup>223</sup>.

Essas instâncias administrativas especializadas estão **constantemente tensionadas** pelo arcabouço legal existente, com o intuito de torná-lo *operacional*

---

<sup>222</sup> Cf. HESSE, 2009, p. 115.

<sup>223</sup> Acerca do tema, Mario Gomes Schapiro assevera: “Aludidas alterações institucionais, no entanto, não são triviais e nem desprovidas de intensos conflitos de interesse. A desregulação da economia e a conseqüente possibilidade da atuação privada em setores anteriormente públicos trazem consigo dilemas de difícil solução, tais como a árida compatibilização entre as necessidades dos usuários e os imperativos econômicos dos prestadores. Os serviços públicos, ainda que executados pela livre iniciativa, não deixam de apresentar um caráter essencial para os seus demandantes, que os percebem como atividades que devem permitir uma fruição universal. Os investidores encarregados desses segmentos econômicos, por sua vez, balizam-se na obtenção máxima de retorno econômico e lucratividade. A tensão entre eficiência e equidade é, portanto, constitutiva desse novo capítulo da organização dos serviços públicos”. Cf. SCHAPIRO, Mario Gomes. Prefácio. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial*. 1ª ed. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

às circunstâncias fáticas; e pela pauta econômica do Congresso Nacional, à medida que se propõem e discutem mudanças nos marcos legais do setor.

Este pressuposto deve subsidiar todo o desenrolar do raciocínio: no contexto brasileiro pós-1988<sup>224</sup>, Regulação se tornou quase-sinônimo de “*esfera da atuação de Agências*”<sup>225</sup>.

Quando os serviços públicos delegáveis ou as atividades privadas regulamentadas estão sob escrutínio, as Portarias, as Resoluções, as Recomendações e os Protocolos (bem como outras categorias análogas) são fontes de direito complementares, densificadoras e de orientação prática.

Diante desse quadro, a noção de direito regulatório setorial ganha corpo e relevância. Designa-se o **microssistema normativo** que abarca tanto a *caracterização* e a *seleção* de seus sujeitos de direito (i.e., os requisitos impostos aos administradores-parceiros), quanto a definição de regras claras para balizar a *parceria* com esses sujeitos (v.g., a regência das autorizações; o procedimento para a obtenção de certificados ou licenças; as disposições complementares aos contratos administrativos).

Márcio Iorio Aranha<sup>226</sup> descreve os processos histórico e político que culminaram na acepção contemporânea desse conceito-chave:

“Em síntese, o termo regulação, inaugurado como um **processo de administração de sistemas sociais mediante retroalimentação contínua**, foi transparecido, inicialmente, em

---

<sup>224</sup> A fim de apontar o escopo limitado dessa compreensão, Alexandre Aragão contextualiza e contra-argumenta: “Regulação’, por sua vez, parece assumir sentido mais amplo do que a ‘administração ordenadora’ e o ‘poder de polícia’ [...] Se partirmos de um conceito de poder de polícia tradicional, oitocentista, consistente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade, certamente o âmbito conceitual da regulação será bem mais amplo que o de poder de polícia” (ARAGÃO, 2013, pp. 37-38). Vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>225</sup> Ver JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 227-250.

<sup>226</sup> Cf. ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013, pp. 29-30.

comandos estatais de controle sobre a conformação e os resultados da iniciativa privada para, a partir do processo de desregulação das décadas de 1970 a 1990, expressar, hoje, modos de regulação mais efetivos, mediante **instrumentos de planejamento racional da atividade reguladora por vários canais, tais como a aplicação de métodos de controle menos restritivos e baseados em incentivos**, a aplicação de **administração de riscos às questões regulatórias**, a aplicação de **técnicas de análise de custo-benefício e de impacto regulatório**, ou mesmo a aplicação de uma **perspectiva minimalista de auditagem** de controles regulatórios internos às empresas, de autorregulação ou mesmo de exclusiva homenagem a incentivos de mercado” (grifos acrescentados).

Quando o Supremo Tribunal Federal (STF) é instado a se manifestar sobre a constitucionalidade dos atos normativos emanados pelas Agências, identificam-se dois padrões de resposta:

- a) A Corte não conhece dos pedidos interpostos pela via recursal, por entender que eventual ofensa à Constituição seria reflexa; ou
- b) A Corte empreende um esforço interpretativo para estender o máximo de deferência às opções do Regulador.

Decisão particularmente elucidativa sobre a autocontenção da jurisdição constitucional em matéria de controle aos atos das Agências é o acórdão de mérito da **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.874**, Relatora a Ministra Rosa Weber<sup>227</sup>. A seleção desse julgado atende à justificativa de ter sido uma deliberação cujos efeitos e cujos encaminhamentos do dispositivo são, no mínimo, curiosos. Vejamos.

---

<sup>227</sup> ADI 4.874, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgada em 1º/2/2018, DJe de 1º/2/2019.

A título de contextualização, o objeto de impugnação nesta ação foi uma Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA que proibia aditivos, em especial essências e aromas, em produtos fumígenos.

Com um impedimento, o quórum de julgadores presentes era de dez Ministros. Nove Ministros votaram pela improcedência do pedido de interpretação restritiva à Lei criadora da ANVISA. Quanto ao próprio pedido sucessivo (e incidental) acerca da constitucionalidade da RDC da ANVISA, o “placar” foi de 5 votos pela improcedência, contra 5 votos pela procedência. Ou seja, foi mantida a presunção de constitucionalidade, porém **sem efeitos vinculantes**.

Daí a importância do precedente fixado na ADI 4.874. Mesmo quando o Supremo não formou um consenso pacificador em torno da RDC impugnada, as razões de decidir (“*ratio decidendi*”) consagraram a deferência à interpretação da ANVISA sobre as suas competências normativas.

Destacam-se os seguintes pontos e palavras-chave da ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº 9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº 14/2002. [...] AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. [...]**

1. Ao instituir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Lei nº 9.782/1999 delinea o regime jurídico e **dimensiona as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, autarquia especial.**

[...]

3. A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. **Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária**

e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: (*omissis*)<sup>228</sup>.

[...]

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, **ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência** da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (*Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*)". (grifos acrescentados)

O precedente supratranscrito consigna que levar a sério o mandamento constitucional de intervenção subsidiária do Estado brasileiro na Economia é, também, respeitar as escolhas fundamentadas dos *decision-makers* das Agências Reguladoras<sup>229</sup>.

Nesse particular, pretende-se estender lógica semelhante à competência da ANAC. A hipótese a ser desenvolvida é a seguinte: enquanto estiverem vigentes os mesmos parâmetros de direito material, compete à ANAC interpretar as suas competências e fixar os desdobramentos em atos de cunho normativo.

---

<sup>228</sup> ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS 28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI 4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.

<sup>229</sup> Sebastião Tojal reflete: “[o] controle jurisdicional deve incidir sobre a apreciação da consonância do agir das agências reguladoras (mediante a edição de atos administrativos de regulação), portanto, da adequação da racionalidade material do direito regulatório que expressa essa atividade normativa com o sistema constitucional”. TOJAL, Sebastião B. B. *Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

### 3.3.2. As competências legais da ANAC: edição de normas que viabilizam o exercício das atribuições administrativas

No ponto, vale relembrar uma premissa amplamente debatida nos Tópicos 3.1 e 3.2 deste Relatório. O momento histórico de elaboração do Código Brasileiro de Aeronáutica, precisamente o ano de 1986, guarda uma série de diferenças jurídicas, políticas, econômicas e sociais em relação à conjuntura vivenciada. Essa constatação não é surpreendente, pois 35 anos se passaram.

Em contrapartida, durante as últimas três décadas, as empresas prestadoras de serviços e detentoras de infraestrutura Aviação Civil brasileira não deixaram de funcionar nem de responder, com relativa rapidez, às inovações tecnológicas do mercado. As pressões incorporadas por essas ofertas vão desde novos modelos de aeronaves, até a urgência de ampliação da malha aérea e dos aeroportos às vésperas de o Brasil sediar grandes eventos internacionais<sup>230</sup>.

Um dos atores institucionais mais participativos nesses movimentos de renovação foi, certamente, a ANAC. Participação essa que só foi possível porque a Lei 11.182 de 27 de setembro de 2005 (“Lei 11.182/2005”) criou a autarquia sob bases sólidas e multidisciplinares<sup>231</sup>.

O cerne dessa aposta na capacidade institucional da ANAC, aparelhando-a para exercer ponderações técnicas, administrativas e normativas, é o art. 8º da Lei 11.182/2005. A fim de dimensionar a magnitude e a transversalidade desse rol de competências, o primeiro indício é o número de hipóteses – são 49 incisos só no art. 8º. Confirmam-se o *caput* do dispositivo e o recorte de atribuições:

“Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do **interesse público** e para o **desenvolvimento e fomento** da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e

---

<sup>230</sup> Conforme noticiado em “Aviação Civil e eventos esportivos de grande porte”. Portal da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), 5 jun. 2012. Disponível em <https://www.anac.gov.br/noticias/2012/aviacao-civil-e-eventos-esportivos-de-grande-porte>.

<sup>231</sup> BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. [Cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências]. *Diário Oficial da União*, 28 set. 2005, p.1.

aeroportuária do País, atuando **com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade**, competindo-lhe:

[...]

X – regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

[...]

XIII – regular e fiscalizar a outorga de serviços aéreos;

XIV – conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos;

[...]

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

[...]

XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

XXV – estabelecer o regime tarifário da exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;

[...]

XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem” (grifos acrescidos)

Esses incisos, interpretados sistematicamente, sintetizam bem as funções da ANAC em três “frentes”: (i) a definição dos parâmetros a serem observados pelos *players* dos mercados regulados, aí incluídas as regras de observância obrigatória **e** as hipóteses de descumprimento de maior gravidade; (ii) a fiscalização de acordo com as leis brasileiras, os tratados internacionais **e** as especificações sob a sua própria responsabilidade; e (iii) a estipulação prévia dos requisitos para o ingresso nos mercados de cada um dos setores e a concretização desses ingressos, através das outorgas.

Como se vê, as frentes “i” e “ii” são justamente as competências normativa (*ex vi* verbos “regular” e “expedir normas”) e fiscalizatória (*ex vi* verbo “fiscalizar”)

da ANAC. O escopo dessas iniciativas é fundamental para que os serviços sejam disponibilizados com a modicidade, o acesso e a diversificação de oferta que os usuários da Aviação Civil demandam.

Indo um passo adiante, esses poderes são complementares. A ANAC somente desempenha um trabalho de fiscalização satisfatório se as normas internas, **materiais e procedimentais**, forem atuais e bem calibradas quanto à dicotomia “*atividade econômica da exploração x princípios gerais da delegação de bens e serviços públicos*”<sup>232</sup>.

No que concerne à função de repressão de condutas *contra legem*, remete-se ao inciso XXXV do multicitado art. 8º da Lei 11.182/2005:

“Art. 8º. (*omissis*)

[...]

XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis”

**Se** o art. 8º, inc. XXXV, da Lei 11.182/2005 associa a aplicação das sanções previstas na lei às infrações das condutas prescritas também por lei em sentido estrito; **então**, é perfeitamente possível que a ANAC institua e aplique outras providências administrativas para reagir ao descumprimento de padrões, critérios e detalhes técnicos que a própria Agência instituiu.

Por meio da leitura sistemática do art. 8º da Lei 11.182/2005, com o máximo respeito ao critério da correção funcional, chega-se à conclusão semelhante àquela que, por outra via, os Tópicos 3.1 e 3.2 deduziram. A ANAC

---

<sup>232</sup> Nesse particular, afirma Egon Bockmann Moreira: “A regulação da economia desdobra-se em outro plano: a fixação da forma jurídica do exercício do poder econômico de terceiros (pessoas públicas ou privadas) é regida e controlada pela Administração Pública, segundo competências preestabelecidas em normas de Direito Público (Administrativo). Não existe regulação econômica anódina ou neutra, ainda mais porque envolve a disciplina do poder econômico, cujos limites são aqueles estabelecidos pela disposição do agente unida às características do mercado”. Remete-se a MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia*. 1ª ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016, pp. 181-224.

**não** pode criar sanções nem pode tornar sem efeito o regime sancionatório do CBA (*ex vi* Lei 7.565/1986, art. 289 e seguintes).

**Porém, a ANAC pode (e deve) editar regulamentos que promovam um enquadramento mais eficiente às suas atribuições de padronização normativa e de fiscalização; para tanto, aderindo a providências administrativas diversas da sanção.**

Por fim, duas outras disposições da Lei 11.182/2005 merecem a reprodução e a leitura na íntegra. São elas os arts. 27 e 47, I:

“Art. 27. As **iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos**, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC” (grifado)

“Art. 47. Na aplicação desta Lei, serão observadas as seguintes disposições:

I – os regulamentos, normas e demais regras em vigor **serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela ANAC**, sendo que as concessões, permissões e autorizações pertinentes a prestação de serviços aéreos e a exploração de áreas e instalações aeroportuárias continuarão regidas pelos atuais regulamentos, normas e regras, enquanto não for editada nova regulamentação”.

Os dois artigos ilustram que o legislador de 2005 já previu a necessidade de revisão ampla das normas regulatórias (art. 47, I), inclusive reservando procedimento instrutório especial para as iniciativas normativas ou as alterações do quadro vigente que afetassem direitos dos agentes econômicos (art. 27).

É dizer: a Lei 11.182/2005 não só instituiu o poder normativo da ANAC, como também respaldou a sua atualização constante e a sua intervenção razoável e proporcional em face dos direitos dos agentes econômicos.

Nesse cenário, as diretrizes de Regulação Responsiva permitem o **máximo alcance** a essa importante dualidade entre “*atratividade econômica da exploração x princípios gerais da delegação de bens e serviços públicos*”, de modo a extrapolar o planejamento normativo e influenciar na própria aplicação das normas.

Trata-se, portanto, da projeção das metas sobre a eficiência da função regulatória e sobre a qualidade dos serviços a duas outras missões da ANAC, o **modelo de fiscalização** e a **aplicação de medidas para o (re)alinhamento aos padrões normativos**.

#### 4. O DEVER CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO EMPIRICAMENTE INFORMADA E EFICIENTE:

##### REGULAÇÃO RESPONSIVA, PODER DE POLÍCIA E EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Anteriormente, nos **Capítulos 2 e 3**, buscou-se compatibilizar os procedimentos fiscalizatórios e as providências administrativas cabíveis, ambos em reação a condutas indesejáveis ou desconformes dos regulados.

Neste **Capítulo 4**, por sua vez, analisa-se o dever constitucional de uma regulação empiricamente informada, consectária do princípio da eficiência e recentemente consolidada como mandamento constitucional para toda a administração pública brasileira pela Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021.

Nesse sentido, são analisados respectivamente:

- (i) Os contornos constitucionais relativos ao princípio da eficiência;
- (ii) Os aspectos constitucionais e infraconstitucionais relativos a esse mandamento constitucional de uma regulação empiricamente informada;
- (iii) Estratégias regulatórias possíveis para coletar, sistematizar, processar e analisar as evidências necessárias para essa regulação empiricamente informada, mormente a delegação de fases do ciclo de polícia administrativa à entidade autônoma (autorregulação regulada) e o cruzamento de dados relativo aos Diários de Bordo;
- (iv) O arcabouço teórico da regulação responsiva que demanda a participação também dos usuários dos serviços regulados nesse processo de regulação baseada em evidências.

#### **4.1. O mandamento constitucional da regulação empiricamente informada: o princípio da eficiência e a Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021**

##### **4.1.1. O princípio da eficiência administrativa (art. 37, da CRFB/88) como premissa constitucional da atividade regulatória do Estado brasileiro:**

Especialmente ao longo das décadas de 1970 e de 1980, ocorreram movimentos teóricos e político-ideológicos clamando por um processo de retração (ou ao menos de alteração) do papel desempenhado pelo Estado na vida econômica e social.

Em contraponto às políticas regulatórias vistas como intervencionistas pelos adeptos dessa perspectiva, espalhou-se uma onda neoliberal, capitaneada pelas administrações de Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (Reino Unido).

Como consequência ao ganho de força dessas pautas político-econômicas em prol de uma significativa “reforma do Estado” e das entidades burocráticas que o compõem, ocorreram também mudanças estruturais na organização da Administração Pública de diversos países do mundo ocidental<sup>233-234</sup>. Nessa chave,

---

<sup>233</sup> Cf. PECCI, Alketa. *Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

<sup>234</sup> O debate sobre a regulação e os movimentos políticos em torno da formação do Estado-regulador possui inerentemente um caráter ideológico por trás da concepção de Estado que se adota e sobre qual papel ou o *quantum* de Estado na atividade econômica. No entanto, não é o propósito central deste trabalho abordar esse rico debate. Ao revés, tenta-se aqui realizar uma descrição (nunca completamente imparcial, por óbvio) de acontecimentos históricos que ocorreram, nada obstante estando-se ciente da inexistência da neutralidade acadêmica pura.

Portanto, em notas de rodapé, serão expostas visões críticas acerca das afirmações realizadas. Para uma análise crítica a esse movimento de reforma do Estado, cf. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito da Regulação e Ideologia. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 107-128, jan./mar. 2004; BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Limites da Regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano

“a reforma do Estado foi tida como uma política necessária para os países ocidentais, conforme ficou estabelecido no Consenso de Washington, passando a ser também exigência do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional em seus financiamentos”.<sup>235</sup>

Por exemplo, ao longo dessas décadas e consolidando-se durante a década de 1990, o arcabouço teórico desenvolvido pelo movimento denominado sob o termo guarda-chuva “**New Public Management (NPM)**”<sup>236</sup> ganhou proeminência em países como Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia. Em linhas gerais, a NPM pretendia alterar exatamente a gestão do setor público, adaptando conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para dentro da administração pública.<sup>237</sup>

Na década seguinte, nos anos de 1990, esse movimento em prol da reforma, ou até retração, do papel do Estado no domínio econômico nacional ganhou força em países latino-americanos<sup>238</sup>, fomentando agendas de pesquisa e programas governamentais ou internacionais direcionados à mensuração da

---

7, n. 25, jan. 2009; VARGAS, Daniel. Estado-reconstrutor. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, 2017.

<sup>235</sup> SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Regulação ambiental*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 332.

<sup>236</sup> Para uma obra seminal sobre o tema, Cf. LANE, Jan-Erik. *New Public Management*. London and New York: Routledge, 2000. O autor, inclusive, defende a imparcialidade científica da teoria, afirmando que ela não estaria restrita aos movimentos neoliberais, apenas se apoiaria em insights trazidos tanto pela Análise Econômica do Direito (Law and Economics), quanto pela Teoria dos Jogos (game theory), Cf. as páginas 3 e 7 do livro.

<sup>237</sup> Por óbvio, a afirmação possui conotação genérica na medida em que não é o intuito deste trabalho se aprofundar nos elementos históricos ou nos pressupostos centrais do referencial teórico-metodológico da New Public Management. Para uma perspectiva geral sobre esse “paradigma”, Cf. MCLAUGHLIN, Kate; OSBORNE, Stephen P; FERLIE, Ewan. *New Public Management: current trends and future prospects*. London and New York: Routledge, 2005.

<sup>238</sup> “The last 30 years or so have witnessed a near revolution in the form, function, extent, role and practices of the modern nation-state – at least the Western nation-state. The state as the penultimate, all-encompassing entity that designs, finances, owns, manages, and delivers various services directly to the public has withered. Central planning, state-led development, and the state as co-ordinator and orchestrator of economic and social innovation, are now artefacts of a bygone era. The “interventionist” Keynesian welfare state along with its extensive bureaucracies and command and control governance mechanisms has been progressively dismantled, while its footprint on the economic life of the state has been massively downsized. In the space of a single generation we have witnessed one of the great transformations of the modern era; the death of the ‘interventionist’ state and the rise of the ‘regulatory state” (JARVIS, Darryl S. L. *The Regulatory State in Developing Countries: Can It Exist and Do We Want It? The Case of the Indonesian Power Sector*. *Journal of Contemporary Asia*, v. 42, n. 3, pp. 464-492, August 2012, pp. 464-465).

influência do ambiente jurídico-institucional de uma nação em torno de seu desenvolvimento socioeconômico.

Por trás dessas iniciativas, o intuito era justamente o de promover reformas institucionais no aparato estatal, no arcabouço normativo e na organização administrativa dos Estados a fim de construir um ambiente econômico estável alicerçado, no âmbito jurídico, pelo “paradigma do *Rule of Law*” e pela busca por segurança jurídica para as transações do mercado.<sup>239</sup>

Segundo Bresser-Peixeira<sup>240</sup>, esse movimento de “**reforma do Estado**”<sup>241</sup> ocorreu, no Brasil, especialmente durante a década de 1990, destacando-se 4 (quatro) elementos cruciais à época:

- (i) **A delimitação do tamanho do Estado** – com propostas de privatização e maior deferência à iniciativa privada;
- (ii) **A definição da intensidade do papel regulador do Estado** – com ideias de desregulação e menor grau de intervenção no funcionamento do mercado;
- (iii) **O aumento da governança estatal**, envolvendo a capacidade financeiro-administrativa do governo de implementar decisões políticas, superar a crise fiscal e redefinir as formas de intervenção estatal no plano econômico-social, por exemplo; e
- (iv) **O aumento da governabilidade**, ou seja, da capacidade política do governo de intermediar interesses e de garantir sua legitimidade.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, jan-jun 2010, p. 214.

<sup>240</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova*, São Paulo, n. 45, pp. 49-95, 1998, pp. 49-50.

<sup>241</sup> Para uma leitura crítica desse contexto, Cf. BERCOVICI, Gilberto. A volta dos que não foram: para lembrar o “Estado Regulador”. *Consultor Jurídico*, Brasília, 5 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-05/estado-economia-volta-nao-foram-lembrar-estado-regulador> Acesso em 13 de junho de 2019.

<sup>242</sup> Para uma crítica desses pressupostos, Cf. BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a Agonia

Quer se goste ou não desse amplo movimento de reforma do Estado brasileiro ou se discorde quanto às motivações que levaram a essa mudança no perfil do Estado diante da organização econômica nacional, fato é que o contexto histórico-social, as transformações na política econômica de um país e as disputas políticas vigentes são fatores capazes de influenciar, direta ou indiretamente, o arcabouço legal e institucional, os entendimentos jurisprudenciais e as próprias teorias jurídicas de determinada época.

Não por acaso, no âmbito brasileiro, Mario Gomes Schapiro<sup>243</sup> esclarece que a década de 1990 provocou uma “profunda reorganização jurídico-institucional do ambiente econômico nacional”, o qual “passou a funcionar de acordo com novos pressupostos e parâmetros”.

Uma das causas para essa reorganização jurídico-institucional foi justamente o **duplo movimento** ocorrido na orientação das políticas econômicas brasileiras.

**De um lado**, a reforma do Estado brasileiro com a conseqüente privatização dos serviços públicos. Nessa seara, houve “um modelo de desenvolvimento econômico” nacional intervencionista, no qual o Estado se encontra no centro da organização econômica. **De outro**, a internacionalização da economia brasileira, submetendo-a às dinâmicas concorrenciais do mercado global.

Como conseqüência, Egon Bockmann Moreira<sup>244</sup> bem ilustra que o Direito Público, e em especial o Direito Administrativo, teve de se adaptar a essas

---

da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. XLIIIX, 2006. Para um balanço desse período “fora” da literatura jurídica, Cf. ABRANCHES, Sérgio. *Reforma do Estado na era FHC: diversidade ou fragmentação da agenda de políticas de gestão pública*. Tese (Doutorado), Faculdade Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2004;

<sup>243</sup> SCHAPIRO, Mário Gomes. *Prefácio*. In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (Coord.). *Direito e Economia na Regulação Setorial*. São Paulo: Editora Saraiva (Série GVLaw), 2009, p. 9. A referência se aplica para o próximo parágrafo também.

<sup>244</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas Relações com a Economia*. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016, pp. 19-20.

mudanças estruturais acerca da concepção de Estado e às diretrizes econômicas do país na década de 1990.

Esse “processo de desestatização” fomentou a “transferência para a iniciativa privada de determinadas atividades econômicas e prestação de serviços antes exercidas pelo Estado”, como foi o caso das telecomunicações e da energia elétrica.<sup>245</sup>

Sob o paradigma do “Estado Regulador”<sup>246</sup>, moldou-se a Administração Pública contemporânea tanto em uma *perspectiva material* (funções exercidas *quanto institucional* (estrutura decisória policêntrica)<sup>247</sup>, permitindo sobretudo a ascensão das chamadas *agências reguladoras* no Brasil.

Demais disso, várias **alterações legais**, especialmente, na seara do Direito Administrativo, também ocorreram: a Lei de Desestatização (Lei nº 9.491/97) e a Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995) são exemplos nesse sentido.

Porém, **no âmbito constitucional**, um dos marcos desse período foi a aprovação **da Emenda Constitucional nº 19**, no ano de 1998. Por meio dessa Emenda Constitucional, entre várias outras inovações, o artigo 37 da Constituição Federal passou a prever expressamente a **eficiência administrativa** como princípio norteador da Administração Pública brasileira.<sup>248</sup>

O acréscimo da eficiência no rol de princípios que guiam a própria atividade administrativa do Estado brasileiro não foi uma inovação diminuta. A

---

<sup>245</sup> SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Regulação ambiental*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 333. Para uma visão doutrinária do ex-Ministro Joaquim Barbosa sobre esse processo, Cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da democracia (uma reflexão de direito constitucional e comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>246</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *A formação do estado regulador*. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 76, n. 76, p. 139-156, Nov. 2006.

<sup>247</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 257-259; JORDÃO, Eduardo. *Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2016, pp. 34-35.

<sup>248</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

despeito de críticas quanto à falta de rigor metodológico para sua operacionalização e à amplitude de caminhos decisórios a partir deles<sup>249</sup>, no âmbito do Direito Administrativo-Constitucional, os princípios são relevantes para conferir flexibilidade e equilíbrio entre, de um lado, os direitos dos administrados e, de outro, as prerrogativas da administração pública.<sup>250</sup>

Apoiando-se na síntese de Hely Lopes Meirelles, os princípios representam os padrões que orientam a prática dos atos administrativos pelo Poder Público. Sendo assim, consistem nos “*fundamentos da ação administrativa ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública*”. Por consequência, “*relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais*”.<sup>251</sup>

Nessa linha, em nome do direito dos administrados de obterem uma prestação pública de qualidade, capaz de oferecer respostas às demandas sociais, o princípio da eficiência administrativa estabelece um dever constitucional de concretizar a administração *ótima*<sup>252</sup> da coisa pública. O Estado, portanto, fica obrigado a perseguir o melhor resultado possível em face:

- (i) Dos objetivos e fins da Constituição;
- (ii) Das metas visadas, inicialmente, no processo de elaboração da política regulatória; e
- (iii) Das alternativas regulatórias disponíveis para solucionar a questão identificada. Para tanto, sempre incorporando a noção de que o gasto dos recursos

---

<sup>249</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

<sup>250</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Editora Forense, 2019.

<sup>251</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 82.

<sup>252</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

disponíveis precisa ser plausível, de preferência o menor<sup>253</sup>.

Apoiando-se no arcabouço metodológico proposto por Fernando Leal<sup>254</sup> acerca da operacionalização e da própria compreensão desse princípio do art. 37, caput, da CF/88, André Cyrino<sup>255</sup> sustenta a existência de uma “**cláusula geral da eficiência**” no texto constitucional brasileiro.

Para o autor, **de um lado**, trata-se de **princípio jurídico**, o qual “aponta para um estado de coisas a ser alcançado: a melhor organização estatal para a tomada de decisão”, (...) um arranjo institucional otimizado”<sup>256</sup>. Nessa acepção da eficiência, o administrador deixou de ser “*puro conformador do direito*” e, passou a desempenhar verdadeiro papel de “*gestor de cenários*, em muitos casos econômicos, com elevado grau de incerteza”.<sup>257</sup>

Apesar de não implicar no “menosprezo aos demais cânones constitucionais, como os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade”, o princípio jurídico da eficiência impõe “um padrão de ação estatal” que busca a “otimização da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis e a maior celeridade”.<sup>258</sup>

**De outro lado**, o artigo que constitucionalizou a eficiência administrativa pode também ser lido como uma “**meta-norma, um postulado normativo aplicativo**”. Dessa maneira, a eficiência é lida como “parâmetro para realização

---

<sup>253</sup> TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. *Prismas*, Brasília, v. 4, n.2, p. 43-54. Jul./dez. 2007, p. 45.

<sup>254</sup> A eficiência é “uma finalidade inerente ao próprio Estado, que tem que alocar recursos, prestar serviços públicos e garantir condições materiais e instrumentais para a fruição de direitos” (LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 15, p. 1-24, 2008).

<sup>255</sup> CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 167-173.

<sup>256</sup> CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 173.

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. Algumas Reflexões Sobre o Controle Judicial da Administração Pública Contemporânea. *Revista de Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017, p. 223.

<sup>258</sup> CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 173.

de direitos”, bem como para o grau de “intervenção do Estado na economia, que deverá combinar, a um só tempo, a maximização da riqueza e a otimização distributiva diante das outras finalidades constitucionais”.<sup>259</sup>

Ressalte-se a advertência de que a eficiência não consiste na mera análise do menor custo ou da solução financeiramente mais barata. A ideia de **custo-benefício** deve incidir nessa equação, com olhos atentos para a qualidade da prestação do serviço público analisado por exemplo.

Se no debate econômico, há diferentes métodos para mensurar a eficiência e forte discordâncias até mesmo quanto ao seu conteúdo<sup>260</sup>, ao menos em alguma medida, é importante levar em consideração essa noção de custo-benefício das escolhas alocativas<sup>261</sup> feitas pelo Poder Público, bem exploradas por exemplo pelo professor Cass R. Sunstein<sup>262</sup> dentro do contexto dos EUA.

São necessários, portanto, parâmetros racionais de justificação da intervenção estatal e/ou da política regulatória proposta, os quais precisam levar em conta questões como: (a) *outras opções de atuação* (v.g. não-intervenção e outras possibilidades regulatórias), bem como (b) *a promoção de certos valores fundantes da República* (art. 1º, III e IV, da CRFB/88) no alcance de seus *objetivos* (art. 3º, II e III, da CRFB/88).

Nesse segundo ponto relativo aos valores da República Federativa do Brasil, confira-se a exposição do Ministro Eros Roberto Grau, em sede da **ADI**

---

<sup>259</sup> CYRINO, André. *Direito Constitucional Regulatório*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 169-170.

<sup>260</sup> Vale a ressalva, no entanto, de que o conceito de eficiência é alvo de importantes debates econômicos, sobretudo no âmbito da microeconomia. Nesse sentido, Cf. RESENDE, Caio Cordeiro. *Falhas de mercado: uma análise comparativa da Escola do Setor Público Tradicional e da Escola Austríaca*. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília DF, 2012, Capítulo 1.

<sup>261</sup> Sobre o tema das escolhas alocativas do Poder Público, vide: CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978; SUNSTEIN, Cass R; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

<sup>262</sup> Para a operacionalização dessa perspectiva, Cf. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit State: the future of regulatory protection*. Chicago: ABA Publishing, 2002; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost-Benefit Revolution*. Cambridge, MA: MIT Press, 2018. Para uma questão de definição dos valores éticos, políticos e jurídicos nesse exame: SUNSTEIN, Cass R. *Valuing Life: Humanizing the Regulatory State*. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

2.877/RJ<sup>263</sup>, que delinea uma perspectiva crítica em torno do princípio da eficiência e apresenta uma proposta interpretativa para compreendê-lo:

**“A afirmação da eficiência como princípio da Administração Pública, importa sua vinculação [...] pelo dever de adoção de métodos organizativos voltados à obtenção do melhor resultado possível decorrente de sua ação; mas, sem dúvida, tais métodos devem ser adequados aos objetivos definidos no artigo 3º da CB por isso, a correta compreensão da eficiência reclama: (I) o discernimento das alternativas consideradas possíveis e, concomitantemente, (II) a avaliação dos interesses jurídicos envolvidos em cada ação.**

O melhor resultado a ser alcançado não é definido [somente] em termos econômicos, porém em adequação às normas-objetivo definidas pelo ordenamento, em especial as do art. 3º da CB”. (Grifos e acréscimos nossos).<sup>264</sup>

No âmbito dos **serviços públicos**, o princípio ganha ainda maior relevância. Isso porque são serviços instituídos e prestados com a função precípua de satisfazer e de garantir determinadas necessidades sociais, como transporte aéreo, fornecimento de energia elétrica, ordenação das infraestruturas de redes de telecomunicação etc.

---

<sup>263</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2877. Rel. Min. Marco Aurélio. Redatora p/ Acórdão Min. Cármen Lúcia. PLENÁRIO, j. em 08/03/2018, DJe 06/08/2018, p. 101.

<sup>264</sup> Em sentido similar, porém em sede doutrinária, Celso Antônio Bandeira de Melo acredita que o princípio da eficiência deve ser lido como um desdobramento do “*princípio da boa administração*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92).

A partir do paradigma de uma “**Administração de Resultados**”<sup>265</sup>, concretizar tal princípio é guiar o exercício da Administração sob uma ótica *funcional*<sup>266</sup>: focar a atividade administrativa para a persecução de finalidades públicas objetivadas no ordenamento constitucional.<sup>267</sup>

Sobretudo em países ainda em desenvolvimento como o Brasil, a Administração Pública não é mais cobrada somente em relação (i) à conformidade de sua atuação com a lei (**legalidade** de suas ações), (ii) ao procedimento deliberativo adotado (**participação social** inclusiva em detrimento da “*captura regulatória*” por grupos de interesse econômico), ou (iii) à **moralidade** de seu agir e à **proporcionalidade** de suas ações.<sup>268</sup>

Atualmente, portanto, o Poder Público brasileiro deve explicações também em relação aos **resultados** que entrega à sociedade, ou seja, sobre a eficiência de suas escolhas regulatórias e políticas públicas.<sup>269</sup>

Dessa maneira, o Regulador precisa **apresentar resultados e produzir benefícios que justifiquem os custos de suas escolhas**<sup>270</sup>. Resultados, benefícios e custos esses que não são escolhidos ou mensurados a partir de uma visão econômica privada de lucro. Mas, sim, sob a óptica do melhor desempenho da atividade regulatória na busca de concretizar as missões de interesse coletivo que lhe incumbe.<sup>271</sup>

---

<sup>265</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

<sup>266</sup> “O direito como ciência da prescrição de comportamentos, é necessariamente finalístico. Fins confusos geram meios imperfeitos, e meios perfeitos, não utilizados para a consecução de fins, são perfeitamente inúteis”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

<sup>267</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 275-276.

<sup>268</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, 2005.

<sup>269</sup> SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution: reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 186-192.

<sup>270</sup> Sobre o tema, Cf. SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S2, pp. 1059-1103, June 2000; POSNER, Eric A. Controlling Agencies with Cost-Benefit Analysis: a positive political theory perspective. *The University of Chicago Law Review*, v. 68, n. 4, Fall 2001.

<sup>271</sup> “Em radical oposição a essa *nomocracia estática*, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados [...] “a legitimidade do

Afinal, como já ressaltado pelo Ministro Luiz Fux, em sede da **ADI 4874**, a própria atuação regulatória pode provocar externalidades negativas capazes de aumentar custos sociais.<sup>272</sup>

Não é por outra razão que, baseando-se em tal racionalidade, a própria *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE) tem recomendado práticas que potencializam a **qualidade da regulação**<sup>273</sup> que perpassem por atividades como:

- (i) Identificar problemas e estabelecer metas/objetivos de forma clara;
- (ii) Fundamentar suas soluções regulatórias e escolhas alocativas, especialmente, a partir de evidências empíricas coletadas com rigor, oferecendo-se propostas realistas para resolver o problema identificado;
- (iii) Avaliar a compatibilidade das soluções apresentadas com a base legal existente no setor;
- (iv) Avaliar a coerência das estratégias regulatórias apresentadas em relação às políticas regulatórias já existentes no setor;

---

*Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente*” (COMPARATO, Fábio Konder. *Juízo de constitucionalidade das políticas públicas*. In: MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 350-351).

<sup>272</sup> “*Em geral, a teoria econômica modela a tomada de decisão individual como medida de custos e benefícios. Tais custos incluem não apenas os custos individuais diretos de determinada atividade econômica, v.g os custos de produção dos fabricantes de cigarro, mas também as externalidades decorrentes do comportamento de outros agentes econômicos, v.g. o regulador. O somatório do custo privado mais externalidades constitui o custo social. Em que pese, os conceitos de custo social e externalidades sejam frequentemente empregados como argumentos para a intervenção estatal, na ordem econômica, a correlação não é direta nem necessária. Isso, porque, a exemplo do presente caso, é possível que a atuação regulatória provoque as externalidades negativas que aumentam os custos sociais*”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4874. Rel. Min. Rosa Webber, PLENÁRIO, j. 01/02/2019, DJe 01/02/2019, p. 154.

<sup>273</sup> OECD. Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, OECD Legal Instruments. Paris: OECD Publishing, 2019.

- (v) Produzir resultados que justifiquem os custos tomados, com especial atenção à intensidade da intervenção escolhida e aos seus efeitos deletérios para o mercado;
- (vi) *Incluir* as partes interessadas nas discussões prévias à formulação da medida, levando em conta a distribuição dos seus custos entre atores envolvidos (e.g. consumidores, empresas, governo); e assim em diante.

Em resumo, com a constitucionalização do princípio da eficiência administrativa, não basta mais exercer a função regulatória do Estado a partir de sólido respaldo legal. **É igualmente necessário que a atividade regulatória seja eficiente:** diligente, adequada e condizente com os recursos ali empregados.

Sendo a eficiência um princípio regente da Administração Pública, o Regulador é fiscalizado por suas escolhas no tocante **(i)** à suficiência dos motivos<sup>274</sup> que as originaram frente à discricionariedade<sup>275</sup> que lhe é concedida, bem como **(ii)** aos efeitos propagados por tais escolhas frente aos objetivos/metasp visados e aos custos gerados.

Por isso, a legitimidade da Administração não se pauta mais somente na lei, vista como barreira da arbitrariedade estatal, mas sim na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, por meio da prestação eficiente dos serviços públicos.<sup>276</sup>

---

<sup>274</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

<sup>275</sup> “Se a discricionariedade é constitutiva de uma governança desenvolvimentista, os controles da administração pública são igualmente conformadores de uma governança democrática. Em outras palavras, na democracia, ao poder de escolha adquirido pela competência discricionária, justapõem-se dispositivos de controle, que delimitam os espaços decisórios e também funcionam como incentivo para os tomadores de decisão”. SCHAPIRO, Mário Gomes. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n.2, mai-ago 2016, p. 320.

<sup>276</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 285.

Cuida-se de cobrar o Estado-regulador acerca da **consistência interna e externa** de sua atuação.

A **primeira (interna)** está relacionada ao juízo de proporcionalidade entre o que se propõe (objetivo regulatório) e a medida (finalidade regulatória), ou seja, a consistência entre esses dois elementos.

Já a **segunda (externa)** encontra-se imbricada na noção de que os objetivos previamente propostos têm de ser alcançados pela Administração Pública: uma **consistência na alocação de recursos**.

Desde a fase de formulação da política regulatória, é preciso abordar de forma realista e eficiente os problemas sociais e econômicos identificados, sempre à luz da disponibilidade de recursos (humanos, econômicos ou políticos) e dos instrumentos técnicos necessários para tanto.<sup>277</sup>

É nesse sentido que, desde muito, o **Tribunal de Contas da União (TCU)** se manifesta<sup>278</sup>:

“A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, moralidade e da impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos Princípios da Eficiência e da Economicidade. A ênfase dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, **a atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, legalidade etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência e da economicidade**”.<sup>279</sup> (Grifos nossos)

**“A gestão da ‘res publica’ não mais pode contentar-se singelamente em atender ao imperativo da legalidade**

---

<sup>277</sup> RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 267-268.

<sup>278</sup> Sobre o tema, vide BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>279</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão nº 765, PLENÁRIO (DC – 0765-47/99-P).

**nos seus atos. Há que ser produtiva, há que ser eficiente no uso dos recursos, há que produzir resultados tangíveis.** Tais são os reclamos da sociedade moderna quanto à atuação dos administradores públicos, os quais encontram abrigo nos princípios da economicidade, eficácia e eficiência”<sup>280</sup>. (Grifos nossos)

Já no âmbito do Poder Judiciário, Carlos Ragazzo<sup>281</sup> bem expõe que o próprio Estado-juiz possui papel importante no escrutínio do agente regulador. Ao realizar tal tarefa, pode estimulá-lo a identificar claramente **(i)** os objetivos regulatórios que está buscando, bem como **(ii)** a alternativa que melhor representa a relação de custo e benefício em ordem de contribuir “*para o aumento da transparência e, portanto, da participação democrática*”.

Em igual sentido, o Ministro Luiz Edson Fachin<sup>282</sup> já realçou que o próprio controle judicial acerca dos atos regulatórios multidisciplinares tem sido reformulado de modo a escrutinar elementos como:

- (i)** a indicação compreensível das razões de decidir;
- (ii)** [a ocorrência de] erro na aplicação da lei;
- (iii)** precisão, confiabilidade e consistência dos fatos;
- (iv)** suficiência de provas para o exame de uma situação complexa;
- (v)** Erro manifesto na apreciação dos fatos; ou
- (vi)** Abuso de poder”.

Em conclusão, essencialmente, extrai-se que a constitucionalização do princípio da eficiência fez com que a legitimidade da atuação da Administração

---

<sup>280</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 067/1995 – 2ª Câmara AC-0067-07/95-2.

<sup>281</sup> RAGAZZO, Carlos. Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 255-256.

<sup>282</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4874. Rel. Min. Rosa Webber, PLENÁRIO, j. 01/02/2019, DJe 01/02/2019, p.119.

Pública (em especial, na seara regulatória) deixasse de se pautar numa concepção formalista de mera convergência com a lei.

Pelo contrário, o atual paradigma constitucional demanda, no qual a eficiência é um princípio norteador da administração pública brasileira, a apresentação de resultados positivos e de escolhas alocativas conscientes<sup>283</sup>, as quais contemplem questões como:

- (i) Qual é o problema que a política regulatória pretende solucionar?
- (ii) Qual é a realidade orçamentária disponível e qual é o dispêndio necessário para solucionar o problema identificado?
- (iii) Quais são os resultados pretendidos com a medida?

Como demonstrado anteriormente, a constitucionalização do princípio da eficiência faz com que a Administração Reguladora seja cobrada mais incisivamente pelos **resultados** que entrega, em conjunto com os meios que adota, avaliando-se a compatibilidade desses meios com a legislação aplicável e com os parâmetros constitucionais pertinentes.

No entanto, é preciso ir além. A concretização efetiva desse “*mandamento de otimização*”<sup>284</sup> da eficiência, no âmbito administrativo-regulatório, demanda que a ***atividade regulatória seja empiricamente informada***.<sup>285</sup>

O raciocínio é o seguinte. O estabelecimento de políticas regulatórias eficientes (art. 37, *caput*) e responsivas frente aos problemas reais requer que o regulador detenha informações suficientemente sólidas e atualizadas acerca dos

---

<sup>283</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 105.

<sup>284</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

<sup>285</sup> SUNSTEIN, Cass R. Empirically Informed Regulation. *The University of Chicago Law Review*, v. 78, 2011.

aspectos institucionais do mercado regulado e das dinâmicas entre os atores econômicos envolvidos, por exemplo.<sup>286</sup>

De nada adianta afirmar que é importante que a Agência Reguladora atue de forma responsiva quanto ao comportamento do agente (mais branda, caso o agente seja cooperativo e mais incisiva, caso ele seja um descumpridor de normas contumaz) se ela não detém as evidências empíricas necessárias sobre a qualidade do serviço prestado por ele ou da taxa de reclamações por descumprimento de normas etc<sup>287</sup>.

Vale a ressalva, todavia, de respeito e de observância aos parâmetros impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) para o tratamento desses dados, caso se enquadrem no conceito legal de “*dado pessoal*”<sup>288</sup>.

Essa constatação não deriva somente de construções doutrinárias. Em verdade, com o advento da **Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021**, essa diretriz se tornou uma obrigação constitucional a ser observada por toda a administração pública brasileira. É o que se aborda a seguir.

---

<sup>286</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, 2018, p. 257-258.

<sup>287</sup> Cumpre ressaltar que, mesmo com a obtenção de uma série de dados e de informações relevantes, políticas regulatórias possuem o risco de falhar, em razão de falhas institucionais ou limitações cognitivas humanas, por exemplo. Ocorre que, sem os dados e as informações mencionados, a probabilidade desses “erros” ressoa infinitamente maior. No ponto, vide ACHARYA, Viral V; COOLEY, Thomas; RICHARDSON, Matthew; WALTER, Ingo. Market Failures and Regulatory Failures: lessons from past and present financial crisis. *ABDI Working Paper Series no. 264*, February 2011.

<sup>288</sup> Segundo o artigo 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados, os dados pessoais são todas as informações relacionadas “a pessoa natural identificada ou identificável”.

#### 4.1.2. Regulação baseada em evidências: o dever legal de acompanhamento conjuntural de políticas públicas de cunho regulatório

Apesar de todos os direitos (“negativos” ou “positivos” – “individuais ou sociais”<sup>289</sup>) demandarem algum tipo de prestação por parte do aparato estatal para que possam ser fruídos por seus *sujeitos de direito* (os cidadãos brasileiros), bem como todos os direitos gerarem custos<sup>290</sup> para o Estado implicando na alocação de recursos financeiros escassos<sup>291</sup>, a fruição dos chamados *direitos sociais* confere maior intensidade a esses fatores.<sup>292</sup>

Em grande medida, sobretudo no que diz respeito aos chamados direitos sociais, a fruição e concretização desses direitos demandam **políticas públicas** bem estruturadas e a sua eficiente implementação, uma vez que o direito ao transporte demanda uma infraestrutura de logística adequada, a organização de malhas rodoviárias, aeroviárias, fluviais etc. e até uma equilibrada precificação das tarifas cobradas, por exemplo.

Como bem explicita Maria Paula Bucci<sup>293</sup>, as políticas públicas se encontram na intersecção de diferentes dimensões da vida social, importando sobretudo a sua confluência entre direito e política, para os fins da presente análise.

Segundo a autora, **de um lado**, é na **arena política** que usualmente são formulados os objetivos da política pública e seus direcionamentos, por meio de disputas por redistribuição do poder e o arbitramento de conflitos entre os

---

<sup>289</sup> Apesar de receber algumas críticas e propostas de reformulação, essas nomenclaturas e distinções são usuais na doutrina constitucional, Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>290</sup> Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

<sup>291</sup> Cf. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W. Norton & Company, 1978.

<sup>292</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>293</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

variados interesses político-econômicos envolvidos, os quais impactarão também as próprias expectativas sobre o tempo e os resultados dessa política pública.

**De outro**, cabe ao **Direito** “conferir expressão formal e vinculativa” aos objetivos definidos na arena política e à própria política pública em si, valendo-se de um arcabouço normativo e institucional para não só operacionalizá-los como também realizar um adequado plano de ação para esse fim.

Em outras palavras, as políticas públicas demandam *suporte jurídico-institucional* adequado para que possam produzir os efeitos pretendidos. Assim, a implementação<sup>294</sup> das políticas públicas “deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública”<sup>295</sup>. Não por acaso, **em termos jurídicos**, as **políticas públicas** podem ser entendidas como:

“O **programa de ação governamental** que resulta de um processo ou conjunto de **processos juridicamente regulados** – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando **coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas**, para **realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados**.”

Como tipo ideal, a política pública deve visar a **realização de objetivos definidos**, expressando a **seleção de prioridades**, a

---

<sup>294</sup> Cf. BRITES, Carla Mario; CLEMENTE, Augusto Junior. Implementação de políticas públicas: breve revisão de literatura. *Revista Nau Social*, v. 10, n. 18, p. 27-37, maio-outubro, 2019.

<sup>295</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

**reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados**<sup>296</sup>

Não obstante, de nada adianta formular políticas públicas desestruturadas ou cujos objetivos fossem incompatíveis com a Constituição. Mais comumente, no entanto, percebe-se outro problema: de nada adianta elaborar políticas públicas bem-intencionadas ou até condizentes com o texto constitucional, porém cuja operacionalização se apresenta inócua e ineficaz.

Ora, se os objetivos de uma política pública precisam estar embasados em mandamentos legais e constitucionais, essas políticas precisam ser igualmente capazes de cumprir com os objetivos que se propõem concretizar, sob pena de tornar o próprio texto constitucional em mera “*lirica constitucional*”<sup>297</sup>, uma letra fria no papel.

Por essa razão, como bem ressalta João Trindade Cavalcante Filho<sup>298</sup>, é verdadeiro consenso na atualidade que “a formulação e a avaliação de políticas públicas — sem perder seu evidente aspecto ético e político, no sentido de construção de consensos e respeito ao princípio majoritário — têm como um aspecto essencial (...) **o necessário embasamento em evidências científicas**”.

Com isso, o intuito é que essas políticas públicas “*deem certo*”, ou seja, produzam resultados efetivos, os quais consigam alcançar os objetivos que embasaram a própria formulação da política pública em questão.

Apenas ciente de elementos como *a extensão real do problema social identificado, as variáveis socioculturais e político-econômicas que nele incidem e o*

---

<sup>296</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

<sup>297</sup> ALEXY, Robert. *Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat*. In: AARNIO, Aulis. *Justice, Morality and Society: a tribute to Aleksander Peczenick on the occasion of his 60<sup>th</sup> birthday*. Lund: Juristforlaget i Lund, 1997, p. 29.

<sup>298</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *É o fim das políticas públicas baseadas em achismo?* Revista Consultor Jurídico (ConJur), Brasília, 15 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#_ftn2)

*segmento populacional impactado*, é que o Poder Público poderá elaborar e implementar políticas públicas efetivas.

É preciso, antes, compreender o problema e as variáveis ao seu redor para que, depois, seja possível formular soluções. Caso contrário, essas soluções correm sério risco de recair na inefetividade. Além disso, esses elementos não são estanques. É dizer: podem mudar ao longo do tempo, o que demanda constantes monitoramento e fiscalização dos resultados apresentados pela política pública e sua interação com essas variáveis ou com a conjuntura orçamentária, por exemplo.

Por conseguinte, ao lado de imprescindíveis reflexões sobre elementos político-distributivos e éticos, todo o processo de *policy making*, expressado pelas variadas fases que compõem por exemplo o “*ciclo das políticas públicas*”<sup>299</sup>, precisa estar lastreado em evidências empíricas, com base em dados e informações acerca do setor regulado, das características relativas aos atores que o compõem e dos destinatários das políticas regulatórias elaboradas.

Isso porque esses elementos auxiliam substancialmente no processo de mensuração dos custos e dos resultados esperados da política pública proposta, especialmente em face de outras opções de atuação e até da opção de não atuação<sup>300</sup>.

Como se sabe, as políticas públicas podem ter enfoques distintos, de acordo com seu âmbito de incidência como por exemplo: políticas sociais, políticas econômicas, políticas educacionais, políticas ambientais, políticas regulatórias, sendo essa última o enfoque deste trabalho.

Essas políticas públicas de cunho regulatório (**políticas regulatórias**) não devem estar “somente” em conformidade com o texto constitucional e o marco legal aplicável. A bem da verdade, devem ser elaboradas e implementadas com o

---

<sup>299</sup> SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, Dec. 2006, p. 29.

<sup>300</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. É o fim das políticas públicas baseadas em achismo? *Revista Consultor Jurídico* (ConJur), Brasília, 15 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#_ftn2)

objetivo de solucionar uma problemática social em prol dos cidadãos usuários daquele serviço público.

Nessa linha, a necessidade de se instaurar uma **regulação empiricamente informada** se volta para a identificação, a prevenção e a mensuração do impacto efetivo da política pública de cunho regulatório (no caso deste relatório, especificamente voltada para o setor de aviação civil) tanto em relação aos seus **destinatários instrumentais** (v.g. atores regulados), quanto no tocante aos seus **destinatários finais** (v.g. os cidadãos que sofrerão os impactos diretos da medida), devendo destinar-lhes espaço e voz durante o ciclo de *policy making*.<sup>301</sup>

Esse ciclo de “vida” das políticas públicas está consolidado por 7 (sete) processos retroalimentáveis. Inicialmente, tem-se a transformação de um problema individual em um problema de índole social, cujo *status* pode se tornar de problema público, caso as instituições governamentais o encampem e decidam endereçá-lo.

Após identificado e delimitado esse problema público, faz-se necessária à sua estruturação e, em seguida, a construção das opções reais para solucioná-lo. Esse processo envolve forte ingerência política, junto com a tomada de decisões importantes, pois será influenciado por certos valores, os quais moldarão os objetivos da política pública e a moldura de soluções tidas como possíveis para o caso concreto.

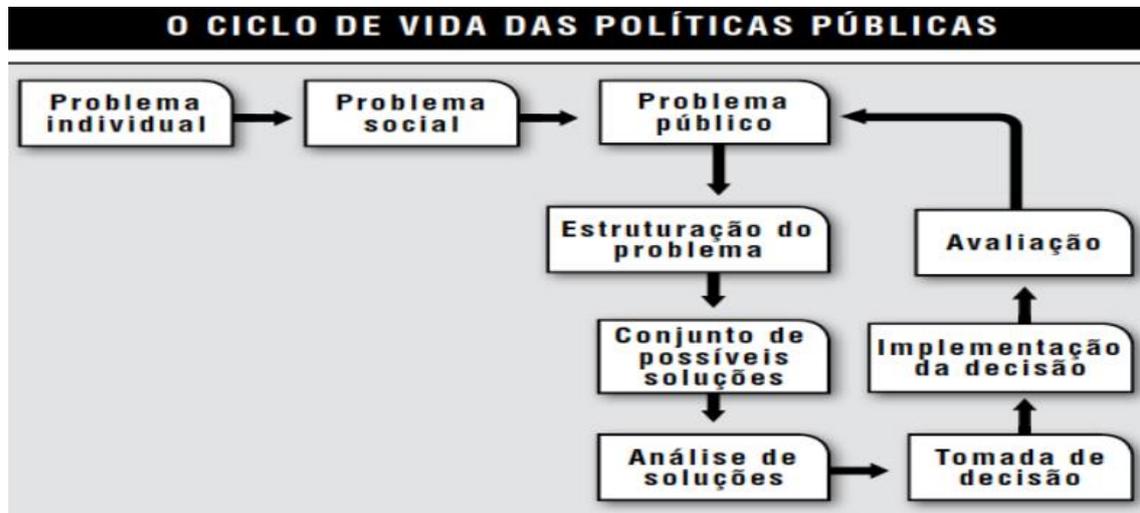
A solução elegida como “mais adequada”, contudo, demandará um equilíbrio entre viabilidade política e ponderação técnica. Por fim, passa-se às etapas de implementação da política pública e de avaliação (atualmente, mandamento constitucional). Nessas, são analisados os resultados entregues pela

---

<sup>301</sup> CASTRO, Marco Túlio de Barros; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Uma abordagem jurídica de análise de políticas públicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Brasília, v. 4, n. 2, jun 2017, p. 17.

política pública e os impactos por ela gerados. Se insatisfatórios ou negativos, promove-se um reajuste na política ou propõe-se sua substituição.<sup>302</sup>

Figura 13 - O ciclo de vida das políticas públicas



Fonte: VAZQUEZ; DELAPLACE, 2011, pág. 36.<sup>303</sup>

No âmbito da ANAC, a **Instrução Normativa nº 1.514/2020** especificou as etapas e o conteúdo analítico a ser adotado nos processos regulatórios da agência e ainda atualizou as nomenclaturas e os procedimentos de participação social.

Esse **ciclo regulatório** se **inicia** pela Análise de Impacto Regulatório (AIR), com o objetivo de coletar, compilar e analisar evidências acerca da possível política regulatória. Mensuram-se os seguintes aspectos: problema regulatório, impactos e comparação das opções de ação, bem como as estratégias de implementação, fiscalização e monitoramento.

<sup>302</sup> BONFIM FILHO, Ernany; FONSECA, Vicente. Políticas Públicas: conceito, ciclo, processo de formação e sua ineficácia no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Neiba, Cadernos Argentina-Brasil*, Rio de Janeiro, v. 8, 2019, p. 10. Esta referência se aplica também aos parágrafos anteriores.

<sup>303</sup> Extraído, no entanto, de: BONFIM FILHO, Ernany; FONSECA, Vicente. Políticas Públicas: conceito, ciclo, processo de formação e sua ineficácia no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Neiba, Cadernos Argentina-Brasil*, Rio de Janeiro, v. 8, 2019, p. 10; Original: VAZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, jun. 2011, pág. 36.

A **segunda etapa**, por sua vez, é a manifestação sobre a AIR ou sua dispensa, na qual opera-se a avaliação da AIR com foco na definição da opção de ação a ser desenvolvida.

**Em seguida**, há o desenvolvimento de propostas, momento de elaboração da minuta de ato e respectiva fundamentação e de deliberação a respeito da Consulta Pública. Neste quarto estágio, tem-se a instauração da consulta pública e o recebimento e divulgação de contribuições, após a qual há a análise e revisão da proposta. **Finalmente**, segue-se à deliberação final do ato proposto, mediante análise jurídica pela Procuradoria da ANAC.

Figura 14 - Ciclo Regulatório da ANAC



Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2020, p. 6.<sup>304</sup>

<sup>304</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, *Guia AIR: Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório*. Brasília, agosto de 2020, p. 6.

Nesse sentido, pode-se dizer que a agência está bem alinhada com o intuito trazido por recentes alterações na **legislação infraconstitucional brasileira**: o de ampliar a qualidade da atividade regulatória do Estado, conferindo-lhe maior sofisticação por meio de métodos de avaliação dos resultados apresentados pelos instrumentos regulatórios adotados e a partir da ampliação da “*caixa de ferramentas*”<sup>305</sup> disponível ao arcabouço regulatório a fim de garantir-lhe maior eficiência.

Sob esse mote, a legislação infraconstitucional de âmbito federal vem exigindo, por exemplo, que os órgãos da administração pública brasileira e as agências reguladoras adotem a ferramenta de **AIR** (Análise de Impacto Regulatório<sup>306</sup>), bem como o método **M&ARR** (Monitoramento e Avaliação de Resultado Regulatório<sup>307</sup>) para sua concretização, os quais demandam a coleta de **dados** e a sua análise para gerar **informações** capazes de subsidiar a atividade regulatória, tornando-a empiricamente informada e mais eficiente, de acordo com os objetivos inicialmente propostos.

O Capítulo IV da chamada “**Declaração de Liberdade Econômica**” (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) estabelece que:

**Art. 5º.** As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados

---

<sup>305</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio./ago. 2016.

<sup>306</sup> A própria OCDE tem recomendado a utilização do referido instituto, vide OECD. *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, OECD Reviews of Regulatory Reform. Paris: OECD Publishing, 2009.

<sup>307</sup> Cf. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). *Monitoramento e Avaliação de Resultado Regulatório (M & ARR)*. Diretrizes para implementação de M & ARR na Anvisa. 04/12/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/publicacao-monitoramento-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio>

**sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.**

**Parágrafo único.** Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

No âmbito específico das agências reguladoras federais, o Capítulo I da **Lei nº 13.848**, de junho de 2019, referente ao processo decisório nas agências, estabelece que:

**Art. 6.** A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de **Análise de Impacto Regulatório (AIR)**, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

O referido dispositivo legal destaca a necessidade de se esclarecerem os casos nos quais a elaboração de um relatório de AIR será obrigatória e os outros em o documento poderá ser dispensado (art. 6º, §1º, da Lei nº 13.848/2019), porém nesse último caso somente a partir da apresentação de nota técnica fundamentando a decisão (art. 6º, §5º, da Lei nº 13.848/2019).

De todo modo, conforme elucidam os §§ 2º e 3º, do art. 6º da Lei nº 13.848/2019, cada agência reguladora deverá dispor, em seu regimento interno, sobre como essa Análise de Impacto Regulatório ocorrerá dentro de suas competências atinentes ao setor regulado, exigindo-se ainda manifestação do Conselho Diretor a respeito da adequação da proposta de ato normativo em face dos objetivos almejados, “indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção e, quando for o caso, quais os complementos necessários”.

No entanto, quais serão os parâmetros metodológicos para mensurar os efeitos de uma política regulatória dentro dessa avaliação? Quais elementos devem fazer parte do escrutínio realizado pela Agência?

Em linha com o §1º do artigo 6º acima exposto, o **Decreto Federal nº 10.411**, de 30 de junho de 2020, foi editado com o objetivo de regulamentar e esclarecer esses quesitos mínimos a serem escrutinados, bem como o conteúdo e a metodologia em torno da Análise de Impacto Regulatório conduzida.

Por fim, a Lei nº 13.848 de 2019, na Seção II, ainda disciplina o **Plano Estratégico**, o **Plano de Gestão Anual** e a **Agenda Regulatória**, itens necessários para toda as agências.

Em seu artigo 17, a norma prevê a elaboração de **plano estratégico**, pela agência reguladora, composto pelos objetivos, metas e resultados estratégicos esperados quanto a sua gestão e suas competências regulatórias, fiscalizatórias e normativas. Deverá, igualmente, indicar fatores externos alheio ao controle da agência que poderão impactar o cumprimento do plano.

Quanto ao **plano de gestão anual**, previsto nos arts. 18 e 19 trata-se de instrumento anual do planejamento consolidado da agência reguladora, que designará as metas de desempenho administrativo, operacional e de fiscalização, alinhados ao plano estratégico. As condições de revisão e sobre a sistemática de acompanhamento e avaliação do plano de gestão anual estarão regulamentadas no regimento interno de cada agência reguladora, conforme art. 20.

No que tange à **agenda regulatória**, instrumento de planejamento que conterà o conjunto dos temas prioritário a serem regulamentados agência reguladora, deverá estar em harmonia com os objetivos do plano estratégico e integrará o plano de gestão anual.

Novamente, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) caminhou bem e publicizou, de forma sistematizada e didática, esses objetivos por exemplo em sua na “**Agenda Regulatória**” da agência, formalizada pela **Portaria SPI nº**

**3897, de 18 de dezembro de 2018**, para os anos 2019-2020, à guisa de ilustração.

Porém, mais do que isso, todos esses critérios são necessários para que se possa estabelecer políticas regulatórias baseadas em evidências, condizentes com o novo mandamento constitucional no sentido de uma regulação empiricamente informada. É o que se passa a explorar.

#### **4.1.3. A Emenda Constitucional nº 109 e a constitucionalização de pressupostos da regulação responsiva:**

No âmbito constitucional, por sua vez, o Parlamento brasileiro aprovou a **Emenda Constitucional nº 108**, promulgada em 26 de agosto de 2020. No seu texto consolidado, adicionou-se o seguinte parágrafo único ao artigo 193 da Constituição Federal:

**Art. 193.** A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

**Parágrafo único.** O Estado exercerá a função de **planejamento das políticas sociais**, assegurada, na forma da lei, **a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.**

Nesse diapasão, a EC nº 108 pioneiramente destacou a importância do processo de participação social na formulação de políticas públicas de caráter social. Mas, para os fins deste trabalho, a EC inaugurou outro importante avanço: consolidar a diretriz constitucional relativa ao estabelecimento de “processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas” públicas.

Entretanto, como se depreende do próprio texto da referida Emenda Constitucional, essa diretriz está voltada para o âmbito das políticas públicas *de*

*cunho social*, adstritas por exemplo aos campos da seguridade social, da saúde, da previdência social, da saúde, da educação etc.

No contexto brasileiro, a **Emenda Constitucional nº 109**, de 15 de março de 2021, efetivamente transformou essa diretriz de elaborar políticas públicas baseadas em evidências, com constante acompanhamento, avaliação e monitoramento de seus resultados, em **dever constitucional** do Estado brasileiro, acrescentando o §16º ao artigo 37 da Constituição Federal:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

**§ 16.** Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.

Diferentemente do que se poderia sustentar no âmbito da EC nº 108/2020, agora essa diretriz não está restrita às políticas públicas de caráter social, mas abrange qualquer de suas categorias: sejam elas de cunho econômico-regulatório, monetário, fiscal-orçamentário, tributário, trabalhista etc.<sup>308</sup>

Para os fins do objeto de estudo deste trabalho (as políticas públicas regulatórias), essa Emenda Constitucional representa uma determinação constitucional que **direciona a atividade regulatória do Estado brasileiro em torno dos resultados entregues por suas políticas e estratégias regulatórias para a população**, em linha com o próprio princípio da eficiência administrativa anteriormente analisado.

---

<sup>308</sup> Cf. SECHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 1ª edição, 2012.

João Trindade Cavalcante Filho<sup>309</sup> aponta corretamente que essa diretriz constitucional estabelecida pela EC 109/2021 resulta de um direito fundamental dos cidadãos “de saberem quais os problemas que a política pública visa a resolver, quais os objetivos que se busca atingir e quais os custos e impactos da medida proposta”.

Ocorre que, como delineado no próprio corpo do novo parágrafo 16º do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, a concretização desse dever constitucional e, por conseguinte, a própria realização desse direito fundamental demandam constante avaliação e monitoramento dos resultados entregues pelas políticas regulatórias formuladas em cotejo com o objetivo que a delineou.

Para tanto, de fato, é preciso definir **metodologias** que possam mensurar adequadamente os resultados entregues, sob pena de desvirtuar o órgão regulador. No entanto, antes de definir essa metodologia, é preciso realizar uma mudança de paradigma na administração pública brasileira, moldando a mentalidade e a abordagem regulatória utilizadas pelas agências reguladoras.

Trata-se de incorporar uma *metanorma*, uma premissa central que permeará toda a atividade regulatória: a de que o Regulador deve pautar sua atividade de modo *empiricamente informado*, isto é, **baseado-se em evidências concretas** (dados e informações) a respeito da estrutura do setor regulado, às motivações dos atores regulados e ao comportamento desses atores, por exemplo.<sup>310</sup>

É que, **em primeiro lugar**, os dados e as informações sobre como o serviço está sendo prestado permitem com que a Administração detecte os problemas existentes e, em seguida, dimensione os recursos necessários para combatê-los, dentre o acervo disponível.

---

<sup>309</sup> CAVALCANTE FILHO, João Trindade. É o fim das políticas públicas baseadas em achismo? Revista Consultor Jurídico (ConJur), Brasília, 15 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#_ftn2)

<sup>310</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 110.

Em uma realidade de recursos escassos, tais elementos empíricos podem auxiliar na **fixação de focos prioritários de atuação**<sup>311</sup>, *v.g.*, indicando quais atores demandam maior atenção do Regulador por descumprirem de forma contumaz as normas aplicáveis, os quais provavelmente exigirão maior dispêndio financeiro envolvendo a aplicação de sanções e o enfrentamento litigioso.

Seja como for, tudo isso só pode ser avaliado a partir de **indicadores**, tais como: o número de reclamações dos usuários; a frequência de descumprimentos da empresa em relação aos regramentos legais aplicáveis; o percentual de “queda” do sinal no espaço geográfico avaliado etc.

**Em segundo lugar**, a disponibilização de dados **atualizados** acerca da realidade do setor e da prestação dos respectivos serviços se apresenta essencial para o estabelecimento de uma regulação responsiva.

Não só ao fim, mas também durante a execução dessas novas regras, é preciso avaliar se elas estão produzindo efetivamente algum impacto transformador sobre o mercado regulado (*in casu*, o de aviação civil), na linha do previamente almejado.

Isso pode auxiliar, por exemplo, *(i)* a correção de falhas de execução da estratégia regulatória em tempo hábil; e *(ii)* a própria mudança completa da estratégia, antes do período previamente programado para a avaliação “final” dos resultados, caso os efeitos de sua implementação sejam extremamente deletérios.

**Em terceiro lugar**, a presença de dados é importante para se concluir pela eficiência ou ineficiência da medida regulatória, mensurada por meio de parâmetros técnicos ou políticos. Isto é, compara-se o antes e o depois, o início e o “fim”. Desse modo, o estado inicial e os resultados concretos obtidos ao fim são avaliados à luz das **metas pré-estabelecidas** e dos **objetivos constitucionais** visados.<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> NORTON, Andy; ELSON, Diane. *What's behind the budget? politics, rights and accountability in the budget process*. London: ODI, 2002.

<sup>312</sup> FRANCESCO, Fabrizio de; RADAELLI, Claudio M; TROEGER, Vera E. Implementing regulatory innovations in Europe: the case of impact assesment. *Journal of European Public Policy*, 2011, p. 13.

Boas intenções são sempre bem-vindas, mas caso políticas regulatórias não produzam resultados positivos ou esperados, é importante que o Estado esteja suficientemente aberto para mudar sua abordagem em relação ao problema: seja alterando-o de forma radical, seja lapidando-o a partir da correção de falhas estruturais. Não há mais espaço para uma regulação baseada na intuição ou em achismos, mas sim lastreada em evidências concretas.

Com base nesse recém promulgado parágrafo 16 do rol dos dispositivos constitucionais relacionados à administração pública do país (art. 37, da CF/88), agora não basta afirmar que há espaço para a teoria regulação responsiva dentro de nossa Constituição Federal (Capítulo 1 deste relatório).

Em verdade, conclui-se que: apesar da necessidade de regulamentação posterior (“nos termos da lei”) desse dispositivo constitucional, vários dos pressupostos de uma regulação responsiva se tornaram verdadeiras **obrigações constitucionais** impostas ao Estado brasileiro.

É dizer: não há exagero na afirmação que, em alguma extensão, **a Emenda Constitucional 109/2021 constitucionalizou elementos presentes na teoria da regulação responsiva.**

**Primeiramente**, pode-se citar a própria estratégia regulatória da retaliação equivalente (“*tit-for-tat regulatory strategy*”).

Essa “*teoria normativa do agir estratégico regulatório*” adjacente à modelagem resonsiva de regulação está calcada no pressuposto de que a convergência do comportamento das empresas e dos indivíduos em relação às normas e/ou aos objetivos regulatórios depende fortemente da observação empírica e consequente responsividade a fatores como o comportamento desses agentes, as suas motivações e a própria estrutura institucional do mercado em que atuam.<sup>313</sup>

Em linha com o pressuposto constitucional instaurado pela EC 109/2021, a regulação responsiva recomenda ao regulador que, em vez de se apoiar em

---

<sup>313</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 117.

considerações apriorísticas a respeito de certas técnicas (*v.g.* sanções são mecanismos regulatórios eficientes para fazer com que alguém siga as normas aplicáveis), a eficiência e a qualidade de sua resposta regulatória acompanharão o comportamento do agente regulado, o ambiente institucional vigente, a cultura corporativa vigente naquele mercado etc.

Ou seja, é com base nesses elementos que o regulador deverá calibrar a intensidade do constrangimento regulatório aplicado – cooperativo ou punitivo –, a partir do escalonamento da pirâmide regulatória. Por conseguinte, para que essa modelagem regulatória responsiva, aberta e flexível possa ocorrer de forma bem-sucedida, o regulador deve estar **munido de uma gama de informações a respeito dessas variáveis**.

Noutras palavras, a consecução desse dever constitucional instaurado pela EC 109/2021 e a operacionalização dos pressupostos da regulação responsiva demandam algo em comum: a obtenção de dados sólidos a respeito do cumprimento dos parâmetros de qualidade pré-estabelecidos para a política regulatória, bem como acerca do grau de eficiência das respostas regulatórias aplicadas.

Por exemplo, para se realizar uma resposta regulatória responsiva é preciso, antes, ter ideia das características, dos resultados e dos comportamentos do ente que se visa especificamente regular.

A mesma afirmação é verdade no que diz respeito ao dever constitucional acima mencionado. Para a adoção dessa *postura* regulatória responsiva e de uma regulação empiricamente informada, é central elaborar e implementar políticas (*policies*) e respostas regulatórias alicerçadas e justificadas a partir de **evidências empíricas consistentes**. Isso, sobretudo no tocante a questões como o **comportamento real** dos agentes econômicos que atuam no setor regulado e as **motivações** por trás de suas ações, além da **estrutura institucional** daquele setor regulado.

**Em segundo lugar**, como bem elucida Fabrício Motta<sup>314</sup>, pelo menos em tese, essa alteração constitucional é salutar, tendo em vista que “ao avaliar [os resultados das políticas públicas] é possível aprender com erros e acertos e, enfim, *fazer melhor*”:

“Monitoramento e avaliação nos permitem entender como uma política foi feita, destrinchar os seus resultados e amparar tecnicamente as decisões para eliminação, continuação ou ampliação de determinada política pública, privilegiando a análise técnica e uso otimizado dos recursos públicos às muitas necessidades sociais.”

Por conseguinte, diferentemente de um modelo regulatório baseado **exclusivamente** na lógica de “comando e controle”, no qual as infrações e sanções são definidas *ex ante* e de forma estanque, a Administração Pública brasileira agora não só *pode* como **deve** proceder de maneira dinâmica, responsiva aos influxos do setor regulado e aos resultados das medidas que busca implementar.

Em síntese, há agora um dever constitucional no sentido de que o gestor público deve traçar a melhor estratégia para alcançar resultados em conformidade com os objetivos estabelecidos na política regulatória. A concretização desse intuito, por sua vez, demanda um arsenal amplo de estratégias e de instrumentos regulatórios, tal como postulado no âmbito da teoria da regulação responsiva.

**Em terceiro lugar**, como já apontado, a regulação responsiva parte da premissa de que não existem soluções regulatórias universais. A existência de diferentes agentes regulados demanda a percepção pormenorizada de suas respectivas “personalidades” ou “perfis”, dentro da estrutura piramidal, com base em seu comportamento em determinado período.

---

<sup>314</sup> MOTTA, Fabrício; BONIFÁCIO, Robert. Políticas públicas: o ‘jabuti do bem’. Revista Consultor Jurídico (ConJur), Brasília, 1 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/interesse-publico-politicas-publicas-jabuti-bem>

Para o Regulador Responsivo, portanto, não há soluções regulatórias abstratamente mais eficientes que outras. Em linha com o §16º, do artigo 37, esse julgamento demanda acompanhamento e monitoramento constantes dos resultados apresentados pela estratégia regulatória estabelecida dentro da modelagem responsiva.

Entre outros fatores, o pressuposto da **responsividade regulatória**, inerente à regulação responsiva, demanda que as respostas regulatórias estatais se amoldem a critérios contextuais e evidências presentes, uma vez que a política adotada pode ser eficiente naquele momento, porém posteriormente não se encaixar mais.

Sendo assim, a mensuração desse critério só pode ser feita a partir de elementos concretos, lastreados em evidências empíricas a respeito, por exemplo, do comportamento de determinados atores do mercado regulado. Alterando-se essa variável exemplificativa (comportamento do regulado), as respostas regulatórias devem ser alteradas também, caso se mostrem ineficientes ou inócuas.<sup>315</sup>

**Em quarto lugar**, como consectário lógico do exposto acima, os agentes regulados são sensíveis a diferentes motivações e, portanto, somente podem ser devidamente regulados caso se adote uma caixa de ferramentas regulatória de caráter plural.

Como elucida Marcio Iorio Aranha<sup>316</sup>, a modelagem regulatória de caráter responsivo consiste em uma “meta norma” sobre *como* selecionar estratégias e respostas regulatórias. Por isso, a teoria da regulação responsiva fornece uma diversidade de ferramentas regulatórias (*v.g.* sanções, incentivos e nudges).

Por consequência, sob essa perspectiva teórico-metodológica, a escolha de qual ferramenta será mais apropriada para disciplinar a situação concreta

---

<sup>315</sup> Cf. as considerações feitas no Capítulo 1 deste relatório quanto ao adensamento teórico da regulação responsiva.

<sup>316</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 112.

dependerá dos *feedbacks regulatórios* que indicam a eficiência da ferramenta selecionado, em uma chave de “tentativa-e-erro”. Como exemplos desses *feedbacks*, podem ser citados o grau de compliance regulatório por parte das empresas reguladas, bem como a reação dos consumidores envolvidos no setor regulado acerca da eficiência do serviço prestado.

De outra sorte, a modelagem do “comando-e-controle” é “monotemática”, sua ferramenta exclusiva e apropriada para todas as situações é basicamente a sanção, no máximo graduando-a de acordo com a gravidade da infração. Nesse sentido, demonstra-se não só menos eficiente como, caso utilizada de forma exclusiva, pode até por vezes se apresentar incompatível com a diretriz constitucional esposada pela EC nº 109/2021.

Afinal, atores regulados podem se comportar de modos distintos e serem sensíveis a incentivos e motivações diversos, as vezes até mesmo gerando condutas contraditórias ou motivações “irracionais”<sup>317</sup>.

Tudo isso, ainda, é influenciado pela presença de outros fatores fluídos e altamente cambiantes como: as conjunturas do contexto político-econômico, os gestores das empresas, os incentivos e as oportunidades vigentes no mercado naquele momento. Enfim, o próprio ambiente em que os atores regulados estão envolvidos exerce influência sobre a atividade regulatória, demandando uma abordagem mais responsiva.

**Em conclusão**, o dever constitucional trazido pela EC 109/2021 não torna “inconstitucional” a abordagem regulatória comando-e-controle, frise-se. Ele apenas indica que a sua utilização **de forma exclusiva** é contraproducente, podendo contrariar o próprio princípio da eficiência administrativa ao partir do

---

<sup>317</sup> A expressão foi usada pela sua didática e observância na literatura, por exemplo, de economia comportamental (behavioral economics). Cf. ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional*: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões. São Paulo: Elsevier, 2008.

Na realidade, entretanto, a expressão mais adequada seria “racionalmente limitadas”, na linha das descobertas acerca da bounded rationality” humana de Robert Simon. Cf. FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. *Regulação e “nudge”*: como a Economia Comportamental (*Behavioral Economics*) pode influenciar políticas regulatórias? In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório*: desafios e perspectivas para a Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

pressuposto de que a sanção será sempre e invariavelmente a melhor resposta regulatória.

De outra sorte, o novo parágrafo 16 do artigo 37, da CF/88, constitucionaliza um dos pressupostos centrais da teoria da regulação responsiva: o de que não existe uma melhor política regulatória e/ou resposta regulatória, em sentido universal e abstrato. Ao revés, essas políticas e respostas regulatórias ótimas só podem ser definidas no caso concreto, com base na coleta de evidências empíricas a respeito dos elementos do setor regulado e dos resultados que elas produzem nesse ambiente.

Antes do advento dessa Emenda Constitucional, os pressupostos constitucionais da atividade regulatória do Estado brasileiro já indicavam uma abertura para modelagens regulatórias de caráter responsivo, conforme já explorado no Capítulo 1. Entretanto, conforme buscou-se esclarecer neste Capítulo 4, com a promulgação da EC 109/2021, instaurou-se um novo paradigma constitucional para a regulação brasileira: o da regulação empiricamente informada.

Resta saber quais são os caminhos possíveis para que a ANAC possa coletar essas evidências empíricas e operacionalizá-las em sua atividade regulatória. É o que se explora a seguir.

#### **4.2. Atividades instrutórias ao poder de polícia, coleta de dados empíricos e o compartilhamento com os administrados-parceiros:**

Na perspectiva de uma regulação empiricamente informada, os poderes unilaterais da Administração Pública (*potestade* estatal) são exercidos segundo a diretriz de otimização dos meios às finalidades e aos objetivos que embasam a política regulatória, lastreando-se nas evidências empíricas coletadas.

O chamado **poder de polícia administrativa** consiste em uma dessas *potestades* do Estado, mais especificamente atinente ao controle e à restrição do espaço de liberdade dos atores privados.

Por óbvio, esse poder não é absoluto. Sendo democraticamente delimitado pelos direitos e garantias fundamentais, o seu exercício deve se dar de acordo com as balizas do texto constitucional. Portanto, com o advento da EC 109/2021, o dever constitucional de uma regulação empiricamente informada inevitavelmente incide sob o escopo do poder de polícia administrativa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os conceitos de “regulação” e de “poder de polícia administrativa” são distintos, como bem asseverado por Alexandre Santos de Aragão<sup>318</sup>:

“[o] poder de polícia remonta a épocas em que a Administração Pública possuía **uma competência “natural” e genérica para conformar os direitos individuais a um metafísico “interesse público”**. [...]

A “regulação” assume sentido mais amplo que a “administração ordenadora” e o “poder de polícia”. A doutrina do Direito Público Econômico faz uso do termo “regulação” para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços e monopólios públicos e as atividades econômicas privadas [...]. Nesses casos, **não há poder de polícia, mas prerrogativas inerentes à titularidade estatal da atividade (poder concedente)**: o Estado não está limitando a liberdade privada, pois sobre a atividade não vige a liberdade de iniciativa, já que **a atividade em si (circunstancialmente não o seu mero exercício) é estatal**” (grifos acrescidos)

Nesse viés, *parcela* da função regulatória é exercida a partir do poder de polícia administrativa. Essa convergência parcial decorre do fato de que essa função regulatória define (e, por vezes, limita) **quem** pode explorar o serviço

---

<sup>318</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. *In*: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 232-233.

público ou a atividade regulamentada e determina **sob** qual título a delegação ocorrerá.

No entanto, o Direito Regulatório extrapola o mero domínio do poder de polícia em determinado setor regulado, quando demanda dos *decision-makers* a articulação e a comprovação de que a exploração do setor é **adequada** e **efetiva**. No *design* (criação das hipóteses abstratas) e no *enforcement* (aplicação das hipóteses aos casos concretos) da regulação, por exemplo, as estratégias regulatórias precisam tratar o administrado-parceiro não só enquanto agente maximizador dos benefícios próprios – tal como pressupõe a aposta nos efeitos dissuasivos da punição; mas também enquanto partícipe desse processo.

Calcados nessa distinção e nesses pressupostos, porém comprometidos com o propósito de vinculá-los aos pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva, os Subtópicos a seguir exploram possíveis práticas para obter esses dados empíricos acerca da qualidade sistêmica do serviço prestado ou da efetividade de uma política regulatória estipulada, por exemplo.

A partir do mapeamento de iniciativas externas à ANAC e do seu atual arcabouço regulatório, analisam-se **duas estratégias** possíveis e fixam-se as balizas constitucionais para que ocorram.

A **primeira** delas diz respeito à estratégia utilizada por outros setores no sentido de constituir um modelo de autorregulação regulada, criando-se uma entidade autônoma responsável por coletar e sistematizar essas evidências empíricas a respeito do cumprimento das normas, da qualidade do serviço prestado etc. Em seguida, são fixados os parâmetros constitucionais caso se opte por essa estratégia.

A **segunda** delas, por sua vez, trabalha com o arcabouço regulatório já existente na ANAC, mormente realiza-se um estudo de caso a respeito dos elementos de índole gerencial presentes na produção e na retroalimentação de informações a partir do Diário de Bordo das aeronaves. Assim, é analisada a possibilidade de cruzamento desses dados, porém elencando os parâmetros constitucionais que devem reger essa estratégia.

#### 4.2.1 As atividades instrutórias ao exercício do poder de polícia podem ser delegadas? Parâmetros constitucionais para a autorregulação regulada

Ciente da existência de limitações às suas capacidades institucionais e de restrições ao seu orçamento disponível, bem como realizando uma releitura acerca da possibilidade e da necessidade de interação regulatória com mecanismos desenvolvidos pelos próprios atores privados regulados, o Estado Regulador poderia *delegar*, por exemplo, etapas instrutórias às suas avaliações e decisões administrativas acerca da eficiência de uma política regulatória ou da qualidade de um serviço regulado?

Em conformidade com o princípio do mínimo suficiente da regulação responsiva, as agências reguladoras podem adotar estratégias regulatórias que permitam a existência de controles internos voluntários e espaços autorregulados pelo próprio agente regulado, sob fiscalização da agência e com previsões de reversão para a regulação ordenadora mais “severa”, caso esse grau de liberdade se mostre ineficiente.

Trata-se da **autorregulação regulada**: “um meio termo entre a estratégia de autorregulação propriamente dita e a de comando e controle”. Por meio dessa, a agência reguladora responsiva exige da empresa “um conjunto de normas que cubram determinada área de preocupação (...) submetendo-as para ratificação, com a possibilidade de que sejam reenviadas ao regulado para aprimoramentos”<sup>319</sup>.

É que a regulação responsiva consiste em meio termo entre opções extremas de regulação ostensiva e desregulação. Por isso, a estratégia regulatória de substituição de regulação ordenadora preexistente por autorregulação deve ser

---

<sup>319</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia Publishing, 2019, p. 149.

cautelosa recomendando-se que sejam incluídas previsões de reversão das iniciativas de desregulação, caso sobrexistam *feedbacks regulatórios* negativos.

Ao fundo, o que se faz é abandonar “*uma visão anacrônica que centraliza no Estado todas as funções relativas à ordenação econômica e social*”<sup>320</sup>, sem desamparar o interesse público deixando-se de coibir eventuais excessos ou desvios dos particulares.

Assim, conforme elucida Gustavo Binenbojm<sup>321</sup>, a premissa que lastrea essa estratégia regulatória é usualmente a constatação empírica de que: “*as normas consentidas, com participação procedimental, tendem a ser mais eficazes do que as normas impostas heteronomamente [v.g. regulação sancionadora estatal], e que a adoção da autorregulação regulada tende a gerar estruturas normativas de deliberação mais dinâmicas e flexíveis*”.

Por exemplo, no **setor de telecomunicações**, com base por exemplo no artigo 19, caput, da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a qual prevê a implementação das medidas necessárias (v.g. coleta de dados e cálculo dos índices de qualidade) para o interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no país, podem ser citadas as seguintes iniciativas da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) nesse sentido:

- (I) Por meio das **Resoluções nº 574/2011** (Título V, Capítulo I) e **nº 575/2011** (Capítulo VII), a ANATEL criou a Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ) para conduzir os processos de aferição da qualidade da banda larga fixa e móvel do país, inclusive com o ônus das Prestadoras quanto à contratação da Entidade e com o dever dessas de enviar os dados necessários para o processo. Cumpre ressaltar que, em vez de criar entidade composta pelas próprias

---

<sup>320</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131.

<sup>321</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 300-302.

prestadoras, nesse caso, a empresa *Pricewaterhouse Coopers Corporate Finance Recovery Ltda* é que foi escolhida como a EAQ;

- (II) Por meio da **Resolução nº 460/2007** (Título IV, Capítulo I), a ANATEL estabeleceu a Entidade Administradora da portabilidade numérica para executar os procedimentos relativos à Portabilidade, no âmbito dos serviços de telefonia fixo e móvel, novamente sendo o ônus da contratação da Entidade (no caso, a empresa *ABR Telecom*) custeado pelas prestadoras;
- (III) Por meio da **Resolução nº 600/2012** (Título VI), a ANATEL estabeleceu a Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado (assumida pela *ABR Telecom*) com a responsabilidade de intermediar o processo relativo à contratação de produtos no atacado ofertados pelos Grupos detentores de PMS e pela própria implantação e operacionalização do Sistema de Negociação das Ofertas de Atacado, outra vez: o ônus decorrente da contratação da Entidade é das prestadoras.

Apesar das diferenças e das particularidades do modelo adotado por cada setor, a criação dessas entidades privadas independentes compartilha a premissa de uma autorregulação regulada, a qual pressupõe a delegação de atividades típicas do chamado “ciclo de polícia”, analisada mais a frente.

Nesse diapasão, o intuito deste Subcapítulo é justamente o de fornecer parâmetros doutrinários e jurisprudenciais caso a ANAC decida seguir essa estratégia adotada por outras agências reguladoras, como a ANEEL e a ANATEL.

Nesse sentido, tarefa central é a de perquirir quais balizas a doutrina e a jurisprudência impõem para essa possível delegação de atividades instrutórias ao exercício do poder de polícia da agência, como por exemplo: (i) as diligências do ciclo de fiscalização, com a liberdade de sua realização poratores privados sob a supervisão e a coordenação da autoridade estatal sancionadora; assim como (ii) a

imposição das tarefas de coleta, processamento, consolidação, avaliação e publicação de dados relativos à eficiência e à qualidade sistêmica do serviço público prestado, por parte desses atores privados.

É o que se passa a explorar.

#### 4.2.1.1. O debate doutrinário sobre a delegação do Poder de Polícia

Delimitar o conceito de Poder de Polícia, de fato, não é tarefa simples. Porém, em linhas gerais, conforme indicam Odete Medauar<sup>322</sup> e José Cretella Júnior<sup>323</sup>, pode-se afirmar que ele consiste no poder ou na função que a Administração Pública dispõe para condicionar, restringir, limitar e/ou disciplinar a esfera de liberdade e de propriedade do particular, em prol de objetivos de interesse público.

É dizer: trata-se de instituto jurídico-administrativo que, ao menos em tese, é responsável por dosar legitimamente a intervenção estatal, de um lado, e o exercício de direitos e liberdades, de outro.<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 331.

<sup>323</sup> Cumpre ressaltar que o art. 78 do Código Tributário Nacional disciplina o tema no seguinte sentido:

*“Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.*

<sup>324</sup> Para uma discussão contemporânea acerca da definição do poder de polícia, Cf: GOMES, Estevão. *Poder de Polícia no Direito Administrativo Contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 9-31.

Na seara doutrinária, desde muito, os administrativistas brasileiros têm reafirmado o dogma da **indelegabilidade do Poder de Polícia administrativa**.<sup>325</sup>

À guisa de exemplo, Hely Lopes Meirelles<sup>326</sup> expõe que “não se admite, no nosso sistema constitucional, [...] delegação de atos de natureza de polícia, como a do poder de tributar, a sanção e o veto de lei”. Essa visão “clássica” (porém, não uníssona, tampouco ultrapassada) está, essencialmente, calcada em **quatro argumentos**.<sup>327</sup>

**Em primeiro lugar**, sustenta-se que o poder de polícia é uma *potestade estatal*, isto é, atividade relacionada ao *ius imperium* (poder coercitivo) do Estado, incompatível com a paridade que deve nortear as relações horizontais desempenhas entre agentes privados.

De forma breve, o argumento seria o seguinte: apenas pessoas jurídicas de direito público poderiam exercer atividades administrativas de polícia, pois somente a autoridade estatal teria *legitimidade* para impor restrições, limitações e condicionamentos à liberdade e à propriedade dos particulares.

Nesse sentido, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>328</sup> ressalta que a “restrição à atribuição de atos de polícia a particulares” estaria alicerçada no “*corretíssimo entendimento* de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade”.

Isso porque, caso contrário, haveria um desequilíbrio entre os particulares em geral: uma ordem oficial em que certos particulares exerceriam supremacia

---

<sup>325</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 127-128; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 97-98.

<sup>326</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128/129.

<sup>327</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 248-251; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Estatais com poder de polícia: por que não? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.252, 2009, p. 98.

<sup>328</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.863-865.

sobre outros. Conclui, portanto, que “*não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual*”.

**Em segundo lugar**, essa doutrina “clássica” também aduz que tal indelegabilidade seria corolário do próprio Estado Democrático de Direito na sua faceta de defesa dos direitos fundamentais.

Marçal Justen Filho<sup>329</sup>, por exemplo, defende a vedação “não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura”, mas sim porque, em um Estado Democrático de Direito, o exercício da violência é necessariamente monopolizado pelo Estado. Com base nessa premissa, “*não se admite que o exercício da violência seja transferido a terceiros, que não agentes públicos*”.

Em igual sentido, Lucas Furtado<sup>330</sup> indica que, ao se adotar uma interpretação contrária a essa de Marçal, estar-se-ia legitimando o equivocado “*uso da violência por parte de particular contra particular, o que fere a noção básica do princípio da dignidade da pessoa humana*”.

**Em terceiro lugar**, porém em linha similar ao ponto anterior, defende-se que o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CRFB) veda tal prática de delegação. É dizer: ao se atribuir o exercício de poder de polícia a particulares estar-se-ia reconhecendo a existência de relações jurídicas desiguais entre os próprios particulares.<sup>331</sup>

No entanto, essas relações verticalizadas somente poderiam ocorrer entre o Estado e os particulares, pois aquele está posicionado em hierarquia superior aos demais particulares e voltado à persecução do bem comum (supremacia do interesse público sobre o privado<sup>332</sup>), sendo assim o único ator legítimo para impor tais restrições e limitações.

---

<sup>329</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 585.

<sup>330</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 556.

<sup>331</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.847-853.

<sup>332</sup> Para uma crítica a essa concepção, podem ser citados Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm e Daniel Sarmento, Cf. ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” *In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses*

**Em quarto lugar**, argumenta-se, ainda, que a indelegabilidade se alicerça no fato de que somente servidores públicos estáveis poderiam exercer tal *múnus público*.

Tendo em vista que a estabilidade dos servidores públicos estatutários lhes traria maior blindagem frente às pressões externas, especialmente advindas de *players* com alto poder econômico e/ou capilaridade política, bem como de superiores hierárquicos da Administração. Demais disso, haveria um conflito de interesses<sup>333</sup> entre, **de um lado**, a busca pelo lucro e maximização de interesses pessoais, por parte dos particulares, e, **de outro**, a concretização de finalidades públicas.

Sinteticamente, pode-se dizer que, no cenário nacional, autores clássicos como Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>334</sup>, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>335</sup> e José dos Santos Carvalho Filho<sup>336</sup> ressaltam essa indelegabilidade de atos de autoridade pública (especialmente do Poder de Polícia) a particulares.

A única ressalva feita é a de que (i) “*certos atos materiais*” que precedem aos de polícia; e (ii) o cumprimento de ato que executar materialmente ato jurídico “*interferente apenas com a propriedade dos administrados*” “*ou em decorrência de um simples contrato de prestação*” é que poderiam ser delegados.<sup>337</sup>

---

*Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 171-215. Para sua defesa e alguns contrapontos, Cf. GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, Aug. 2017.

<sup>333</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 250.

<sup>334</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 832.

<sup>335</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 127-128.

<sup>336</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 97-98.

<sup>337</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 7, jul./set. 2006, p. 7.

Ocorre que, sobretudo após as mudanças institucionais e reformas do Estado mencionadas no início deste capítulo, parte da literatura especializada tem relativizado tal dogma.

Nesse ponto, merece destaque a formulação teórica de Diogo Moreira de Figueiredo Neto<sup>338</sup> a respeito dos chamados “**ciclos de polícia**”, a qual subsidiou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como será visto mais a frente. Com base nesses “ciclos de polícia”, o referido autor legitima a delegação e a conseqüente execução privada **apenas** das atividades **auxiliares** à expressão do poder de polícia administrativa, delieando a seguinte fundamentação:

“A **ordem de polícia** é o preceito legal básico, que **possibilita e inicia o ciclo de atuação**, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5.º, II), para que se não faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público [...]. Essas modalidades referem-se, portanto, respectivamente, a **restrições** e a **condicionamentos** [...].

O **consentimento de polícia**, em decorrência, é o ato administrativo de anuência que **possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada**, em todas as hipóteses legais em que a ordem de polícia se apresente sob a segunda modalidade [*condicionamentos*]: com a previsão de reserva de consentimento, a provisão pela qual o legislador exige **um controle administrativo prévio** da efetiva compatibilização do uso de certo bem ou do exercício de certa atividade com o interesse público [...]. Este consentimento poderá conter, materialmente, ou um **ato de licença ou um ato de autorização**, a serem outorgados pelo Poder Público, que emitirá formalmente, conforme o caso, ou um alvará de licença ou um alvará de autorização.

[...]

---

<sup>338</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Segue-se, no ciclo, a fiscalização de polícia, a função que se desenvolverá tanto para **a verificação do cumprimento das ordens de polícia**, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, que não admitem exceções, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, **não ocorrem abusos do consentimento** nas utilizações de bens e nas atividades privadas, tanto nos casos de outorga de licenças como de autorizações [...].

Finalmente, falhando a fiscalização preventiva, e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia e às condições de consentimento, desdobra-se a fase final do ciclo jurídico em estudo, com a sanção de polícia – que vem a ser a função pela qual **se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras (compulsivas) ou dissuasoras (suasivas) impostas pela Administração**” (Trechos do item 119, “Atuação da Polícia Administrativa”, pp. 439-443, grifos acrescidos).

Percebe-se, portanto, que os ciclos de polícia consistem em uma espécie de divisão do Poder de Polícia do Estado em fases e/ou atividades interdependente, porém analiticamente distintas. Elas são 4 (quatro):

**Primeiro**, a **ordem de polícia**: o comando legal ou normativo que determinará eventual restrição, limitação, condicionamento ou disciplina da liberdade e da propriedade dos particulares.

**Segundo**, o **consentimento de polícia**: o ato administrativo que anui o exercício de atividade ou ao uso de propriedade, por exemplo.

**Terceiro**, a **fiscalização**: representa a avaliação da compatibilidade, ou não, do agir dos agentes privados frente às normas aplicáveis, isto é, a verificação se as ordens de polícia estão sendo cumpridas.

**Quarto**, a **sanção de polícia**: após a confirmação da existência de afronta à ordem de polícia, são aplicadas as penalidades previstas no ordenamento normativo.

Com base nessa diferenciação de caráter funcional, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que **não** seria possível delegar **(i)** a ordem de polícia, tampouco **(iv)** a sanção de polícia, pois existiria uma reserva estatal para a elaboração legislativo-regulamentar e para o uso coercitivo da força. No entanto, **(ii)** o consentimento de polícia e **(iii)** a atividade fiscalizatória **poderiam** ser delegados, sem vícios de inconstitucionalidade, por se tratarem de atividades acessórias e inerentes à prestação do serviço.

Atualmente, entretanto, visões mais arrojadas sobre o tema já têm sido ventiladas na doutrina.<sup>339</sup> Carlos Ari Sunfeld<sup>340</sup>, por exemplo, defende que o termo “*poder de polícia*” seria antiquado e incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Para o referido autor, trata-se de visão ligada a uma realidade jurídica de outrora.<sup>341</sup> Assim, propõe a sua substituição pelo conceito de “**Administração Ordenadora**”, ressaltando que tal alteração não seria uma “mera troca de rótulos”, mas, sim, uma “substituição da postura metodológica”.<sup>342</sup>

---

<sup>339</sup> Cf. KLEIN, Aline Lícia. *Delegação de Poder de Polícia*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Administrativo Constitucional, Edição 1, Abril de 2017; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Poder de Polícia na Atualidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013; MARRARA, Thiago. *O Exercício do poder de polícia por particulares*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

<sup>340</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

<sup>341</sup> “*Não convém falar em poder de polícia porque ele: a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador; b) está ligada ao modelo do Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, impondo deveres de abstenção, e, atualmente, a Constituição e as leis autorizam outros gêneros de imposição; c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública, campo para o qual o conceito foi originalmente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-o acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias*” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17).

<sup>342</sup> Criticando o referido posicionamento Cf. GOMES, Estevão. *Poder de Polícia no Direito Administrativo Contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2019, pp. 125-195.

#### 4.2.1.2. O debate jurisprudencial sobre a delegação do Poder de Polícia:

Até recentemente, a corrente majoritária do **Supremo Tribunal Federal** se filiava à doutrina “clássica” sobre o tema, abordada no início do tópico anterior. **Dois casos** podem bem ilustrar esse ponto.<sup>343</sup>

O **primeiro deles** é a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310**<sup>344</sup>. O caso ajuizado pelo Partido dos Trabalhadores tratava da seguinte questão: a inconstitucionalidade da criação de empregos públicos – regidos pela CLT – no âmbito das agências reguladoras.

Na linha da doutrina “clássica”, o PT defendia que, por exercer funções inerentes à atividade do Estado, como a de fiscalização, os membros das agências não poderiam ser regidos por contratos de trabalho. Em sede monocrática, o relator original, Min. Marco Aurélio, chegou a defender que “prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos”. Ao fim, no entanto, a ação perdeu objeto.

O **segundo**, por sua vez, é a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717**<sup>345</sup>, de relatoria do Ministro Sydney Sanches e julgada em 2002-2003. Ajuizada pelo PC do B, PT e PDT, a ADI questionava a constitucionalidade de dispositivo legal que permitia que a fiscalização de profissões regulamentadas fosse exercida em caráter privado, a partir de delegação do Poder Público e mediante autorização legislativa

Nesse julgamento, o Supremo adotou a interpretação doutrinária mais clássica de **impossibilidade** de delegação do Poder de Polícia a particulares, com

---

<sup>343</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. É constitucional a delegação do poder de polícia a particulares? Revista Consultor Jurídico (ConJur), Brasília, 31 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/constitucional-delegacao-poder-policia-particulares>

<sup>344</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.310 MC. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/200, DJ 01/02/2001.

<sup>345</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, PLENÁRIO, DJ 28/03/2003.

ênfase na fase sancionadora dessa *potestade* estatal. Naquela assentada, entendeu-se pela “indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia”, como o de tributar e punir, especificamente no tocante à fiscalização do exercício de certas atividades profissionais.

Em verdade, no âmbito jurisprudencial, foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que realizou uma das principais inovações acerca da possibilidade de delegação do Poder de Polícia. Ao afirmar a impossibilidade de aplicação de sanções pecuniárias por sociedades de economia mista, trouxe balizas interpretativas relevantes para que essa delegação ocorra.

Em 2009, o STJ afastou a competência da sociedade da economia mista Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (“BHTrans”) – membro da Administração Pública Indireta – para aplicar multas de trânsito. Os fundamentos destacados pelo Ministro Relator, na ementa do julgado, demonstram a incorporação do arcabouço teórico de Diogo de Figueiredo Moreira Neto acerca dos “ciclos de polícia”, confirmam-se<sup>346</sup>:

ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO  
PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.  
**IMPOSSIBILIDADE.**

[...]

2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. **A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares** (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista).

---

<sup>346</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 817.534/MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe de 10/12/2009.

**3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.**

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

**5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.**

6. No que tange aos **atos de sanção**, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, **comprometido pela busca do lucro** – aplicação de multas para aumentar a arrecadação.”

Em resumo, portanto, o STJ se baseou na diferenciação funcional de Moreira Neto para decidir que a BHTRANS, por ser uma sociedade de economia mista, não pode aplicar diretamente multas aos infratores de trânsito. Isto é, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, a BHTRANS não pode exercer a função sancionadora do poder de polícia.

Ocorre que a discussão constitucional sobre a matéria permaneceu em **aberto**, visto que, na data de 22/03/2012, o Plenário Virtual do STF se manifestou pela existência de repercussão geral da questão, no bojo do **ARE 662.186**, transformado no leading case **RE 633782**.

Em sua manifestação de repercussão geral, **o Ministro Relator, Luiz Fux**, destacou que “*a definição da possibilidade de delegação, no bojo do poder de polícia, de determinadas fases da atividade*”. Porém, vale a ressalva de que o foco

do referido caso diz respeito especificamente à delegação para “*peças jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta*”.<sup>347</sup>

O recurso tratava especificamente da possibilidade de a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte (BHTRANS), sociedade de economia mista responsável pela regulação do trânsito da capital mineira, poderia impor multas (exercer a fase sancionadora do poder de polícia) aos infratores das regras de trânsito. Ao fundo, questionava-se a própria supramencionada jurisprudência do STJ quanto ao tema.

Após mais de uma década, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou uma verdadeira guinada jurisprudencial em favor da constitucionalidade dos atos praticados por empresas estatais em favor da execução da polícia administrativa.

Apesar de bastante delimitada **(i)** para as “peças jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial”, bem como **(ii)** expressamente invocando a presença de legislação para tanto, a tese consolidada no **Tema de Repercussão Geral de nº 532**, respaldou a teoria dos ciclos de polícia, de Diogo de Figureiredo Moreira Neto, valendo-se da seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 532. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. [...] **PODER DE POLÍCIA. TEORIA DO CICLO DE POLÍCIA. DELEGAÇÃO A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ATUAÇÃO PRÓPRIA DO ESTADO. CAPITAL MAJORITARIAMENTE PÚBLICO. REGIME NÃO CONCORRENCIAL. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI FORMAL ESPECÍFICA PARA DELEGAÇÃO. CONTROLE**

---

<sup>347</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE nº 662.186/MG, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012, p. 4.

DE ABUSOS E DESVIOS POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO. CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO IRREGULAR. INDELEGABILIDADE DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA.

[...]

2. O poder de polícia significa **toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais**. Em sentido estrito, poder de polícia caracteriza uma atividade administrativa, que consubstancia verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de delimitar a liberdade e a propriedade.

3. A **teoria do ciclo de polícia** demonstra que o poder de polícia se desenvolve em **quatro fases**, cada uma correspondendo a um modo de atuação estatal: **(i) a ordem de polícia, (ii) o consentimento de polícia, (iii) a fiscalização de polícia e (iv) a sanção de polícia.**

[...]

7. As estatais prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial **podem atuar na companhia do atributo da coercibilidade inerente ao exercício do poder de polícia, mormente diante da atração do regime fazendário.**

8. *In casu*, a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte – BHTRANS pode ser delegatária do poder de polícia de trânsito, inclusive quanto à aplicação de multas, **porquanto se trata de estatal municipal de capital majoritariamente público, que presta exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial**, consistente no policiamento do trânsito da cidade de Belo Horizonte.

[...]

13. Repercussão geral constitucional que assenta a seguinte tese objetiva:

“É constitucional a delegação do poder de polícia, **por meio de lei**, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem

exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial”<sup>348</sup>

**Em primeiro lugar**, pode-se concluir que, caso se opte pela constituição de uma entidade autônoma ou algum mecanismo de autorregulação regulada, é possível delegar-lhe atividades instrutórias ao poder de polícia, desde que inseridas nas fases “**consentimento**” e “**fiscalização**” de polícia. Ou seja, restrita à etapa de coleta, processamento, avaliação e publicização de evidências e de indicadores acerca do cumprimento das empresas com as obrigações regulatórias, com os quesitos de qualidade do serviço etc.

Apesar de a jurisprudência caminhar para uma interpretação mais abrangente acerca das possibilidades de delegação, ainda é cedo afirmar que a cominação de sanções por entidades privadas, por exemplo, seja autorizada pelo STJ e pelo STF. A referida decisão do STF não só demanda a existência de lei, como é bastante restrita ao âmbito das “*peças jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial*”.

**Em segundo lugar**, é preciso ressaltar que os agentes regulados poderão questionar a questão da compatibilidade do **direito à liberdade de associação** das empresas (art. 5º, XX, da CRFB/88) com a “imposição” de que se crie entidade autônoma, provavelmente custeada pelos próprios agentes regulados, para conduzir esse processo de coleta, sistematização, processamento e publicização das evidências e dos indicadores.

Nesse ponto, todavia, Alexandre Santos Aragão<sup>349</sup> bem indica: o direito de livre associação não pode servir de barreira intransponível ao comando regulatório de que pessoas jurídicas de direito privado adotem mecanismos

---

<sup>348</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 633.782*, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, DJe de 25/11/2020.

<sup>349</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 307.

autorregulatórios. Por óbvio, esses comandos devem ser proporcionais e respeitar os direitos e garantias fundamentais dessas empresas, como será melhor explorado no próximo subcapítulo.

Observados esses parâmetros, essa “imposição” de autorregulação regulada **não** viola a previsão constitucional de liberdade associativa, porque os particulares que devem se associar **não** estão exercendo uma atividade privada típica. Em verdade, estão prestando serviços de interesse público nos quais um plexo de normas regulatórias incide (ou *deveria* incidir) justamente para protegê-lo.

Afinal, como também ressalta Alexandre Santos Aragão<sup>350</sup>, a medida “fortalece a esfera de autonomia individual [das empresas] em consonância com o princípio da subsidiariedade, visando igualmente a maior qualidade dos serviços [em consonância com o princípio constitucional da eficiência], já que aqueles que o prestam geralmente conhecem melhor as suas peculiaridades”. Cuida-se, portanto, de estratégia regulatória que amplia a liberdade dos particulares, e não a restringe.

**Em terceiro lugar**, é preciso também anotar o possível questionamento acerca da necessidade, ou não, de **autorização legal formal** para essa imposição.

O ponto é nebuloso. As entidades aferidoras do setor de telecomunicações, citadas no início deste subcapítulo, foram instauradas por meio de resoluções da própria ANATEL. De outra sorte, **no setor de energia elétrica** regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a criação de agentes autorregulação foi imposta, porém por via legislativa: a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) foi prevista pelo artigo 4º, da Lei nº 10.848/2004; e o Operador Nacional do Sistema Elétrica (ONS) teve suas competências e características delineadas pelo artigo 13 da Lei nº 9.648/1998.

---

<sup>350</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 307.

Nesse sentido, o mais seguro é observar rigorosamente as balizas constitucionais relativas ao poder normativo das agências reguladoras, explicitados de forma pormenorizada no **Capítulo 3** deste relatório, apesar de não parecer grandes óbices para estabelecimento dessa questão por meio de ato normativo regulador da ANAC, sobretudo caso não haja resistência por parte dos agentes regulados afetados.

#### **4.2.2. As empresas prestadoras de serviços aéreos podem ser obrigadas a submeter seu Diário de Bordo à ANAC?**

Vale resgatar a introdução deste Capítulo, que enquadrou a questão como *problema gerencial*. Na proposta anterior, a Resolução ANAC se valeu das concessionárias de infraestrutura para fiscalizar as pessoas autorizadas à prestação de serviços. Havia, portanto, uma dúvida – *superada fundamentalmente* – quanto à verificação de conformidade de um conjunto de *players* a cargo de outro ator privado, o operador de bem complementar.

Nessa proposta, a obrigação de apresentar o Diário de Bordo atualizado é *da* empresa prestadora de serviços aéreos, *para* monitorar a regularidade dos serviços aéreos por ela disponibilizados. O cenário em que o administrado-parceiro gera dados sobre *si* é menos nebuloso. A prestação de contas sobre a distância entre a realidade do atendimento e o ideal de serviço contínuo, módico e universal está no núcleo constitucional dos deveres da empresa que “substitui” a Administração Pública, sob qualquer título habilitatório (licença, registro, autorização, contrato administrativo).

Por outro lado, as exigências do Regulador são legítimas a depender da natureza das obrigações e, principalmente, do grau de *disclosure* imposto à concessionária, permissionária ou autorizatória. Especialmente nos mercados autorizados, em que se admite a multiplicidade de prestadoras, os diferenciais de cada empresa estão ligados à atratividade econômica da relação (*custos x*

*benefícios*) e à vinculação a um público-alvo, à demanda de consumidores com certas expectativas sobre *preço x qualidade*.

Logo, o problema é gerencial, nos seguintes termos: com qual intensidade a ANAC pode ter acesso a detalhes que estariam protegidos pelo segredo de empresa em ambiente de livre concorrência?

O que está em xeque é a liberdade de gestão dos rumos da empresa – equivalente à autodeterminação empresarial, para os entusiastas dos direitos de personalidade das pessoas jurídicas.

Em contraposição imediata, frisa-se **(i)** a segmentação do poder de polícia em ciclos, alguns delegáveis, e **(ii)** o cabimento de medidas cooperativas, negociais e indutivas não vieram para esvaziar a autoridade do Estado Regulador. Ao revés, somaram-se às alternativas “tradicionais” de expressão de autoridade, na proporção em que agregarem desburocratização e incremento quantitativo e/ou qualitativo das funções regulatórias.

Explica-se com uma breve metáfora. Se a atividade regulatória pudesse ser visualizada como o *pêndulo*, depois de todo movimento até a *extremidade* representativa das posturas consensuais e dialógicas; é normal que o pêndulo *volte rumo à extremidade* das medidas interventivas e coercitivas. O papel do Regulador é o ajuste fino sobre o quanto é desejável permitir esse retrocesso às posturas impostivas. O momento de ceder espaço às *potestades* é tão importante para o sucesso do marco setorial quanto as regras de conformidade.

Ausente ou mal calibrada a imposição de obrigações para além da relação Administração-administrado, o risco é de engessamento, de acomodação dos mercados para dar preferência a poucas empresas (e.g. oligopólio) e de pouca permeabilidade a entrantes detentoras de inovações.

Uma vez descritas as variáveis que podem incidir em desfavor da liberdade empresarial, a disponibilização compulsória do Diário de Bordo é uma política regulatória questionável à luz da proporcionalidade. Acerca do escrutínio da disciplina de atividade regulamentada pela proporcionalidade, confira-se o

excerto da ementa da **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.923**<sup>351</sup>,  
Relator o Ministro Luiz Fux:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOVO MARCO REGULATÓRIO DA TELEVISÃO POR ASSINATURA (LEI N. 12.485/2011). SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO (SeAC). [...] **REGULARIDADE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELA ANCINE PARA FINS DE FISCALIZAÇÃO QUANTO AO CUMPRIMENTO DAS REGRAS LEGAIS (ART. 13). TÍPICOS DEVERES INSTRUMENTAIS INDISPENSÁVEIS AO EXERCÍCIO DA ORDENAÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE DA POLÍTICA DE COTAS DE CONTEÚDO NACIONAL (ARTS. 16, 17, 18, 19, 20, 23). EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICO-POSITIVOS (CRFB, ARTS. 221 E 222, §3º) E OBJETIVOS MATERIAIS CONSISTENTES. MEDIDA ADEQUADA, NECESSÁRIA E PROPORCIONAL EM SENTIDO ESTRITO [...]**

[...]

10. O poder de polícia administrativa manifesta-se tanto preventiva quanto repressivamente, **traduzindo-se ora no consentimento prévio pela Administração Pública para o exercício regular de certas liberdades, ora no sancionamento do particular em razão do descumprimento de regras materiais aplicáveis à atividade regulada.** Em qualquer caso, a ingerência estatal (fiscalizatória e punitiva) exsurge como garantia da efetividade da disciplina jurídica aplicável.

11. In casu, os arts. 12 e 13 da Lei nº 12.485/11 simplesmente fixam **deveres instrumentais de colaboração das empresas para fins de permitir a atividade fiscalizatória da ANCINE** quanto ao cumprimento das novas obrigações materiais a que estão sujeitos todos

---

<sup>351</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.923*, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 8/11/2017, DJe de 5/4/2018.

os agentes do mercado audiovisual. Já o art. 31, caput, §§1º e 2º, da Lei nº 12.485/11 consubstancia engenhosa estratégia do legislador para conduzir as empacotadoras ao credenciamento exigido pela nova disciplina normativa, bem como induzir o cumprimento das respectivas cotas de conteúdo nacional. Ausência de quaisquer vícios que justifiquem declaração de inconstitucionalidade do modelo regulatório.

12. A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está **condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motive, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade**, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

13. In casu, os arts. 16, 17, 18, 19, 20, 23 da Lei nº 12.485/11, ao fixarem “cotas de conteúdo nacional” para canais e pacotes de TV por assinatura, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007).

**A intervenção estatal revela-se, ademais, (i) adequada, quando relacionada ao fim a que se destina, (ii) necessária, quando cotejada com possíveis meios alternativos e (iii) proporcional em sentido estrito, quando sopesados os ônus e bônus inerentes à medida restritiva.** (grifos acrescentados)

O raciocínio chancelado pelo Supremo Tribunal Federal acarreta duas premissas à presente análise:

- (i) É constitucional o dever de colaboração dos *players* de mercados autorizados com a entidade regulatória; e
- (ii) As políticas que intervêm sobre a rotina de prestação dos serviços delegados são legítimas, porquanto

deduzidas de juízo de ponderação em que finalidade lícita se sobreponha à autonomia gerencial das empresas parceiras (concessionárias, permissionárias ou autorizatárias).

O **primeiro passo** para a análise de medida regulatória restritiva é a delimitação da esfera de intervenção. No que concerne ao Diário de Bordo, o referencial para a coleta é a Resolução nº 457, de 20 de dezembro de 2017 (“**Resolução ANAC 457/2017**”), cujo rol do art. 4º merece transcrição:

Tabela 4 - Diário de Bordo

Art. 4º. O Diário de Bordo é o registro primário das seguintes informações relativas a cada voo:	
Número sequencial cronológico que identifique o registro daquele voo	Carga transportada
Identificação dos tripulantes, contendo função a bordo e horário de apresentação	Ocorrências
Data	Discrepâncias técnicas e pessoa que as detectou
Locais de pouso e decolagem	Ações corretivas
Horários de pouso, decolagem, partida e corte dos motores	Tipo da última intervenção de manutenção (exceto trânsito e diária)
Tempo de voo IFR;	Tipo da próxima intervenção de manutenção (exceto trânsito e diária)
Total de combustível por etapa de voo;	Horas de célula previstas para a próxima intervenção de manutenção;
Natureza do voo	Responsável pela aprovação para retorno ao serviço
Quantidade de pessoas a bordo	

Fonte: Elaboração própria.

**Por um lado**, a finalidade depreendida é a aferição de algumas informações pertinentes: a “normalidade” da rota percorrida (i.e., ausência de acidentes voluntariamente comunicados); a pontualidade, com a comparação entre os horários assumidos no esquema operacional e os horários de chegada e de partida *reais*; e a cautela com o estado da aeronave.

**Por outro lado**, as hipóteses infralegais de compartilhamento obrigatório a cada rota da empresa aérea, sob a responsabilidade do piloto (também designado pela ANAC como “operador aéreo” ou “operador de voo”), não parecem vulnerar o núcleo essencial dos direitos de personalidade das pessoas jurídicas afetadas. A respeito das restrições legítimas à livre iniciativa em mercados regulados, ilustra-se com a revisão bibliográfica de Rachel Sztajn<sup>352</sup>:

“Uma das funções de qualquer regulação, independentemente de como se a justifique, é melhorar, aprimorar a vida em sociedade, o que se mensura de várias formas, das quais **a relação custo-benefício**, meramente econômica, porque pode ser analisada em face dos benefícios para parcelas majoritárias da população contra os custos impostos a todos ou a alguns, se evidencia. Assim, [...] [a] redução da incidência de moléstias por efeito do controle da emissão de poluentes, entre eles o tratamento de efluentes, que são mensuráveis mediante **a relação entre o custo da prevenção e/ou da fiscalização e a redução de despesas públicas com terapêuticas curativas**.

Interesse público ou escolha pública são instrumentos ou políticas para fundamentar a regulação de atividades econômicas ou, no mínimo, de setores da economia. Diferentes tipos de **argumentos econômicos** (como a maximização da eficiência que, em presença de monopólios, desenha mecanismos substitutivos da concorrência), e **não econômicos** (que envolvem políticas públicas, benefícios a

---

<sup>352</sup> Cf. SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados* [e-book]. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

consumidores de natureza social, a universalidade de serviços públicos, tutela do meio ambiente) são recurso usual”

Seguindo o “roteiro” de proporcionalidade das políticas regulatórias, consoante o proposto na ADI 4.923, reputa-se preenchida a **necessidade** desse *accountability* das companhias aéreas perante a ANAC.

O **segundo passo** dessa análise de medida regulatória restritiva é a **adequação**. Nessa chave, perquire-se sobre a ausência de outros meios menos gravosos à autonomia das empresas<sup>353</sup>. Para tanto, a invasividade no tratamento às prestadoras de serviços será aferida no cotejo com outra expressão de poder admitida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (“CBA”, Lei 7.565/1986) – esta, sim, verdadeira “devassa” sobre dados operacionais e gerenciais de voo.

Trata-se da expandida competência investigativa do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (“SIPAER”). Os poderes dessa apuração pós-acidente não são exclusivos da ANAC – ao contrário, são esforços independentes em relação à Agência. Ante a sua excepcionalidade, o SIPAER avança sobre e maneja as seguintes fontes de informação:

Art. 88-I. São fontes Sipaer: (caput, incisos e parágrafos incluídos pela Lei nº 12.970, de 2014)

I – gravações das comunicações **entre os órgãos de controle de tráfego aéreo** e suas transcrições;

II – **gravações das conversas** na cabine de pilotagem e suas transcrições;

---

<sup>353</sup> O emprego da expressão “autonomia” seguiu a orientação de André Ramos Tavares no sentido da autonomia do setor empresarial, sob o plano constitucional: “ressalte-se que a limitação da autonomia privada, com a concomitante intensificação da presença pública, integra o desenho normativo de toda a ordem social, seja na saúde, seja na educação, seja no desporto. Em estudo voltado ao regime constitucional da educação, [...] sustentei que, independentemente da ‘garantia de autonomia con- ferida constitucionalmente às entidades privadas que promovem o salutar acesso à educação (...), pode-se desde logo concluir que seria totalmente inadequado minimizar ou expurgar o influxo de normativas próprias do Direito público nesta matéria” (TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional da Empresa*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 135).

III – dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências;

IV – gravações das comunicações **entre a aeronave e os órgãos de controle de tráfego aéreo** e suas transcrições; (Incluído pela

Lei nº 12.970, de 2014)

V – **gravações dos dados de voo e os gráficos e parâmetros deles extraídos** ou transcritos;

VI – dados dos sistemas automáticos e manuais de coleta de dados; e

VII - demais registros usados nas atividades Sipaer, incluindo os de investigação.

§1º. Em proveito da investigação Sipaer, a autoridade de investigação Sipaer terá precedência no acesso e na custódia das fontes citadas no caput.

§2º. A fonte de informações de que trata o inciso III do caput e as análises e conclusões da investigação Sipaer não serão utilizadas para fins probatórios nos processos judiciais e procedimentos administrativos e **somente serão fornecidas mediante requisição judicial**, observado o art. 88-K desta Lei.

§3º. Toda informação prestada em proveito de investigação Sipaer e de outras atividades afetas ao Sipaer será espontânea e baseada na garantia legal de seu exclusivo uso para fins de prevenção.

§4º. Salvo em proveito de investigação Sipaer e de outras atividades de prevenção, será vedado ao profissional do Sipaer revelar as fontes e respectivos conteúdos, aplicando-se-lhe o disposto no art. 207 do Código de Processo Penal, e no art. 406 do Código de Processo Civil de 1973.

Não é sem razão que as fontes do SIPAER estão protegidas pelo sigilo processual e pela oitiva prévia de agente responsável, para a atribuição do valor probatório (*ex vi* CBA, art. 88-J c/c art. 88-K). Entre os dados acessados por essa

autoridade investigativa, pode-se supor que o Diário de Bordo seja apenas uma das fontes, enquadrado no inciso V, do art. 88-I.

Nessa linha sobre a invasidade das formas de extração dos dados à finalidade pretendida, a implantação de *software* na aeronave, cujos dados sejam abertos à ANAC e sirvam para ‘alimentar’ os sistemas de monitoramento da Agência, soa **adequada** *vis-a-vis* o referencial da interferência extrema.

Em outras palavras, a implementação de sistemas informatizados diretamente conectados às bases da ANAC, para a produção e a divulgação do Diário de Bordo Eletrônico (eDB), é adequada à manutenção de patamares **razoáveis** de autonomia empresarial e de liberdade econômica.

Cumprе contextualizar a diferença entre “dado” e “informação”. O dado designa qualquer resultado gerado a partir de um código, a exemplo do sistema numérico, das convenções de data e hora e da modalidade escrita da linguagem. No momento da coleta, o dado pode ser estruturado, semiestruturado ou não-estruturado – classificação baseada na aptidão à leitura, tabulação e processamento por máquinas. Já a informação é o enunciado ou o parâmetro considerado útil e verossímil, cuja construção se dá através da filtragem e da agregação de dados.

No caso do Diário de Bordo, mesmo que a prestadora considere que certos dados coletados são **sensíveis**, a ANAC agirá mirando na **adequação** da intervenção, ao gerar **informações** de caráter público, para substituir o (inadequado) *full disclosure* das características gerenciais de cada prestadora.

Ademais, ressalta-se que a Resolução nº 458, de 20 de dezembro de 2017 (“Resolução ANAC 458/2017”) elenca os recursos e as especificações mínimas para que o sistema da aeronave sirva à função de Diário de Bordo. O investimento da empresa aérea para se conformar aos padrões regulatórios *pode ser* um valor agregado ao preço de venda da aeronave.

Todavia, à medida que a fabricação de novas aeronaves passa a incluir o *software* exigido, as despesas de instalação em aeronave de “modelo antigo” se

tornam *sunk costs*<sup>354</sup>, custos irrecuperáveis. Ainda nesta última hipótese, de prejuízo potencial, o investimento é “amortizado” pela frequência de utilização. Basta um único licenciamento, com os eventuais custos de reparos e de atualização, para que o sistema informatizado opere e garanta a conformidade da empresa.

Por fim, cabe um breve comentário sobre a **proporcionalidade em sentido estrito** dessa norma regulatória de cunho restritivo à liberdade empresarial. Como se sabe, a proporcionalidade em sentido é um juízo comparativo por excelência: os benefícios observados em relação à finalidade pretendida precisam ser **maiores** do que os prejuízos suportados pelos sujeitos.

Considerando a interação entre o quadro fático e a solução regulatória, é plausível defender a prevalência da transparência operacional como justificativa para o *accountability* gerencial das prestadoras – raciocínio semelhante ao registrado pelo Ministro Relator no item “11” da ementa da ADI 4.923 (*supra*).

Não obstante, a proporcionalidade em sentido estrito é uma fórmula em que a realização de cada valor ou bem jurídico é inversamente proporcional à concretização de outro valor ou bem. Ou seja, a medida restritiva pode se tornar *mais proporcional*, por duas estratégias – a redução dos ônus ou o aumento dos bônus.

No caso em tela, a elaboração de *rankings* de desempenho a partir dos dados extraídos dos diários de bordo não só é uma informação útil para a função

---

<sup>354</sup> Definição de *sunk costs*, em conjuntura histórica: “Paralelamente à esta função de coordenação microeconômica, as corporações também desempenharam um outro papel relevante para a viabilização do fordismo: a realização de um expressivo volume de investimentos, atinente à larga escala de produção e às máquinas e equipamentos intensos em capital. A concentração do poder econômico representou uma conseqüente centralização do capital, o que garantiu a disponibilidade de recursos para a realização destes investimentos. No contexto norte-americano, foi essa massa financeira gerida pelas corporações que garantiu a realização de projetos industriais notabilizados pelos custos irrecuperáveis (*sunk costs*), como foi o caso dos setores de utilidade pública, notadamente comunicações, iluminação, energia elétrica e transportes ferroviários” (SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia*. Coleção direito, desenvolvimento e justiça. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128).

regulatória, como também é fundamento idôneo para o bônus, o tratamento especial às empresas melhor classificadas, via incentivos.

#### **4.3. Dados ‘externos’ sobre a prestação do serviço público e a efetividade da política regulatória: a resolução de demandas consumeristas na plataforma Consumidor.gov.br e a pressão pela conformidade dos regulados aos padrões de serviço**

Por fim, para conferir maior responsividade ao processo regulatório da agência, é importante coletar evidências quantitativas e qualitativas, as quais não sejam relacionadas ou não tenham sido produzidas somente pelos agentes regulados.

Noutras palavras, os sujeitos que efetivamente desfrutam do serviço público prestado e/ou são os verdadeiros destinatários da política regulatória formulada devem ser incluídos nos indicadores de aferição da qualidade do serviço e/ou dos resultados das políticas regulatórias.

Por exemplo, os consumidores da aviação comercial ou os usuários da infraestrutura de aeroportos devem ser ouvidos nesse processo de conferir responsividade à regulação da ANAC e de torna-la mais empiricamente informada.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a ANAC tem caminhado de forma louvável, sobretudo no que diz respeito à combinação de três normas (em sentido lato): a **Resolução nº 400/2016**, a **Instrução Normativa nº134/2020** e o **Decreto federal nº 10.197/2020**.

Desde o ano de 2016, a ANAC já havia aderido a plataforma Consumidor.Gov desenvolvida pela Senacon/MJ. Antes mesmo de o Decreto nº 10.197/2020 se tornar uma política regulatório-consumerista impositiva à administração pública federal, a ANAC já havia aderido essa plataforma como seu canal oficial de antedimento aos consumidores, sem prejuízo no uso de outras.

Por meio dessa movimentação institucional, a ANAC não só abriu uma via eficiente de autocomposição das demandas consumeristas relativas aos usuários dos serviços de transporte aéreo, como também impulsionou o processo de ingerência “externa” dos usuários do serviço na própria atividade regulatória: uma verdadeira pressão de terceiros (peer pressure).

A análise pormenorizada desse mecanismo e suas implicações para a regulação da ANAC serão analisadas na segunda parte deste relatório, não cabendo a esta análise teórico-constitucional. Já a sua aplicação escalonada

Entretanto, para finalizar a presente parte deste relatório e construir uma ponte de transição com a sua segunda parte, destacam-se duas ideias úteis para a compreensão dessas iniciativas institucionais, ambas melhor desenvolvidas quando da aplicação do referencial teórico da regulação responsiva no ambiente jurídico-institucional de países ainda em desenvolvimento (*v.g.* Brasil): o **tripartismo** e a **governança nodal**.

Quanto ao **primeiro tema**, a inserção dos consumidores nesse processo de coleta de evidências empíricas e a participação de entidades da sociedade civil relacionadas ao setor regulado no ciclo regulatório da ANAC são medidas que estimulam o controle social da agência reguladora e fomentam a sua responsividade. Além disso, ainda auxiliam na concretização de uma regulação empiricamente informada por meio de dados “externos” à interação entre regulador e regulado.

Quanto ao **segundo tema**, é preciso compreender a importância da governança nodal no contexto de países ainda em desenvolvimento, como o Brasil. Além de se apresentar como importante estratégia para desestimular os incentivos por exemplo de captura do regulador, a responsividade confere maior **legitimidade** – calcando o processo regulatório sob ideais democráticos por meio da participação dos demais atores relevantes (*v.g.* consumidores na área de aviação comercial) para fiscalizar tanto o regulador quanto o regulado. Em igual sentido, o ideal da responsividade pode conferir maior **efetividade** ao processo

regulatório como um todo – concentrando o dispêndio de recursos públicos escassos nas áreas mais necessitadas, por exemplo.

É o que se passa a explorar.

#### 4.3.1. Controle social e Tripartismo

Consoante Ayres e Braithwaite<sup>355</sup>, o Estado deve promover políticas públicas que tenham a capacidade de empoderar as organizações da sociedade civil: inserindo-as no processo deliberativo para a consolidação das políticas regulatórias que serão adotadas para enfrentar um problema social e/ou econômico existente.

Essa empreitada pode concretizar o mandamento constitucional da uma regulação empiricamente informada trazer, além de novos pontos de vista para a resolução dos conflitos vigentes, uma maior legitimidade para o processo em si. Isso porque, por exemplo, insere os verdadeiros impactados pelos problemas existentes – detentores de maior conhecimento de causa das questões ali envolvidas -, os quais podem contribuir de diferentes maneiras, tais como:

- (i) Auxiliando na definição da escala do problema e dos pontos mais sensíveis;
- (ii) Estabelecendo os objetivos a serem perseguidos, em vista de que irão melhor realizar suas necessidades;
- (iii) Sugerindo propostas regulatórias fundamentadas, em face de seu maior contato com a realidade que se pretende regular;

---

<sup>355</sup> BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 14.

- (iv) Oferecendo *feedbacks* sobre o êxito da implementação das estratégias regulatórias adotadas (*v.g.* reportar a existência de captura do regulador ou relatar sua percepção quanto à qualidade do serviço prestado).<sup>356</sup>

Demais disso, a percepção da relevância que mecanismos de controle social podem exercer, no fenômeno regulatório, está ligada com ao menos **dois** argumentos.

**Em primeiro lugar**, o controle social por atores independentes é relevante, porque os Reguladores estatais podem sofrer grande pressão político-econômica para conceder benefícios aos atores regulados. É dizer: serem capturados pelo *lobby* do poder econômico privado. Assim, essas entidades (*third parties*) podem contribuir com a fiscalização dessa captura coibindo-a, por exemplo, por meio da propositura de uma Ação Civil Pública que vise tutelar a proteção do consumidor (art. 1º, II, da Lei nº 7.347).

**Em segundo lugar**, no entanto, o controle social é benéfico, pois os consumidores e essas entidades podem também regular o mercado privado de forma direta: litigando, no Poder Judiciário, contra empresas que descumpram regras e princípios relacionados à defesa do consumidor; expondo publicamente as empresas que desrespeitam os direitos do consumidor (*naming and shaming*); e até mesmo organizando “boicotes” a essas empresas, deixando de comprar seus produtos ou de contratar seus serviços.

Nesses argumentos, tem-se justamente a base da ideia de **tripartismo** (*tripartism*), tal como formulada por Ayres e Braithwaite.<sup>357</sup>

O tripartismo consiste na política regulatória que propaga e incentiva a participação de grupos de interesse público, os chamados *PIGs*<sup>358</sup>: ONGs,

---

<sup>356</sup> RIPLEY, Randall B. *Stages of the Policy Process*. In: MCCOOL, Daniel C. (Org.). *Public Policy Theories, Models and Concepts*. Upper Saddle River: Prentice Hall, 1995, p. 158.

<sup>357</sup> BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, Cap. 3.

<sup>358</sup> BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 57.

associações de proteção de interesses coletivos e difusos, bem como órgãos deliberativos do Estado, os quais sejam independentes ou detenham composição plural (*multistakeholder*) envolvendo Estado, sociedade e mercado, como o CGI.br ou a Superintendência de Relações com os Consumidores.

Essa ideia está relacionada com **dois dilemas**.

O **primeiro** deles é o de que o fenômeno da regulação, sobretudo no âmbito estadunidense, costuma ser apresentada como um jogo dualista, no qual apenas dois atores participam: a Agência Reguladora e as empresas - o Estado e o mercado, basicamente. Assim, economistas e políticos usualmente mencionam a questão da “**captura do regulador**” (ou a sua **corrupção** pelo poder econômico privado) como um problema quase inevitável nesse cenário dual.

Ocorre que, como apontado no início deste capítulo, um pressuposto relevante da regulação responsiva é o de que dinâmicas cooperativas e de diálogo entre regulador-regulado devem existir na base da pirâmide, via de regra, como estratégias iniciais. E mais: essas estratégias só devem ser ultrapassadas por outras de maior intensidade, caso falhem. Ou seja, gozam de maior prestígio, no bojo de uma modelagem regulatória responsiva.

Entretanto, como é cediço, as mesmas condições que propiciam um ambiente cooperativo e dialógico (*e.g.* encontros reiterados entre reguladores e empresas do setor privado para assentar a fiscalização regulatória) podem também tornar mais fácil que haja relações de corrupção e de captura.

Em um cenário de discussões recorrentes entre os mesmos agentes (reguladores, de um lado; e representantes do setor de relações institucionais das empresas, de outro) possui um grande potencial de incentivar barganhas e até propinas. Isso, dada a relação de confiança e de proximidade instaurada, bem como o baixo número de atores envolvidos nessa fiscalização.

O **segundo dilema**, no entanto, diz respeito ao fato de que a regulação responsiva pode estimular uma maior **discricionariedade** do agente regulador: ele possui maior liberdade para fixar regimes fiscalizatórios mais brandos ou mais

rígidos, de acordo com a sua percepção acerca do comportamento da empresa e das variáveis daquele mercado regulado, por exemplo.

Uma discricionariedade ampla propaga incentivos perigosos em direção à captura e à corrupção do regulador, direcionando o fardo regulatório de acordo com os interesses político-econômicos mais fortes. A despeito disso, uma discricionariedade muito baixa – deixando o regulador muito “preso” ou “amarado” – o levará a adotar regulações estáticas, pouco inovadoras e descoladas da realidade.

Como saída para esses dois dilemas, a noção de tripartismo estimula o controle social exercido pelos referidos PIGs de **três** formas:

**Primeiro**, confere ao PIG e a todos seus membros maior acesso à informação, que antes ficava meramente restrita ao regulador (*e.g.* índices de qualidade e de desempenho das prestadoras do serviço de telecomunicações);

**Segundo**, insere os PIGs no processo de deliberação, de tomada de decisão e de negociação nas questões envolvendo o Estado e a empresa privada;

**Terceiro**, permite que o PIG possa processar ou denunciar tanto regulador, quanto regulador, caso haja indícios de desvios de verbas públicas ou de corrupção, por exemplo.

Essa estratégia auxilia no combate ao problema da captura, permitindo que haja uma cooperação saudável entre os atores público-privados, na medida em que empodera um terceiro ator no jogo para atuar como fiscalizador dessa relação.

Nessa posição, como acima adiantado, ele poderá fiscalizar e “punir” (trazendo custos reputacionais) tanto o regulador (*v.g.* por não ter cumprido com

seus deveres de proteção ao consumidor, quanto a firma em si (*v.g.* publicizando suas atitudes, seu atendimento, a segurança de seu produto etc.).<sup>359</sup>

#### 4.3.2. Governança Nodal na Regulação Responsiva

Ao buscar aplicar a regulação responsiva em países emergentes (ou economias em desenvolvimento), John Braithwaite buscou apresentar essa teoria como uma estratégia capaz de mobilizar formas menos custosas de regulação: apostar, *prima facie*, no controle social e/ou em estratégias regulatórias híbridas, em detrimento do uso constante de técnicas estatais de comando e controle (*e.g.* sanções diretas por descumprimento de regras ou revogação de autorizações).<sup>360</sup>

É que, ao menos em tese, países em desenvolvimento (como é o caso do Brasil) não possuem muitas das capacidades necessárias para implementar uma regulação responsiva, tal como países já desenvolvidos. Nada obstante, independentemente do déficit institucional existente em um país como o nosso, a utilização da regulação responsiva, que conjuga elementos de regulação externa (controle social), autorregulação privada e regulação estatal, pode aumentar a probabilidade de se superar esses déficits.

Em suma, **duas tarefas** são imprescindíveis: obter melhores resultados sem o dispêndio exacerbado de recursos públicos e diminuir os riscos de corrupção e de captura privada do regulador.

Em um primeiro momento, consoante expõe o autor, é comum desenvolver o seguinte raciocínio: em vista dos déficits institucionais de países em desenvolvimento – como corrupção endêmica e estrutural – a interação constante entre regulador (agente público) e regulado (agente privado) provavelmente

---

<sup>359</sup> Cf. AXELROD, Robert. An Evolutionary Approach to Norms. *The American Political Science Review*, v. 80, n. 4, pp. 1095-1111, 1986.

<sup>360</sup> BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, p. 884.

geraria um grande risco de captura da coisa pública pelo poder econômico-político privado.

Assim, regulações mais benéficas para empresas de certo setor poderiam ocorrer sem base legal ou sem respaldo de análises econômicas, por exemplo. Desse modo, a regulação responsiva, na verdade, poderia contribuir para a corrupção do regulador, a partir do momento que criaria um ambiente propício para tanto.

Nesse diapasão, trata-se de estratégia perigosa, em um cenário político-institucional instável, pois concede maior discricionariedade ao “burocrata regulador”, que pode se aproveitar dessa maior liberdade para aumentar os seus ganhos, em esquemas de corrupção.<sup>361</sup> Além de tornar mais fácil para que o agente privado corrupto também se aproveite da situação e ofereça propinas, benesses e vantagens em troca de benefícios regulatórios.

No entanto, segundo os estudos empíricos colacionados pelo autor<sup>362</sup>, tem-se visto exatamente o contrário: modelos regulatórios responsivos, de **governança nodal**, podem superar essas desvantagens trazidas por um arcabouço político-institucional deficiente.

**De um lado**, atingem a incapacidade estatal na medida em que mobilizam o mercado a expurgar os agentes privados de baixa qualidade ou de baixa índole moral-legal (*e.g.* ranqueando as empresas de acordo com indicadores de qualidade ou de cumprimento com suas obrigações de proteção ao meio-ambiente ou ao consumidor).

**De outro**, permitem que, nos casos em que houver conluio entre o público-privado ou até mesmo a captura do público pelo privado, o **controle social**

---

<sup>361</sup> “Responsive regulation is a worrying strategy in corrupt societies because it puts more discretion in the hands of regulatory bureaucrats who can use that discretion to increase the returns to corruption” (BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, p. 896).

<sup>362</sup> “Networking regulatory partnerships also structurally reduces the benefits of capture and corruption in those developing economies that are endemically prone to corruption” (BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, p. 896).

**externo** entra em ação para denunciar tais práticas ou para intervir por meio de boicotes, ações civis públicas etc.

Nesse sentido, a responsividade consiste tanto em um **ideal democrático** – relacionado à *legitimidade* da regulação, quanto em um **ideal de efetividade** – relacionado à *eficiência* da regulação.<sup>363</sup>

Em relação ao **primeiro ponto**, a responsividade se torna um ideal democrático na medida em que pretende estabelecer uma regulação capaz de captar a textura complexa da vida social: construir uma esfera institucional íntegra, que leva em consideração diferentes pontos de vista, diferentes demandas sociais e diferentes expectativas políticas.

Para tanto, “o poder deve fiscalizar o poder”, não só no âmbito governamental, mas na sociedade como um todo. A regulação responsiva está relacionada a uma concepção de deliberação e de participação dos atores envolvidos (*stakeholders*) no processo regulatório. Assim, cada um deve se engajar na promoção de *accountability* dos demais.

Trata-se de um processo democrático na medida em que rechaça uma postura hierarquizada de que “quem guarda os guardiões” deve necessariamente ser parte do aparato estatal. Ao revés, segundo Braithwaite, o abuso de poder é melhor fiscalizado e coibido quando essas tarefas são desempenhadas por uma “*pluralidade complexa*” de esferas de poder separadas: uma **governança nodal** composta por atores semiautônomos.<sup>364</sup>

Esses nós de governança (os âmbitos de poder e de fiscalização semiautônomos) não só se fiscalizam, mas atuam de forma recíproca: suplantando os déficits dos outros “nós”. Exemplos desses atores podem ser: auditores independentes, *ombudsmen*, Tribunais, entidades autorregulatórias de algum

---

<sup>363</sup> BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, pp. 884 e 886.

<sup>364</sup> “[R]esponsive regulatory theory has evolved into a deliberative, circular theory of democratic accountability, as opposed to a hierarchical theory where the ultimate guardians of the guardians are part of the state. [...] Abuse of power is best checked by a complex plurality of many separated powers – many semi-autonomous nodes of networked governance” (BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, p. 885).

setor (e.g. CONAR e FEBRABAN), ONGs e Instituições independentes da sociedade civil.

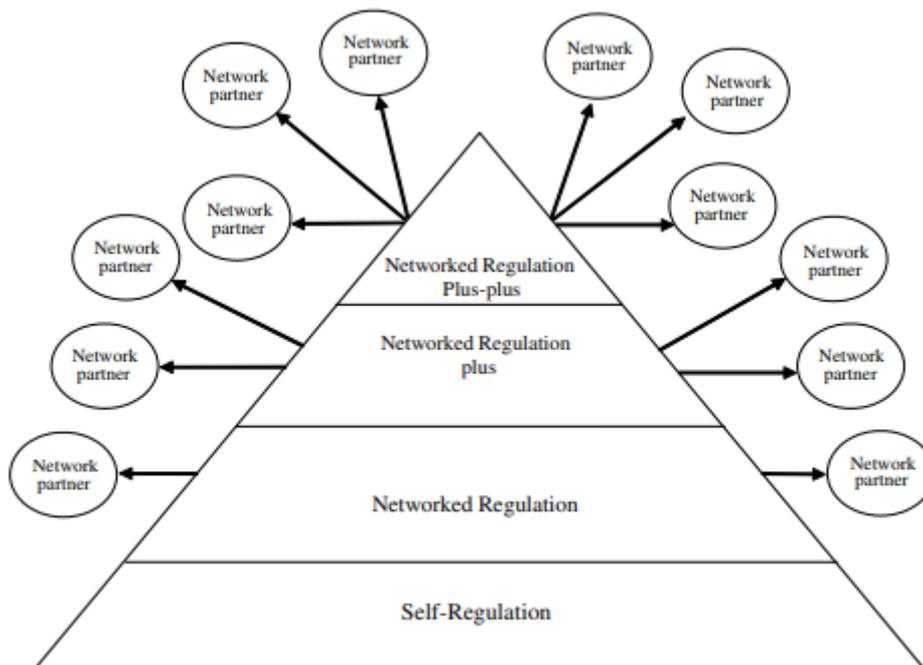
A responsividade regulatória emerge não apenas de um Estado forte, mas, também, de um mercado pujante e de uma sociedade civil ativa, pois “*as qualidades de cada uma dessas instituições pode suplantar [os déficits] [e] [aumentar] a capacidade de governança das outras*”.<sup>365</sup> Trata-se de uma visão inclusiva de democracia, na qual existem vários “círculos deliberativos” em que cidadãos, empresas e agentes públicos podem contribuir na construção de uma regulação de maior qualidade, com observações dos diferentes atores impactados.

Nesse sentido, **(i)** o Estado pode corrigir “falhas de mercado” (e.g. monopólios e cartéis); de outra sorte, **(ii)** o mercado pode suplantar as “falhas de governo” (e.g. atuação ineficiente na prestação de serviços de interesse público); e, por fim, **(iii)** a sociedade civil pode coibir práticas abusivas de corrupção entre a esfera pública e os agentes privados (e.g. tomar medidas legais cabíveis nas hipóteses de captura do regulador).

---

<sup>365</sup> “[T]he strength of each institution enables the governance capabilities of the other institutions”. (BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006, p. 885).

Figura 15 - Pirâmide da Regulação Responsiva sob um viés de Governança Nodal



Fonte: BRAITHWAITE, 2006, p. 890.<sup>366</sup>

Não por menos, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>367</sup>, ao recomendar práticas capazes de potencializar a qualidade da regulação, estabelece que ponto fulcral para a concretização desse intuito é: incluir, nas discussões prévias à formulação da medida, as partes interessadas, assim, levando em conta a distribuição dos custos que a regulação apresentada terá sob os atores envolvidos (*e.g.* consumidores, empresas, governo).

Em relação ao **segundo ponto**, a responsividade está relacionada com o ideal de efetividade na medida em que pode imprimir maior eficiência regulatória para o modelo fiscalizatório de uma Agência Reguladora, que se baseia exclusivamente em mecanismos de comando e controle.

<sup>366</sup> BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. *World Development*, v. 34, n. 5, pp. 884-898, 2006, p. 890.

<sup>367</sup> OECD. *Reccomendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, OECD Legal Instruments. Paris: OECD Publishing, 2019.

Como já mencionado anteriormente neste capítulo, o ponto central é o de que o regulador deve ser responsivo ao comportamento do regulado, utilizando-o como ponto de partida para decidir se aumenta a intensidade da intervenção estatal, a diminui ou a mantém.

Noutras palavras: para tomar a decisão de qual estratégia regulatória irá adotar e qual será sua intensidade, o regulador deve antes perguntar-se o quão bem os atores privados e a sociedade civil estão se autorregulando. A eficiência reside no fato de o dispêndio de recursos públicos escassos (sejam eles econômicos, humanos ou até de tempo) ser canalizada para as áreas realmente necessárias, com o intuito de se obter melhores resultados.<sup>368</sup> Essas áreas são especificamente: os mercados e/ou os atores “problemáticos”, que atuam de forma irracional ou descumprindo constantemente as regras aplicáveis.

Desse modo, incorpora-se a noção de que punições (no estilo comando e controle) às vezes são muito eficientes, mas, não raras vezes, apresentam resultados desnaturados; assim como no caso da persuasão: ela tende a ser uma resposta regulatória menos invasiva e mais barata, no entanto, pode se mostrar falha. Assim, é necessário não impor óbices à aplicação de sanções ao ator regulado que não se comportar bem. É que uma das eficiências trazidas pela mencionada pirâmide é a de que se aumentam os incentivos para o ator regulado cumprir a lei ou seguir os parâmetros acordados.

Conforme elucidam Ayres e Braithwaite<sup>369</sup>, caso o ator regulado não se autorregule de acordo com as balizas estabelecidas pelo órgão de controle – corrigindo seus excessos e punindo suas próprias falhas -, o regulador deve mostrá-lo que irá escalar (“subir”) a pirâmide punitiva o quanto for necessário. Dessa forma, o ator racional percebe que, para ele, será menos custoso seguir o

---

<sup>368</sup> TIMM, Luciano Benetti; TONIOLO, Giuliano. A aplicação do princípio da eficiência à Administração Pública: levantamento bibliográfico e estudo da jurisprudência do TJRS. *Prismas*, Brasília, v. 4, n.2, p. 43-54. Jul./dez. 2007, p. 45.

<sup>369</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, cap. 2.

acordado e se autorregular em tal sentido, em detrimento de receber multas impostas pelo Estado.

Nada obstante, caso o ator seja *irracional* e continue a apresentar várias reclamações ou a descumprir as normas aplicáveis, o regulador pode lançar mão de estratégias de dissuasão mais intensas, tais como a paralisação daquela atividade econômica, por meio da revogação de uma autorização.

Essa dimensão da efetividade, indo além, também está relacionada, com a legitimidade da regulação. Segundo estudos empíricos<sup>370</sup>, formas mais dialógicas de regulação – nas quais, primeiro, tenta-se um acordo negocial e, apenas depois, elabora-se uma regulação mais dura – trazem uma maior sensação de legitimidade para o regulado no que diz respeito ao ônus imposto pelo regulador. Isso, uma vez que o regulador o concedeu várias chances e sinalizou com vários avisos, porém o ator regulado as desperdiçou. Quando o agente regulado observa o fardo regulatório como algo legítimo, tende a ser mais cooperativo com a lei e até mesmo incorporar o regramento em seus códigos de conduta.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> Cf. TYLER, Tom R; BLADER, Steven L. *The Group Engagement Model: Procedural Justice, Social Identity, and Cooperative Behavior*. *Personality and Social Psychology Review*, v.7, n.4, pp. 349–361, 2003; TYLER, Tom; BLADER, Steven. L. *Relational Models of Procedural Justice*. In: CROPANZANO, Russell; AMBROSE, Maureen L. (Coord.). *The Oxford Handbook of Justice in the Workplace*. Aug. 2015.

<sup>371</sup> TYLER, Tom R; HUO, Yuen J. *The Trust in Law: encouraging public cooperation with the Police and Courts through*. New York: Russell Sage Foundation, 2002.

## **PARTE II – PERSPECTIVAS TEÓRICAS E PRÁTICAS PARA A SOLUÇÃO DOS PRINCIPAIS DESAFIOS REGULATÓRIOS A SEREM ENFRENTADOS PELA ANAC**

### **INTRODUÇÃO**

O primeiro relatório apresentado no âmbito desta parceria entre a Universidade de Brasília (UnB) e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) demonstrou como a regulação responsiva diferencia-se dos modelos de comando e controle em virtude de basear-se na construção de uma relação mais próxima entre regulado e regulador, lastreada na cooperação e na confiança, e não somente no temor da sanção.

Essa nova abordagem regulatória, cujo objetivo primordial é assegurar o comportamento virtuoso do regulado, apoia-se em outros sistemas normativos que não apenas o estatal, bem como em outras abordagens e estratégias que não apenas os meios coercitivos.

A sanção, nesse sentido, torna-se a última e mais drástica medida – o ápice da pirâmide regulatória –, a ser aplicada somente em razão da ineficácia efetiva ou pressuposta das soluções anteriores fundadas na cooperação e nos incentivos. Acresce que todo esse pacote de alternativas ainda deve ser estrategicamente escalonado para assegurar que a punição ocorra apenas quando as soluções anteriores falharem.

A primeira parte do presente relatório, por sua vez, apontou a compatibilidade das premissas da regulação responsiva com a ordem constitucional brasileira, inclusive por meio do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça também do Tribunal de Contas da União.

Nesta última parte, buscar-se-á explorar os desdobramentos teóricos e práticos da regulação responsiva diante dos principais desafios a serem enfrentados pela ANAC na implementação de novas modelagens regulatórias baseadas em incentivos.

Antes de se ingressar propriamente no mérito das discussões, far-se-á uma breve contextualização do tema à luz das recentes reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia, a fim de demonstrar o quanto estas se casam perfeitamente com a adoção de novas estratégias regulatórias que não se baseiam exclusivamente nas sanções.

Em uma etapa seguinte, o estudo se concentrará naquelas consideradas as principais estratégias regulatórias a serem utilizadas para a solução dos problemas apontados pela ANAC: (i) a implementação de regras de *compliance* entre os agentes regulados, no contexto de uma corregulação ou autorregulação regulada, em que a agência reguladora assume uma postura proativa na administração de incentivos para o cumprimento das metas regulatórias; e (ii) a implementação da cooperação, inclusive por meio das novas tecnologias de informação e comunicação.

Por fim, o relatório abordará alguns dos problemas práticos já mapeados para a ANAC, mostrando como as soluções desenhadas ao longo do estudo podem ser adequadas para o seu devido endereçamento.

## **1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA À LUZ DAS RECENTES REFLEXÕES ORIUNDAS DO DIREITO, DA ECONOMIA E DA SOCIOLOGIA**

### **1.1. A importância da visão institucional do mercado e da atuação dos agentes econômicos**

As considerações já expostas no primeiro relatório, ao realçarem a falência do modelo de comando e controle e as vantagens de modelos de regulação apoiada

em incentivos intrínsecos, em especial o modelo da regulação responsiva, casam-se perfeitamente com as atuais reflexões oriundas do direito, da economia e da sociologia no que diz respeito às formas de ação humana, incluindo as que ocorrem na esfera econômica.

Nesse sentido, é importante revisitar brevemente algumas das contribuições mais importantes e atuais para o tema, na medida em que estas podem auxiliar a trilhar novos caminhos e soluções para mais bem equilibrar a relação entre regulador e regulado.

No âmbito jurídico, há muito se questiona a possibilidade de o direito cumprir a sua importante função de integração social somente pela força. Daí salientar Habermas<sup>372</sup> a importância da legitimidade procedimental das normas, a partir da qual seus destinatários possam cumpri-las não só pelo temor à sanção, mas também em razão da aceitação dos seus comandos a partir de um processo comunicativo que tenha garantido a participação e a anuência dos regulados.

Tal postura realça a importância das iniciativas estatais que invistam no convencimento legítimo dos regulados quanto à necessidade e à importância do cumprimento das normas jurídicas, bem como no incentivo ao desenvolvimento de uma cultura ética própria por parte dos agentes empresariais. É precisamente nesse contexto que se situa a discussão sobre o *compliance*, mecanismo de autorregulação que não apenas deve ser compatível com a heterorregulação, como deve assegurar a sua efetividade e, em certos casos, até mesmo supri-la e suplementá-la.

Na verdade, todas essas novas propostas buscam romper com a dicotomia que foi naturalizada no século XIX em torno da visão das normas jurídicas como imperativos hipotéticos, cumpridos exclusivamente em razão da sua sanção, ao contrário das normas éticas ou morais, vistas como imperativos categóricos, cumpridos em razão do seu valor. Como já se teve oportunidade de acentuar em

---

<sup>372</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madri: Editorial Trota S/A, 2001.

anterior trabalho doutrinário<sup>373</sup>, as normas jurídicas também precisam ser cumpridas em razão do valor que a elas se atribui, sendo importante que o Estado participe ativamente do processo de esclarecimento e difusão desses valores.

É por essa razão que, por meio dos programas de *compliance*, busca-se realçar e difundir o valor intrínseco das normas jurídicas e as razões para o seu cumprimento, a fim de gerar uma efetiva cultura de respeito à ética e à legalidade que, iniciada dentro da empresa<sup>374</sup>, possa depois se expandir, estendendo-se a todos aqueles com os quais determinado agente econômico trava relações contratuais.

Conseqüentemente, busca-se uma reforma do ambiente de negócios de dentro para fora, sendo a mudança interna (da empresa) utilizada como catalisador da mudança do próprio mercado, ou seja, do espaço em que os agentes econômicos entabulam relações com outras empresas, com consumidores e com o Estado.

Portanto, o propósito maior dos programas de *compliance* é o de alterar a própria cultura corporativa e as instituições do mercado, estas últimas aqui compreendidas como as regras do jogo aos quais os agentes econômicos se submetem. Logo, falar em *compliance* é falar em instrumentos que, isoladamente e em conjunto com medidas regulatórias, propiciam e reforçam uma visão institucional do mercado. Com isso, a discussão vai ao encontro dos aportes da economia neoinstitucional, naquilo em que reitera a importância das regras do jogo – as instituições – para o bom e adequado funcionamento do mercado<sup>375</sup>.

O problema é que o direito é apenas parte de um conjunto muito maior de relações que se traduz nas efetivas regras do jogo da economia e da sociedade.

---

<sup>373</sup> FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Claudio; PETRARCA, Carolina. *Compliance: Essência e Efetividade*. Brasília: OAB. Conselho Federal, 2018.

<sup>374</sup> Optou-se pela referência à empresa para mostrar que a ênfase das presentes reflexões é o agente econômico real, independentemente de sua estruturação jurídica. Por essa razão, ao se falar em empresa, refere-se a qualquer forma de organização hierárquica, incluindo os grupos empresariais, também chamados de empresas plurissocietárias.

<sup>375</sup> NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Estas são, portanto, o complexo e delicado resultado da interação entre normas jurídicas, normas sociais e normas do mercado, sendo que as últimas, a depender do caso, podem atenuar ou mesmo neutralizar a eficácia de determinadas regras jurídicas.

A experiência prática brasileira é particularmente útil para a constatação desse fenômeno, diante do número considerável das chamadas “leis que não pegam” ou que simplesmente não têm eficácia, em razão de determinadas normas do mercado ou padrões sociais de conduta que se sobrepõem às normas jurídicas e, retirando ou questionando a sua validade, acabam levando, na prática, ao seu desrespeito. Daí a conclusão relativamente óbvia de que não há como mudar por completo o comportamento dos agentes de mercado sem mudar as instituições do mercado.

Obviamente que o processo de mudança institucional é muito mais complexo do que o processo de alteração de normas jurídicas, até diante do seu inafastável componente histórico e das consequências daí decorrentes, como a dependência de trajetória (*path dependence*)<sup>376</sup>. Por essa razão, dificilmente ocorrerá uma mudança institucional apenas com a alteração da legislação ou da heterorregulação em sentido amplo, sendo importante igualmente que novas normas sociais e de mercado sejam plasmadas de forma convergente e sinérgica.

Disso resulta, como já se antecipou, a importância do *compliance*, como fator indutor de mudança institucional, ou seja, do estabelecimento ou consolidação de novas regras do jogo que serão cumpridas pelos agentes sobretudo porque eles, independentemente do eventual temor da sanção ou da resposta do Estado ao seu descumprimento, acreditam nessas regras e estão dispostos a dedicar esforços para respeitá-las, já que se incorporam à própria cultura negocial.

Nesse sentido, a sociologia econômica há muito discute a importância das *social networks* ou redes sociais para o comportamento econômico, mostrando que os agentes tendem a refletir a conduta valorizada e esperada por parte dos outros

---

<sup>376</sup> NORTH, Op. cit.

agentes que se encontram naquela mesma rede<sup>377</sup>. Consequentemente, quando uma boa parte dos atores começa a praticar determinados comportamentos e também a exigir que tais comportamentos sejam adotados pelos outros membros da rede, tem-se um poderoso fator de transformação das práticas de mercado.

## 1.2. A superação das limitações da racionalidade neoclássica

As insuficiências do modelo de comando e controle são também mais bem compreendidas quando se verifica a falácia da racionalidade econômica neoclássica, segundo a qual o comportamento dos agentes econômicos é movido exclusiva ou prioritariamente pela maximização de utilidades pessoais. Em outras palavras, é como se todo o comportamento dos agentes econômicos fosse racional e permeado por um cálculo de risco, o que se estenderia inclusive às decisões sobre o cumprimento ou não da legislação.

Embora a visão da eficácia do direito a partir do temor à sanção seja muito anterior à economia neoclássica, que começa a se estruturar somente no final do século XIX, é inequívoco que esta reforçou a sua importância a partir de novos fundamentos. A obra de Gary Becker<sup>378</sup> é um excelente exemplo dessa postura, ao sustentar que a decisão de cumprir ou não a lei seria uma função da gravidade da sanção devidamente ponderada a partir da probabilidade de o sujeito ser detectado na hipótese de violação. Estes seriam os elementos que permitiriam aos agentes econômicos decidir racionalmente pelo cumprimento ou descumprimento da lei, em um verdadeiro cálculo de risco a partir da avaliação do custo-benefício de cada uma de suas opções.

Entretanto, além da importância do contexto social e das *networks* em que os agentes econômicos atuam, já ressaltado na seção anterior, as descobertas

---

<sup>377</sup> Sobre a importância das *networks*, ver: DOBBIN, Frank. *The new economic sociology. A reader*. Princeton: Princeton University Press, 2004; e GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard. (Org). *The Sociology of Economic Life*. Colorado: Vestview Press, 2011.

<sup>378</sup> BECKER, Gary. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. v. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.

relativamente recentes da economia comportamental vêm demonstrando que a ação humana está muito longe dos padrões de racionalidade adotados pela economia neoclássica. Afinal, como aponta Richard Thaler<sup>379</sup>, Prêmio Nobel de Economia de 2017, há três limitações que comprometem as premissas da ação racional preconizada pelos neoclássicos: a da racionalidade, a do poder da vontade e a do próprio auto-interesse. Em face das limitações da racionalidade humana é que Daniel Kahneman<sup>380</sup>, igualmente ganhador do Prêmio Nobel de Economia, ganhou notoriedade ao mostrar os vieses e as diversas limitações dos seres humanos em suas decisões da vida prática, incluindo aquelas de cumprir ou não a lei.

Verdade seja dita que o objetivo de Kahneman jamais foi o de demonstrar que o ser humano é irracional, mas tão somente que o ser humano real é muito distinto do modelo de racionalidade adotado como premissa pelos economistas neoclássicos. É por essa razão que algumas descobertas da psicologia e da economia comportamental são contraintuitivas, como a de que é mais provável que seja devolvida uma carteira perdida com muito dinheiro do que com pouco porque, no primeiro caso, a percepção individual de desonestidade, por parte de quem encontrou a carteira, é maior<sup>381</sup>. Mais do que isso, os estudos recentes da psicologia vêm mostrando como elementos aparentemente irrelevantes podem ser determinantes nas escolhas ou na tomada de decisões<sup>382</sup>.

Além das limitações de racionalidade, é importante destacar que, sendo o homem um ser social, que vive e interage em diversas *networks*, os padrões sociais

---

<sup>379</sup> THALER, Richard. *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W Norton & Company, 2015.

<sup>380</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar. Duas formas de pensar*. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

<sup>381</sup> LOPES, Reinaldo José. Carteira perdida com dinheiro tem maior chance de voltar para o dono. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2019/06/carteira-perdida-com-dinheiro-tem-maior-chance-de-voltar-para-o-dono.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>382</sup> No seu livro “Pré-suasão, Robert Cialdini mostra como até a utilização de determinadas palavras ou a forma como as perguntas são feitas podem ser determinantes nas respostas. Ver: CIALDINI, Robert B. *Pré-suasão*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

de comportamento importam para as suas escolhas e decisões. Daí a relevância de algumas motivações sociais para a ação, de que é exemplo o efeito manada.

Todas essas colocações, somadas ao fato de que a ação humana também pode ser amplamente influenciada pela percepção e lembrança de determinados valores, colocam em xeque as formas tradicionais de regulação que, tais como é o caso do comando e controle, baseiam-se apenas na perspectiva de que a sanção deve ser racionalmente adequada para prevenir o ilícito ou devidamente repará-lo.

Abrem-se, portanto, novos horizontes para regular o comportamento humano, dentre os quais inúmeros incentivos, como os pequenos cutucões ou *nudges*<sup>383</sup>, a fim de que os indivíduos cumpram os comportamentos socialmente esperados. Afinal, se o agir humano – e, conseqüentemente, o agir corporativo – pode ser devidamente direcionado por outras medidas e estímulos que não o temor da sanção, não há por que se abrir mão dessas soluções, ainda mais quando são consideravelmente simples e de fácil implementação. Desde que atendam ao pressuposto ético de não manipularem indevidamente as pessoas e os agentes econômicos<sup>384</sup>, mas apenas facilitarem e direcionarem seus processos decisórios para o propósito legítimo do cumprimento das regras éticas e jurídicas, tais alternativas podem e devem estar à disposição do Estado Regulador.

Tais conclusões ajustam-se igualmente ao âmbito corporativo, em relação ao qual a real dinâmica da ação econômica e a sua distância dos padrões da economia neoclássica ficaram claras no livro de Eugene Soltes<sup>385</sup>, em que o autor tenta entender o que levou diversos executivos a praticarem ilícitos do colarinho branco. Para a sua surpresa, longe de realizarem qualquer cálculo racional sobre os riscos e benefícios do descumprimento da lei, os executivos descumpriam as leis por

---

<sup>383</sup> THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009.

<sup>384</sup> Ver, sobre o tema, SUNSTEIN, Cass. *The ethics of influence. Government in the age of Behavioral Science*. New York: Cambridge University Press, 2016.

<sup>385</sup> SOLTES, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public Affairs, 2016.

entenderem que estavam beneficiando suas empresas, com maiores perspectivas de lucratividade.

Ao contrário do que se poderia intuir a partir da análise econômica do direito, os estudos de Soltes mostraram que os executivos, em regra, não anteciparam as consequências adversas de suas ações<sup>386</sup>. Em outros termos, as ações não foram motivadas por que eles acreditaram que não seriam descobertos ou punidos nem decorreram de uma análise racional de riscos e vantagens. Na verdade, os administradores simplesmente não avaliaram as possíveis consequências de suas ações, agindo de maneira intuitiva<sup>387</sup>.

Consequentemente, decisões racionais são muito menos frequentes na prática do que se pensa, pois, em regra, é a intuição que orienta. Como os executivos estão constantemente envolvidos em uma série de demandas, raramente têm oportunidade de analisar e de refletir, com mais cuidado, sobre suas ações, agindo, muitas vezes, de maneira automática.

Outro ponto importante, ressaltado por Soltes, é que, embora exista uma intuição ou inclinação natural para a prática de atos moralmente corretos, evitando causar danos a terceiros, essa percepção nem sempre funciona no ambiente corporativo, tendo em vista que os danos econômicos causados por um ilícito corporativo são menos concretos e mais abstratos, reforçando o ditado popular de que “o que os olhos não veem, o coração não sente”.

É por essa razão que, por mais que se diga que a corrupção pode matar muito mais do que os crimes de sangue, como pode acontecer em razão do desvio de verbas públicas destinadas à saúde, quem a pratica não se vê como assassino ou como perpetrador de infração cuja reprovabilidade é tão grande ou, conforme o caso, até maior do que aquela existente nos crimes contra a vida.

Tais descobertas realçam que a ação corporativa é muito mais densa e complexa do que supõem os neoclássicos, já que, em grandes organizações, o processo decisório é fragmentado e multifacetado, sendo que muitas vezes quem

---

<sup>386</sup> SOLTES, Op. cit.

<sup>387</sup> *Ibidem*.

decide não implementa as decisões nem é capaz de vivenciar, na prática, os resultados destas.

Consequentemente, os agentes nem sempre têm a exata dimensão das consequências de suas ações, especialmente no que diz respeito aos danos que delas podem decorrer. Somam-se a isso as limitações da racionalidade, a circunstância de que inúmeros fatores que determinam a ação humana não podem ser explicados pela perspectiva do cálculo racional, assim como o fato de que a ação econômica está também embutida nas instituições e no tecido social, sofrendo todas as interferências dele.

Os inúmeros vieses e limitações de racionalidade, longe de serem amenizados no ambiente corporativo, podem ser até nele potencializados. Em seu livro *A Caixa Preta da Governança Corporativa*, Sandra Guerra<sup>388</sup> chega à conclusão de que Conselhos de Administração de grandes empresas são muitas vezes verdadeiras caixas-pretas, que adotam modelos de governança corporativa do “parecer ser”. Além das pressões do mercado financeiro por resultados a curto prazo, o que é visto como um dos maiores obstáculos à gestão sustentável das empresas, diversos vieses cognitivos individuais – como os de memória, estatísticos, de confiança, de adequação, de apresentação e de situação – e coletivos – efeito manada, pensamento de grupo (consenso a qualquer custo), falso consenso, favoritismo, causa própria – podem ser determinantes para a tomada da decisão.

É importante ressaltar que todos esses vieses são ainda reforçados ou estimulados pelo papel da cultura corporativa e do comportamento dos demais agentes da *network*, como já se mencionou.

Daí a importância de que a regulação, atenta a todos esses aspectos, possa criar os incentivos necessários e adequados para os comportamentos esperados dos agentes regulados, por meio dos diversos mecanismos que já foram mencionados. Muitas vezes, várias alternativas que não o aumento das sanções

---

<sup>388</sup> GUERRA, Sandra. *A caixa-preta da governança*. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

ou do aparato fiscalizatório estatal podem ser mais eficazes para se atingir o comportamento virtuoso do administrado.

Nesse sentido, um simples *nudge*, a lembrança da importância ou do valor de determinado comportamento, a disseminação de determinada informação ou conhecimento, a contextualização, a comparação ou o *ranqueamento* do comportamento do administrado em relação aos demais agentes que atuam no mesmo mercado, a identificação e a apresentação das consequências positivas ou dos danos causados a terceiros em decorrência de determinadas ações ou omissões dos agentes econômicos podem ser poderosas estratégias regulatórias que, quando integradas em um modelo regulatório apoiado em incentivos intrínsecos, adquirem lógica sistêmica superior e geram a justa expectativa de que os resultados regulatórios sejam potencializados.

### **1.3. A delicada e necessária relação entre autorregulação (*compliance*), heterorregulação, normas sociais e cultura corporativa**

As estratégias regulatórias já mencionadas anteriormente precisam ser implementadas em um contexto em que os agentes regulados estejam predispostos a entender o valor e a importância dos comportamentos esperados, bem como a cooperar nesse sentido. É por essa razão que, não obstante os esforços unilaterais das agências reguladoras, é necessário compartilhar tais propósitos e responsabilidades com os agentes regulados.

É nesse contexto que se destaca não somente a autorregulação, especialmente por meio dos programas de *compliance*, como também o fato de que estes não existem no vazio, mas, pelo contrário, dependem de uma precisa integração e costura com a heterorregulação, a fim de que esta ofereça os incentivos necessários para o comportamento virtuoso por parte do regulado. Este ponto é tão importante que será desenvolvido com mais profundidade a seguir.

Outra importante alternativa é o investimento na disseminação do conhecimento, já que este é também importante fator para a compreensão da ação humana. Daí o olhar que se tem para as escolas de negócios e para as teorias que ajudam na consolidação de um ambiente empresarial que valorize o cumprimento da ética e da legalidade.

Nesse sentido, um importante dificultador da mudança do ambiente corporativo em prol da legalidade e da ética é a cultura corporativa excessivamente baseada em premissas neoclássicas e também na maximização do valor das ações a curto prazo (*shareholder value* e *short-termism*). Como já se apontou em anterior estudo doutrinário<sup>389</sup>, embora tais teorias não autorizem explicitamente o descumprimento da lei, ao realçarem a supremacia da rentabilidade econômica imediata em relação a qualquer outro objetivo a ser buscado pela atividade empresarial, sem maiores preocupações com a ética ou a sustentabilidade do negócio a longo prazo, acabam propiciando uma cultura corporativa em que tudo é válido pelo lucro.

A necessidade de corresponder à expectativa do aumento contínuo do valor das ações no mercado, segundo Joseph Stiglitz<sup>390</sup>, pode levar à excessiva assunção de risco pelos administradores, que obstinados a obter resultados de curto prazo, podem adotar decisões de consequências preocupantes, tais como (i) reduzir investimentos em inovações; (ii) tratar empregados como responsabilidade de curto prazo e não como ativos de longo prazo; (iii) adotar a chamada “contabilidade criativa” para aumentar o valor das ações, em prejuízo da transparência; (iv) aumentar os percentuais de faturamento destinados à recompra de ações, para promover, artificialmente, o aumento no valor das ações, etc. Nesse contexto, o cumprimento de metas regulatórias pode se tornar um propósito secundário,

---

<sup>389</sup> FRAZÃO, Ana. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-fraza-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>390</sup> STIGLITZ, Joseph E. *Rewriting the rules of the American Economy: an agenda for growth and shared prosperity*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2015, edição *kindle*.

ainda mais quando tal propósito conflite, em alguma medida, com as expectativas de rentabilidade a curto prazo.

Outro grande problema é que o descumprimento de normas legais ou regulatórias e mesmo a prática de ilícitos graves, como a própria corrupção, não deixam de ser também o resultado de uma cultura corporativa que não inibe suficientemente ou não oferece os devidos incentivos para que os agentes econômicos considerem o comportamento virtuoso – seja na esfera específica da regulação setorial ou não – como uma prioridade.

Essa preocupação torna-se particularmente importante quando se tem em mente o diagnóstico de Soltes<sup>391</sup>, de que boa parte da diferença, em termos de ética, das condutas adotadas por uma sociedade empresária pode ser atribuída a uma questão cultural. Segundo o autor, a cultura é que definirá a atitude de determinados administradores e empregados frente a alguns dilemas, como a disposição para pagar uma “comissão extra” para determinado agente público pelo fechamento de um contrato, ou a disposição de um administrador para incluir mecanismo necessário de segurança em determinado produto mesmo correndo o risco de que a inclusão não seja aprovada pelos consumidores em razão da onerosidade, etc. O que, de acordo com Soltes<sup>392</sup>, explica por que os gerentes de determinada sociedade irão considerar o pagamento para o fechamento do contrato a um agente do governo local uma atitude eficiente e sensata e, para outros, uma grave infração, é justamente a cultura, definida como regras tácitas que orientam a conduta e criam um comportamento coeso entre os indivíduos.

Se, dentro de uma organização, verifica-se que os agentes adotam comportamentos conflitantes com a lei e com a regulação, será necessário inculcar novas atitudes e valores. Como conclui o professor norte-americano<sup>393</sup>, com o *enforcement* reiterado e persistente ao longo do tempo, algumas normas se tornam

---

<sup>391</sup> SOLTES, Op. cit.

<sup>392</sup> Ibidem.

<sup>393</sup> Ibidem.

especialmente poderosas e passam a operar automaticamente, funcionando, inclusive, quando se trata de decisões intuitivas.

A grande dificuldade é que, mesmo quando a organização tem, por exemplo, um Código de Ética e Conduta que descreve, adequadamente, as atitudes que devem ser tomadas pelos agentes, muitas vezes as normas constituem mero exercício de retórica, sendo propaladas de maneira puramente publicitária pela companhia, sem que exista a real preocupação em cumpri-las quando do enfrentamento dos dilemas descritos acima. É por isso que, como se verá adiante, um programa de *compliance* eficiente não pode se contentar com a mera elaboração de um Código de Ética e Conduta, exigindo uma série de controles internos para a garantia de sua efetividade.

Como adverte o professor espanhol Osvaldo Artaza<sup>394</sup>, uma das funções de um programa eficiente de *compliance* deve ser contrabalançar orientações relativas à obtenção de resultados, que se manifestam por meio de pressões sobre aqueles em relação aos quais o desempenho na sociedade é avaliado por meio do cumprimento de metas quantitativas.

Em síntese, é certo que a cultura corporativa exerce um papel crucial na gestão empresarial. De fato, o foco na busca de resultados de curto prazo para os acionistas, sem maior preocupação com a dimensão coletiva da gestão, cria uma dificuldade adicional para a implementação de parâmetros de administração baseados na ética e no cumprimento do direito, criando um contexto cultural propício para a prática de ilicitudes. Daí a relevância de um programa de *compliance* robusto, capaz de fomentar uma cultura de respeito à ética e à legalidade, e de uma correção que procure ressaltar os benefícios e as externalidades negativas do comportamento dos regulados.

A consolidação de uma cultura de respeito à ética e à legalidade não se esgota no âmbito interno da empresa, mas envolve também um esforço racional e

---

<sup>394</sup> ARTAZA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, v. 8, n. 16, dez. 2013, pp. 549.

coerente por parte do Estado. Afinal, o incentivo ao *compliance* depende do fortalecimento do ambiente institucional, isto é, das regras do jogo que deverão ser obedecidas pelos agentes econômicos, o que inclui não apenas as normas jurídicas, mas também sociais e culturais, não sendo possível ignorar a relevância decisiva dessas últimas para a eficácia das primeiras, como já adiantado.

Assim, é importante que a regulação possa sinalizar e difundir que a gestão das sociedades empresárias precisa igualmente valorizar a legalidade, a ética e os interesses de *stakeholders*, como os representados pelo Estado, os dos consumidores e da coletividade como um todo, mostrando que os objetivos a eles atrelados são necessários e complementares à lucratividade que se espera das empresas<sup>395</sup>. No âmbito da regulação setorial, é fundamental que as metas regulatórias sejam internalizadas dentre os objetivos essenciais da atividade dos regulados.

Tais preocupações encontram eco na literatura especializada atual, de que é exemplo o importante e recente artigo dos professores Oliver Hart e Luigi Zingales<sup>396</sup>, cujo título já anuncia as conclusões principais: ***Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value***<sup>397</sup>.

Tomando como ponto de partida o famoso artigo de Milton Friedman, publicado na *New York Times Magazine* em 1970, em que o autor sustenta que a responsabilidade dos administradores de companhias abertas seria apenas a de fazer a maior quantidade de dinheiro possível, Hart e Zingales concordam com o fato de que as companhias abertas devem ter o bem-estar do acionista (***shareholder welfare***) como um objetivo apropriado. Entretanto, entendem

---

<sup>395</sup> Sobre a importância da função de sinalização de valores da regulação, ver: MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

<sup>396</sup> HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies should maximize shareholder value not market value. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/should\\_july16\\_2.03.16\\_pm\\_2.04.33\\_pm.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/should_july16_2.03.16_pm_2.04.33_pm.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>397</sup> Para maiores informações sobre o assunto, ver: FRAZÃO, Ana. Qual deve ser o interesse social das companhias? Reflexões sobre as insuficiências da teoria da maximização do valor das ações especialmente no direito brasileiro. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/qual-deve-ser-o-interesse-social-das-companhias-27032019>. Acesso em: 25 abr. 2021.

que é muito estreito confundi-lo com o valor de mercado das ações, até porque as pessoas que investem em ações não se preocupam apenas com dinheiro, mas também com questões éticas e sociais, como as observadas nas hipóteses do consumo consciente.

A partir dessa perspectiva, os autores criticam a solução de Friedman de que deve haver a diferenciação entre as atividades lucrativas e as atividades éticas, com a consequente segmentação entre o fim das companhias – que seria gerar dinheiro – e os fins dos indivíduos e governos – que seriam outros, inclusive lidar com as externalidades da atividade empresarial.

Para Hart e Zingales, essa separação é possível apenas quando o *profit-making* e o *damage-generating* da companhia são separáveis ou o governo perfeitamente internaliza as externalidades com leis e regulação. Como consideram que nenhuma dessas hipóteses é muito plausível, até porque lucros e danos estão normalmente conectados, consideram falha a teoria de Friedman.

A separabilidade proposta por Friedman também não se justificaria nem sob a ótica dos consumidores, pois não faria sentido que estes tivessem projetos que fossem o reverso dos projetos implementados pelas companhias, nem sob a ótica do governo, pois não é correto que este tenha que suportar todas as externalidades da atividade empresarial.

Logo, sempre que tais aspectos não forem separáveis, entendem os autores que as preocupações éticas devem ser também inseridas nos propósitos das companhias. Por essa razão, defendem que o bem-estar do acionista não se confunde com a maximização do valor das ações e que as companhias precisam maximizar o primeiro e não o último. Embora reconheçam os riscos e os custos inerentes a tal proposta, até porque questões éticas são de difícil quantificação, apontam a necessidade de se buscar soluções para a minimização desses problemas, até porque elas são mais compatíveis com a rentabilidade e a sustentabilidade a longo prazo das empresas.

Tais considerações são muito pertinentes para a realidade brasileira, em que a própria Constituição Federal estabelece, como princípio estruturante da ordem

econômica, o de assegurar a todos uma existência digna em conformidade aos ditames da justiça social (art. 170), assim como a Lei das S/A assegura expressamente a função social da empresa tanto em relação aos controladores (art. 116, parágrafo único), como em relação aos administradores (art. 154).

Portanto, em um país como o Brasil, o debate sobre o interesse social das sociedades empresárias não deve ocorrer apenas no plano das ideias e de visões de mundo, pois é necessariamente pautado pelas referências constitucionais e legais pertinentes, que não deixam dúvidas de que o interesse das companhias é maior do que o interesse dos acionistas.

Por mais que não seja simples operacionalizar essa ampla e sofisticada noção de interesse social, que jamais pode ser incompatível com a função lucrativa inerente a qualquer companhia, é preciso se refletir sobre alternativas nesse sentido. Aqui se tem mais um espaço que pode e deve ser devidamente ocupado pelos programas de *compliance* e por estratégias regulatórias que se baseiem na cooperação entre regulador e regulado, uma vez que a incorporação dos interesses de *stakeholders* na gestão empresarial tende a ser muito mais eficiente quando decorre de iniciativa própria dos agentes empresariais e não de imposições unilaterais pelo Estado.

Por outro lado, várias das soluções ora propostas casam-se perfeitamente com as considerações já apontadas no tópico anterior, uma vez que uma das razões da desconsideração de interesses de *stakeholders* na gestão empresarial é uma cultura empresarial que pode e deve ser modificada. Nesse sentido, o Estado Regulador pode ocupar um importante papel nesse processo educativo, reforçando as consequências negativas que podem decorrer da *shareholder theory* e do *short-termism*, confrontando-os com as consequências positivas que podem decorrer de visões mais abrangentes e convergentes com o comportamento virtuoso esperado pela regulação responsável.

Mais do que isso, por meio de uma série de técnicas e estratégias, o Estado regulador pode ter um papel chave para a reputação dos agentes regulados e para a sua capacidade de atrair investimentos no atual contexto, em que cada vez mais

se discute a importância de fatores ambientais, sociais e de governança para o chamado “investimento responsável”, tal como capitaneado por iniciativas como os *Principles for Responsible Investing*<sup>398</sup>.

No âmbito nacional, merecem referência o ISE – Índice de Sustentabilidade Empresarial da B3 e a recente Resolução 4661/2018, do Conselho Monetário Nacional, que passou a determinar que entidades fechadas de previdência complementar considerem na análise de riscos, sempre que possível, questões relacionadas à sustentabilidade ambiental, social e de governança.

Isso mostra que o chamado investimento sustentável ou no segmento ASG – ambiental, social e governança – vem ganhando cada vez mais adeptos<sup>399</sup>, reforçando que as já expostas conclusões de Hart e Zingales têm aplicação prática, pois vários investidores buscam conciliar retorno financeiro com impactos sociais e ambientais positivos e mensuráveis. Por outro lado, com a tecnologia, especialmente com o *big data*, é cada vez mais fácil coletar e traduzir as informações e dados a respeito das empresas para informar ao mercado e aos potenciais investidores.

Nada impede que o investimento sustentável possa ser visto em uma perspectiva ainda mais ampla, abrangendo igualmente a observância de normas regulatórias, dos direitos dos usuários e do atendimento de determinados interesses públicos. Nesse sentido, as agências reguladoras podem exercer importante papel, divulgando os dados respectivos, consolidando-os em índices ou outras referências que possibilitem uma compreensão fácil por parte dos investidores.

Assim, os agentes regulados passarão a ter um forte incentivo para o cumprimento da regulação, pois saberão que isso se refletirá na sua reputação, no valor de suas ações e também na sua capacidade de atrair investimentos.

---

<sup>398</sup> UNEP FINANCE INITIATIVE. Principles for responsible investing. Disponível em: <https://www.unpri.org/>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>399</sup> É o que mostra recente reportagem do jornal Valor Econômico, de 24.07.2019, “Investimento responsável ganha adeptos. Gestoras de recursos incorporam análise socioambiental e de governança na seleção de ativos”.

#### 1.4. Mais um item na equação regulatória: a tecnologia

O capítulo anterior mostrou que o comportamento dos agentes econômicos, por uma série de razões, está inserido em um caldo cultural e social que desagua em instituições que, como regras do jogo que são, apresentam-se como fatores determinantes para a eficácia ou não da regulação jurídica. É por essa razão que o *compliance* deve ser visto, antes de tudo, como fator de modificação das instituições do mercado.

Todavia, além da importância das instituições, no sentido mais amplo que se lhes atribui neste estudo, é fundamental destacar igualmente o progressivo e crescente papel da tecnologia como fator de regulação jurídica. Nesse sentido, Lawrence Lessig<sup>400</sup> destaca que, ao lado do controle hierárquico (lei), do controle baseado na competição (mercado) e do controle baseado na comunidade (normas sociais), haveria também o controle baseado no *design* ou na arquitetura (tecnologia).

É importante advertir que, ao assim propugnar, o autor não adere a uma concepção estritamente determinista, até por entender que a arquitetura construída pela tecnologia, como a que ocorre com a internet, não é definida apenas por questões técnicas, mas sobretudo políticas e valorativas. Dessa maneira, assim como o desenvolvimento de uma tecnologia pode ser capturado por atores externos, incluindo os próprios reguladores, também é possível construir, arquitetar ou codificar o ciberespaço para proteger valores fundamentais.

Reidenberg<sup>401</sup>, por sua vez, popularizou o conceito de *lex informatica* para explorar os vários caminhos por meio dos quais a tecnologia pode atuar como um

---

<sup>400</sup> LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

<sup>401</sup> REIDENBERG, J. *Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology*. *Texas Law Review* 76, pp. 552-593, 1998.

verdadeiro regulador, com arquitetura, jurisdição, conteúdo, conjunto de regras e processos e mesmo mecanismos de *enforcement* automático. O aspecto mais importante do fenômeno é que a *lex informatica* pode até substituir o direito ou constringer a habilidade do direito para lidar com um problema.

Um ponto comum na reflexão dos autores mencionados é a de atribuírem uma importância diferenciada à tecnologia como meio de regulação, cujo poder é tal que pode tornar ineficaz a regulação jurídica. Em outras palavras, pouco adianta uma regulação de comportamentos – seja pela via da heterorregulação, seja pela via da autorregulação ou correção – se a “arquitetura” é incompatível com os comportamentos buscados pela primeira.

Tal reflexão se apresenta de maneira ainda mais enfática em setores com a aviação civil, fortemente marcados pela tecnologia – e muitas vezes até condicionados pelos limites e possibilidades das tecnologias – seja no desenvolvimento de novos produtos e serviços, seja na própria fiscalização, que deve adaptar-se a novos mecanismos tecnológicos incorporados às metodologias regulatórias. Exemplo disso é a admissão, a partir da Resolução ANAC nº 458/2017, da possibilidade de utilização, por parte do operador aéreo, de versão eletrônica do diário de bordo, importante ferramenta para a coleta, padronização e compartilhamento de informações que pode ser bastante relevante para o aprimoramento de padrões de segurança.

Por outro lado, é preciso dar especial atenção às relações entre o mercado e a tecnologia, na medida em que podem ser mais próximas do que muitas vezes se supõe, a ponto de, juntas, neutralizarem os outros vetores de regulação. Com efeito, a escolha da tecnologia não é neutra e, se ficar a cargo apenas dos agentes dominantes, certamente que serão adotadas apenas as tecnologias que se ajustem aos seus interesses, independentemente das repercussões sobre a sociedade e sobre os titulares de direitos fundamentais.

Esse aspecto é de fundamental importância e inclusive dá um novo colorido à analogia normalmente feita entre *lex informatica* e *lex mercatoria*. Longe de compartilharem as características da naturalidade e da espontaneidade, ambas

podem ser vistas como expressões de poder. Afinal, assim como a *lex mercatoria* foi produzida na Idade Média pela classe mercantil em prol dos seus interesses, com toda a estrutura das corporações de mercadores para lhe assegurar eficácia, também se pode dizer que a *lex informatica* tem sido produzida pelos grandes *players* dos mercados digitais em prol dos seus interesses e com soluções estruturais, inclusive tecnológicas, para assegurar a sua eficácia<sup>402</sup>.

Logo, é preciso entender adequadamente esses fenômenos para, nos termos da advertência de Colin Bennet e Charles Raab<sup>403</sup>, evitar o determinismo tecnológico, uma vez que é possível desenvolver políticas estratégicas para construir a proteção de direitos fundamentais em diversas searas. Da mesma forma, é possível utilizar a tecnologia em prol da regulação pretendida pelo Estado.

Para isso, é inequívoco que a regulação jurídica terá que disciplinar alguns aspectos da escolha da tecnologia a ser utilizada, situação que obviamente não pode ficar a cargo apenas dos agentes interessados. Logo, as autoridades reguladoras precisam estar atentas não apenas para impedir que a tecnologia seja utilizada contra os propósitos da regulação, como também para que possam ser utilizadas em prol do comportamento virtuoso do regulado.

Desde que observados esses cuidados, a regulação pela tecnologia pode até apresentar vantagens, até porque evita o problema da “agência moral” (*moral agency*), na medida em que o comportamento das pessoas deixa de ser propriamente uma escolha entre cumprir determinado comando ou não e se torna uma decisão forçada por meio de restrições físicas.

Consequentemente, todas as alternativas regulatórias de que já se cogitou ao longo do estudo precisam ser vistas à luz tanto das possibilidades que a

---

<sup>402</sup> “Não é exagerada, portanto, a afirmação de Galgano de que o Direito Comercial nasceu como direito criado diretamente pela classe mercantil, sem mediação da sociedade política, como direito imposto em nome de uma classe e não em nome da comunidade. Daí por que a *lex mercatoria* medieval foi, essencialmente, um fenômeno de poder e não o resultado da mera interação espontânea dos agentes econômicos”. (FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência. Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74).

<sup>403</sup> BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles D. *The governance of privacy. Policy instruments in global perspective*. Cambridge: The MIT Press, 2006. p. 187.

tecnologia oferece de implementá-las com maior eficácia, como das possibilidades que a tecnologia tem de neutralizá-las.

### **1.5. Mapeamento das principais consequências práticas das discussões travadas no capítulo**

As discussões até então mencionadas mostram como a regulação responsiva está sintonizada com várias das reflexões atuais da economia, da sociologia e do próprio direito, que tentam inovar e dinamizar as transformações das instituições sociais e dos comportamentos dos agentes econômicos por meio de medidas que, superando o já desgastado modelo comando e controle, possam se mostrar mais simples e eficazes para aquele que é o objetivo principal da regulação: assegurar a eficácia de suas normas.

Para isso, a geração de ambiente de confiança, cooperação e constante diálogo entre regulador e regulado é fundamental. Todos os esforços devem ser feitos em busca do comportamento virtuoso e consistente do regulado, até para que este possa ser autêntico, tenha capacidade de se tornar estável e propagável no tempo e ainda servir como fator de modificação do próprio mercado.

Dentre os novos mecanismos para atingir tais objetivos está a utilização da regulação jurídica estatal para outras finalidades que não apenas a imposição de obrigações coercitivas, tais como para:

- (i) Indicar, sinalizar e reforçar valores e propósitos a serem buscados pelos agentes econômicos;
- (ii) Indicar, reforçar e, se possível, quantificar ou estimar as consequências positivas do comportamento virtuoso;
- (iii) Indicar, reforçar e, se possível, quantificar ou estimar as consequências e externalidades negativas e os danos causados por comportamentos desviantes,

- prevenindo o problemático e costumeiro distanciamento que os agentes econômicos, especialmente quando apresentam estruturas complexas e são geridos por executivos, apresentam na avaliação dos efeitos amplos de suas decisões;
- (iv) Valorizar a autonomia, o protagonismo e o comportamento cooperativo do regulado, desde que em sintonia com os objetivos primordiais da regulação;
  - (v) Valorizar e incentivar a autorregulação, por meio dos programas de *compliance*, que abrem ao Estado Regulador várias frentes de cooperação, como também a utilização dos mais modernos instrumentos de governança corporativa em prol do comportamento virtuoso;
  - (vi) Adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, de forma eficiente e com a adequada periodicidade, os seus deveres;
  - (vii) Adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, da forma mais eficiente e rápida possível, seus erros e acertos, incentivando-o a melhorar e indicando os caminhos para tal;
  - (viii) Adotar canais de comunicação que possibilitem a *stakeholders*, como os usuários dos serviços regulados, adotarem um papel mais proativo na supervisão das metas regulatórias, oferecendo não apenas reclamações, mas sobretudo sugestões de soluções, caso em que poderiam assumir um papel de corretores;
  - (ix) Reforçar a dimensão social de certos comportamentos, apontando quando determinado agente apresenta

- postura dissonante em relação a outros agentes do mercado, inclusive por meio de *rankings*, comparações, índices e estatísticas, inclusive para efeitos de orientar o mercado de capitais e potenciais investidores;
- (x) Conceder estímulos, incentivos e até mesmo elogios a determinados comportamentos, inclusive no que diz respeito a reconhecimentos formais (cartas, selos, certificações e outras iniciativas);
  - (xi) Utilizar desincentivos para determinadas condutas, tais como técnicas de aumentar a fiscalização, advertir, publicizar ou colocar em evidência determinados tipos de violação – *naming and shaming* –, obviamente dentro da escalada de punições da pirâmide regulatória;
  - (xii) Criar ambientes propícios para a cooperação legítima entre os agentes e o regulador, bem como entre os agentes e os demais *stakeholders*, especialmente no que diz respeito aos usuários;
  - (xiii) Adotar dinâmicas regulatórias que possam focar no comportamento dos agentes como um todo e não em condutas isoladas;
  - (xiv) Utilizar-se das novas tecnologias para a implementação das soluções anteriormente apontadas, especialmente no que diz respeito a medidas de cooperação de fácil e rápida execução.

É interessante notar que essa nova visão da regulação não abre mão da sanção, mas a redefine em termos de importância, função, pertinência e adequação, como já foi demonstrado nos relatórios anteriores que tratam da regulação responsiva.

Por outro lado, é importante ressaltar que a busca do comportamento virtuoso dos agentes econômicos por meio dos incentivos e outras estratégias que não apenas a sanção é postura que pode e deve ser complementar com a racionalidade econômica de custo-benefício, a fim de propiciar uma articulação entre *enforcement* e *compliance* que seja propícia e adequada para o cumprimento voluntário das normas.

Sob essa perspectiva, o que se pretende, ao final, é que o cumprimento da norma e a observância do comportamento virtuoso pelo regulado seja tanto um imperativo categórico – cumpre porque entende o valor e a importância da sua ação – como também um imperativo hipotético – cumpre igualmente em razão do temor da sanção.

Diante da multiplicidade de estratégias regulatórias que podem ser adotadas para tais objetivos, muitas das quais são de fácil implementação, o presente relatório concentrar-se-á, a partir de agora, naquelas consideradas mais delicadas e complexas para a implementação pela ANAC: (i) o *compliance*, no contexto de uma autorregulação regulada que oferece ao Estado Regulador múltiplas possibilidades de atuação; e (ii) a cooperação.

## 2. NOVAS PERSPECTIVAS REGULATÓRIAS: O *COMPLIANCE* NO CONTEXTO DA AUTORREGULAÇÃO REGULADA

### 2.1. Funções de um programa de *compliance*:

Tendo já sido adiantada a questão da importância da autorregulação, passa-se ao exame do *compliance*, visto como a autorregulação individual, uma vez que a autorregulação também pode se dar de forma coletiva, por meio de associações, entidades credenciadoras e outros sujeitos privados que busquem criar normas ou *standards* de comportamento para determinados setores ou segmentos da

atividade econômica. Como a autorregulação coletiva é tema que desborda dos objetivos deste trabalho, o foco das considerações que passarão a ser deduzidas será a autorregulação individual, normalmente identificada com os programas de integridade ou de *compliance*.

Em uma primeira visão, o *compliance* pode ser visto como o conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce e facilite a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade.

Embora tenha por um dos seus principais objetivos assegurar a eficácia da heterorregulação, o *compliance* não se restringe a essa tarefa: normalmente busca criar uma ética empresarial própria, muitas vezes por meio da criação de novas obrigações – distintas ou ainda mais rigorosas do que as previstas na legislação e na regulação – e seus respectivos controles. Por essa razão, Maurice Stucke<sup>404</sup> define o *compliance* como um caminho para o estabelecimento de um padrão ético no ambiente empresarial.

Apesar da amplitude dos programas de *compliance* em termos de objeto, é inequívoco que o enrijecimento da luta contra a corrupção em diversos países acabou sendo uma das grandes molas propulsoras para a difusão da cultura de integridade. Consequentemente, até hoje os guias internacionais sobre prevenção de corrupção são grandes referências para os programas de *compliance*, tal como é o caso do Guia do governo britânico sobre o *Bribery Act*, ao estabelecer seis princípios que devem nortear tais iniciativas:

- (i) A elaboração de procedimentos adequados para a prevenção de atos de corrupção que sejam proporcionais aos riscos de cometimento de infrações no contexto da atividade desenvolvida pela empresa;

---

<sup>404</sup> STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law*. v. 39, n.769, 2014. p. 771-772.

- (ii) O comprometimento dos indivíduos em cargos de administração e direção com uma cultura empresarial na qual atos de corrupção jamais serão vistos com bons olhos;
- (iii) A verificação periódica dos riscos enfrentados pela empresa, a fim de enfrentá-los conjuntamente, sejam eles intrínsecos ao setor ou relacionados a determinados negócios;
- (iv) A devida diligência das organizações para a identificação e mitigação dos riscos;
- (v) A comunicação interna e externa, seja para a capacitação dos funcionários, seja para a construção da imagem da empresa ou mesmo para a denúncia de ilícitos;
- (vi) A constante revisão do programa e monitoramento das atividades desenvolvidas<sup>405</sup>.

As *US Sentencing Guidelines* delineiam critérios semelhantes. No Guia norte-americano, um programa de *compliance* efetivo requer que as pessoas jurídicas exerçam a devida diligência e que promovam uma cultura organizacional baseada na ética, o que pode ser obtido se cumpridos três requisitos: (i) a comunicação e constante fiscalização do programa pelo poder público; (ii) o comprometimento dos detentores de cargos de direção e administração; (iii) a delegação da gestão do programa de *compliance* a indivíduos específicos, que

---

<sup>405</sup> REINO UNIDO. Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 20-31.

relatarão periodicamente os resultados do programa à administração da empresa e às autoridades competentes<sup>406</sup>.

Como se pode observar, embora as diretrizes acima mencionadas tenham por foco específico o endereçamento dos problemas de corrupção<sup>407</sup>, aplicam-se igualmente a todas as demais searas jurídicas, inclusive – e especialmente – às áreas de regulação setorial, uma vez que os programas de *compliance* devem hoje assumir o comprometimento com a observância da legalidade e da ética em sentido amplo.

Logo, é possível afirmar que a ideia de *compliance* está fundamentada, de forma mais geral, no conceito de “bom cidadão corporativo” e no que Sieber define como o processo de privatização da prevenção do delito e do controle da criminalidade através de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada”<sup>408</sup>.

Por essa razão, a doutrina específica corrobora as conclusões já apontadas nos capítulos anteriores, no sentido de que o *enforcement* tradicional, por si só, não é capaz de produzir o comprometimento com a lei que os programas de

---

<sup>406</sup> ESTADOS UNIDOS. *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*. Washington: 2014. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-ussc-guidelines-manual>> Acesso em: 25 abr. 2021. p. 503

<sup>407</sup> Não se desconhece que um dos maiores incentivos para os programas de *compliance* foi a aplicação rigorosa de leis anticorrupção em diversos países, a exemplo dos Estados Unidos. Na verdade, como explica Basri, há décadas o governo norte-americano tem incentivado a adoção de controles internos para prevenir a prática de atos ilícitos pelos empregados, especialmente em setores altamente regulados como o bancário, o de transporte, o de segurança, etc., de modo que, a partir da década 1970, tornou-se cada vez mais comum as sociedades adotarem programas para tentar detectar e prevenir certos tipos de violações legais. Com o advento do *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* nos Estados Unidos, em 1977, bem como a disseminação de convenções internacionais de combate à corrupção, a exemplo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE e da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, fizeram com que o movimento em favor do *compliance* ganhasse reforço, espalhando-se também para outros países, a exemplo da Inglaterra, que, em 2010, instituiu o *UK Bribery Act*, considerada uma das legislações mais rígidas sobre o tema.

<sup>408</sup> SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. v.1., p. Lima: Fondo, 2001. p. 205-246.

*compliance* pretendem construir. Como defendem Riley e Sokol<sup>409</sup>, a aplicação de sanções não consegue alcançar a percepção de moralidade do comportamento que está sendo regulado ao tão somente colocar um preço no descumprimento das normas.

A autorregulação é essencial, portanto, para a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, uma vez que os incentivos para o cumprimento da lei passam a ser internos e desenvolvidos pela empresa ou agente econômico em lugar de serem externos e impostos pelo Estado.

No contexto dessas preocupações, a elaboração de critérios consistentes para a avaliação da idoneidade e eficácia dos programas de *compliance* é de suma importância para a real efetividade da proposta, uma vez que não basta tão somente haver uma estrutura de *compliance*, sob pena de serem elaboradas diretrizes meramente cosméticas no intuito de se obter o incentivo decorrente de sua implementação<sup>410</sup>.

Por essa razão, existem ainda diversos desafios para assegurar a efetividade dos programas de *compliance*, possibilitando que sejam instrumentos reais de transformação da realidade social e empresarial e não meras formalidades ou fachadas, utilizadas estrategicamente como fáceis subterfúgios para manter artificialmente a reputação dos agentes envolvidos ou mesmo atenuar penalidades.

Tal realidade realça o fato de que os programas de *compliance* não existem no vazio. Pelo contrário, precisam de incentivos pelo Estado, que assumem diversas facetas, que vão dos esclarecimentos, da facilitação e dos incentivos positivos até mesmo à fiscalização, ao monitoramento e à cobrança de resultados.

Daí se falar em autorregulação regulada ou correção, típica dos programas eficazes de *compliance*, a exigirem disposições estatais que estabeleçam preceitos que podem ser mais ou menos detalhados ou criem

---

<sup>409</sup> RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Law*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2475959](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959)> Acesso em: 25 abr. 2021. p. 45.

<sup>410</sup> STUCKE. Op. cit., p. 798.

estruturas que estimulem a autorregulação e/ou tornam vinculantes medidas de autorregulação. Trata-se de um sistema intermediário, que se caracteriza, como define Sieber<sup>411</sup>, por conceder uma margem de discricionariedade àqueles que irão implementar o programa e pelo emprego de fórmulas para estimular ou pressionar sua adoção.

O Estado, portanto, não abre mão da tarefa de regular o mercado nem de impor regras coercitivas aos agentes privados, mas atribui a eles maior relevância no processo de conformação à regulação estatal, participando ativamente da estrutura de incentivos e de monitoramento para a adoção de programas de *compliance*. Tais incentivos passam a ocupar, portanto, um papel estratégico não apenas para a implementação dos programas de *compliance*, como também para a extensão e a efetividade destes, como será mais bem desenvolvido adiante.

## **2.2. Necessária relação entre autorregulação e heterorregulação: correção ou autorregulação regulada**

Mesmo fora do âmbito da regulação setorial, cada vez mais se discute na literatura especializada sobre gestão empresarial e governança corporativa a importância da autorregulação. Como explica Daniela Rey<sup>412</sup>, instrumentos jurídicos vinculados ao que normalmente se chama de *soft law*, como a autorregulação e a correção, são vistos como melhores alternativas para implementar certos objetivos ou políticas, na medida em que são mais eficientes, rápidos e flexíveis e menos custosos.

---

<sup>411</sup> SIEBER, Op. cit., p. 77.

<sup>412</sup> REY, Daniela Weber. Effects of the Better Regulation Approach on European Company Law and Corporate Governance, 2007, disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ecomflr4&div=28&id=&page=&t=1559320865>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Sob essa perspectiva, e especialmente no âmbito da regulação setorial, a relação entre heterorregulação e autorregulação é crucial para a efetividade do regime, pois, por mais atenta que possa ser a autoridade reguladora, inclusive no que diz respeito à aplicação de sanções por todos aqueles que descumprirem as obrigações respectivas, ela pouco poderá fazer sem a adesão voluntária dos agentes econômicos ao cumprimento das suas regras.

Com efeito, para que possa atingir os seus importantes objetivos e ainda ser fator de estímulo a uma cultura de respeito às normas éticas e jurídicas, reforçando o viés preventivo, é necessário contar com o auxílio da autorregulação. Ocorre que esta não pode ocorrer no vazio. Daí a importância do regulador em diversas frentes, desde o suprimento e regulamentação de determinadas matérias, até a criação de incentivos para o cumprimento das obrigações legais e o seu aperfeiçoamento.

A necessária interação entre heterorregulação e autorregulação é de tal importância que Diane Rowland, Uta Kohl e Andrew Charlesworth<sup>413</sup> mostram que o problema da regulação não é, na prática, uma escolha rígida entre o modelo “comando e controle” e a autorregulação, até porque os dois não são polos extremos que se excluem mutuamente. Daí a discussão atual sobre um terceiro gênero – o da correção – que combinaria diferentes categorias de práticas regulatórias e exigiria o envolvimento central dos agentes privados e dos governos, a fim de propiciar muitas vantagens da autorregulação sem as mesmas desvantagens.

Verdade seja dita que há considerável divergência na literatura sobre as fronteiras que separam a heterorregulação (comando e controle), a autorregulação e a correção<sup>414</sup>. Para Dennis Hirsch<sup>415</sup>, por exemplo, a correção envolve iniciativas em que Estado e indústria compartilham a responsabilidade pela

---

<sup>413</sup> ROWLAND, Diane; KOHL, Uta; CHARLESWORTH, Andrew. *Information Technology Law*. New York: Routledge, 2017. pp. 20-21.

<sup>414</sup> Ver, sobre o tema: GINOSAR, Avshalom. Co-Regulation: From Lip-Service To A Genuine Collaboration – The Case Of Regulating Broadcast Advertising In Israel. *Journal of Information Policy*. v. 3, pp. 103-122, 2013.

<sup>415</sup> HIRSCH, Dennis D. The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation? *Seattle University Law Review*. v. 34, n. 2, pp. 439-480, 2011.

construção e aplicação de *standards* regulatórios a partir de um mecanismo que não é propriamente um híbrido entre heterorregulação e autorregulação, mas sim representa um novo fenômeno que acaba por traduzir uma verdadeira empresa cooperativa entre a iniciativa privada e o Estado.

Em sentido próximo, Latzer et al<sup>416</sup> enfatizam que a corregulação pode ser vista como um *remix* da regulação tradicional e autorregulação, com foco em uma divisão de trabalho entre o Estado e atores privados no sistema regulatório. Logo, a autorregulação e a corregulação podem ser consideradas como extensões verticais do governo na medida em que emergem nos vários níveis das estruturas de governança, embora não sejam bem talhadas para questões regulatórias que possam envolver altos riscos.

Apesar das controvérsias a respeito das eventuais distinções entre autorregulação e corregulação, o que importa é que a atuação complementar entre a iniciativa privada e o Estado seja intensa, consistente e frutífera. Daí por que a autorregulação e a corregulação têm papel central para dar concretude à lei e, se for o caso, até ir além dela. Nesse sentido, Colin Bennet e Charles Raab<sup>417</sup> mostram que a autorregulação, além da sua função de implementar a legislação, pode, conforme o caso, evitar a legislação, antecipar a legislação ou mesmo suplementar a legislação.

Não é sem razão que o relatório anterior já reforçou que “a autorregulação regulada ou *enforced self-regulation* é uma das propostas desenvolvidas pela teoria da regulação responsiva como um meio termo entre a estratégia de autorregulação e a de comando e controle em que a empresa é obrigada a produzir um conjunto de normas que cubram uma determinada área de preocupação do regulador, submetendo-as a ele para ratificação, com a possibilidade de que sejam reenviadas ao regulado para aprimoramentos”<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> LATZER, Michael; JUST, Natascha; SAUWEIN, Florian; SLOMINSKI, Peter. Regulation Remixed: Institutional Change through Self and Co-Regulation in the Mediamatics Sector. *Communications & strategies*. n. 50, p. 127-157, 2003.

<sup>417</sup> BENNETT; RAAB, Op. cit., pp. 151-152.

<sup>418</sup> ARANHA; LOPES, Op. cit., pp. 22-23.

Dessa maneira, valoriza-se o protagonismo do agente econômico, o que cria incentivos naturais para o cumprimento das normas que, ao final de contas, foram pensadas e construídas por ele próprio, diante de suas necessidades e possibilidades, ainda que com a superveniente supervisão e concordância do Estado.

No que se refere às vantagens da correção, Ira Rubinstein<sup>419</sup> bem as sintetiza, agrupando-as em quatro grandes grupos: (i) basear-se no conhecimento e na expertise da indústria; (ii) levar a regras que são mais efetivas, exequíveis, inovadoras e com maior custo-benefício; (iii) criar um senso mais forte do domínio da indústria sobre as regras e conseqüentemente sobre o *compliance*; e (iv) resultar em regras que são mais praticáveis do ponto de vista político e eficientes.

Em sentido próximo, Roger Apolline<sup>420</sup> destaca a rapidez, a maior efetividade e a maior legitimidade das normas decorrentes da correção, motivo pelo qual compreende o fenômeno como uma renovação da governança empresarial, envolvendo maior participação, flexibilidade e eficácia.

Por outro lado, o Estado ainda se desonera (i) de ter que idealizar normas universais nem sempre adaptáveis às distintas realidades de cada agente econômico, tendo a oportunidade de delegar e aprender com a iniciativa privada sobre instrumentos genuínos que, compatíveis com o porte e a estrutura de cada *player*, possam levar ao comportamento virtuoso, ainda que por distintos caminhos; e (ii) de ter que assumir sozinho todos os ônus e custos da fiscalização e monitoramento dos agentes econômicos, já que a autorregulação regulada pressupõe igualmente a internalização de parte expressiva dos custos de fiscalização e monitoramento pelas empresas.

---

<sup>419</sup> RUBINSTEIN, Ira. The future of self-regulation is co-regulation. In: SELINGER, Evan. *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>420</sup> ROGER, Apolline. Quelle implication des destinataires de la norme? La voie de la corégulation. *Vertigo*. v. 6, 2009.

É por essas razões que, para Jane Lister<sup>421</sup>, a correção é um meio de combinar as forças da regulação baseada no comando-controle – mais credibilidade, mais *accountability*, compulsoriedade e maior rigor quanto à performance – com as forças da autorregulação – velocidade, flexibilidade e inovação -, evitando as desvantagens de cada uma delas.

Todavia, o papel do Estado Regulador continua sendo fundamental. Como foi muito bem exposto no relatório da Meta 6, “A estratégia da autorregulação regulada exige, do regulador, que: a) somente ratifique regras de conduta empresarial que satisfaçam as políticas públicas governamentais; b) garanta que o departamento ou grupo de compliance da empresa tenha independência na estrutura hierárquica societária; c) realize a averiguação dos livros de registro da atuação desse grupo; d) implemente fiscalizações pontuais para avaliar se o grupo está cumprindo sua finalidade de detecção de violações às normas; e e) abra processos administrativos contra empresas que tenham subvertido a atuação do grupo de compliance”<sup>422</sup>.

Importa notar, nesse sentido, que não há qualquer discussão a respeito da constitucionalidade da disciplina regulatória da governança empresarial, mesmo porque a atuação do Estado nesse sentido muito dificilmente se traduz em intervenção direta sobre a estrutura das sociedades empresárias, mas sobretudo ocorre por intermédio de incentivos destinados a valorizar a autonomia privada dos agentes econômicos, exercida no sentido de atender aos objetivos e valores que norteiam o ordenamento jurídico<sup>423</sup>.

---

<sup>421</sup> LISTER, Jane Evelyn. *Co-Regulating Corporate Social Responsibility: Government Response to Forest Certification In Canada, The United States And Sweden*. 2009. 375 f. Tese (Doutorado) – The University of British Columbia, The Faculty of Graduate Studies, Vancouver, 2009. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Co-regulating-corporate-social-responsibility-%3A-to-Lister/d7cddf63f014d03aeb799d5f4742b3041d4f8425>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>422</sup> ARANHA; LOPES, Op. cit., p. 23.

<sup>423</sup> Ver: FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade dos programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

No papel de somente ratificar as regras de conduta empresarial que satisfaçam as políticas públicas governamentais, o Estado Regulador tem uma excelente oportunidade de, tentando superar os problemas decorrentes da *shareholder theory* e do *short-termism*, incentivar e auxiliar os agentes privados a adotarem medidas de gestão e governança que sejam compatíveis com os objetivos da regulação setorial. Afinal, como conclui Dennis Hirsch<sup>424</sup>, o Estado tem melhores condições de pressionar os negócios a priorizar também os interesses públicos envolvidos.

Além da posterior ratificação dos programas de *compliance*, o Estado regulador pode também se antecipar à iniciativa dos agentes privados, oferecendo as diretrizes básicas que devem constar dos respectivos programas, bem como explicando as suas razões. Afinal, implementar um bom programa de *compliance* é medida difícil e cara, motivo pelo qual quanto mais o Estado puder auxiliar os particulares nessa tarefa mais provável será a construção de programas efetivos.

Por outro lado, a depender da complexidade dos assuntos, as soluções a serem incorporadas nos programas de *compliance* podem ser de difícil construção, motivo pelo qual o processo pode ser extremamente facilitado se o Estado já adiantar as diretrizes básicas que devem constar dos programas. Tal iniciativa estatal leva a maior segurança jurídica, menores custos na elaboração dos programas e maior sucesso na interação entre regulador e regulado. Afinal, quanto maior a qualidade dos programas de *compliance* que chegarem para a ratificação do Estado, menor o trabalho e o tempo que o Estado terá para analisá-los e aprová-los.

Como já se salientou anteriormente, o Estado precisa ser particularmente cauteloso nesse momento, uma vez que o seu papel é o de estabelecer diretrizes básicas e gerais, que não impeçam nem a inovação nem a criatividade das empresas, inclusive naquilo em que pretendam ir além das exigências mínimas previstas pelo Estado. Também não se pode comprometer a necessária

---

<sup>424</sup> HIRSCH, Op. cit.

adaptabilidade e flexibilidade que tais comandos precisam ter, a fim de poderem se ajustar aos diferentes portes, estruturas e características de cada agente empresarial.

Além do auxílio na construção dos programas de *compliance* e da sua posterior aprovação, o Estado regulador ainda pode se utilizar de uma série de incentivos positivos e negativos para, no processo de supervisão e monitoramento dos programas, estimular os agentes econômicos a cumprirem efetivamente as normas que eles próprios criaram.

É de se salientar, nesse sentido, iniciativas como a da CGU, ao criar a lista de Empresas Pró-Ética<sup>425</sup>, como um segmento diferenciado de empresas que atendem as mais rigorosas normas de *compliance* anticorrupção, e a Conferência Empresa Limpa<sup>426</sup>, que tem por objetivo promover o diálogo e a troca de experiências entre os setores público e privado sobre temas relacionados à aplicação da Lei Anticorrupção.

Da mesma forma que existem os incentivos positivos, ainda se pode cogitar de incentivos negativos, de que são exemplos as listas negras ou cinzas, bem como estratégias como as de *naming and shaming*. Segundo Judith van Erp<sup>427</sup>, como a reputação é um importante ativo das empresas, existe o receio de que sanções reputacionais afastem consumidores, clientes e investidores, com o consequente decréscimo de suas vendas, participações de mercado, valor das ações e mesmo oportunidades de negócios. Dessa maneira, a publicidade propiciada pelo *naming and shaming* acaba sendo um importante incentivo para o *compliance*, cujos efeitos transcendem ao da empresa afetada, já que as outras farão o possível para evitar os mesmos danos reputacionais.

---

<sup>425</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Empresa Pró-Ética. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>426</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Conferência Lei Empresa Limpa. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2017/lei-empresa-limpa-premiacao-empresas-pro-etica-2017>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>427</sup> ERP, Judith van. Naming and shaming in regulatory enforcement. *Explaining Compliance*. pp. 322-342, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/9781848448858.00023.xml>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Ainda segundo a autora, um efeito potencial desse tipo de publicização é contribuir para um debate entre os *stakeholders* da empresa a respeito da nocividade e da inaceitabilidade das referidas ofensas. Nesse ponto, a autora conecta as discussões com a teoria da regulação responsiva, realçando que as sanções sempre contêm uma mensagem sobre o comportamento correto e apropriado e contribuem para uma espécie de educação moral das empresas.

Por razões semelhantes, Sharon Yadin<sup>428</sup> conclui que a estratégia regulatória de *shaming* é inerentemente eficiente, podendo alcançar objetivos regulatórios de forma mais rápida, mais simples e menos custosa do que outras alternativas, já que a informação negativa a respeito do agente ou da sua atividade convida a comunidade a aplicar pressões contra ele, a mudar o seu discurso em relação a ele, a alterar padrões de comportamento ou opiniões sobre ele e, em circunstâncias apropriadas, até mesmo a denunciar, condenar ou boicotar o referido agente.

Verdade seja dita que a estratégia de *naming and shaming* apresenta igualmente questionamentos, a começar por saber qual é a sua efetiva natureza jurídica. Sharon Yadin<sup>429</sup> mostra inclusive as dificuldades de situar tal iniciativa na pirâmide pensada por Ayres e Braithwaite, diante das controvérsias sobre se seria apenas uma sanção leve (*soft sanction*) ou uma sanção como qualquer outra. Outro questionamento diz respeito à razoabilidade e proporcionalidade que se exige desse tipo de alternativa, diante dos danos que pode causar ao administrado.

Daí por que, ao contrário dos incentivos positivos, em relação aos quais a discricionariedade estatal acaba sendo maior, iniciativas como o *naming and shaming* precisam ser vistas com maior cuidado e atenção, dentro do esforço de se construir uma pirâmide coerente e compatível com os propósitos de uma regulação responsiva.

---

<sup>428</sup> YADIN, Sharon. *Regulatory Shaming. 49 Lei Ambiental 407*. pp. 407-451, dez. 2018. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3290017&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3290017&download=yes)>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>429</sup> YADIN, Op. cit.

O saldo final de todas essas considerações é que se delineia um vasto e rico horizonte de atuação e de interação entre regulador e regulados, a partir do reforço da cooperação e do diálogo. Isso ajuda a compreender a colocação de Shann Turnbull<sup>430</sup> no sentido de que a correção pode ser um importante mecanismo para uma regulação baseada mais em resultados do que em práticas, inclusive naquilo em que possibilita um processo incremental que também esteja aberto à tentativa e ao erro.

Ainda não se pode ignorar a possibilidade, tão bem destacada por Shann Turnbull<sup>431</sup>, de introduzir *stakeholders* como corretores, partindo da premissa de que estes, na medida em que estejam cientes dos problemas, estarão em melhor posição de iniciar procedimentos para proteger seus interesses. Em outro de seus trabalhos, Shann Turnbull<sup>432</sup> mostra a importância de introduzir não só *stakeholders* mas também investidores (*shareholders*) como corretores.

Sob essa perspectiva, a correção assume um viés verdadeiramente coletivo, possibilitando que todos os interessados diretamente nos resultados da gestão empresarial possam, de alguma maneira, participar do controle e da supervisão dos programas de *compliance* e das metas e compromissos assumidos com o regulador. Para tais objetivos, é fundamental assegurar aos interessados os devidos canais de comunicação, reclamação, avaliação e outras iniciativas que possam viabilizar a sua participação.

É de grande importância, assim, que se desenvolvam e consolidem mecanismos de compartilhamento de informações com o regulador, inclusive no que diz respeito à garantia de que as manifestações dos regulados serão efetivamente levadas em consideração para elementos que transcendam a mera análise mecânica de requisitos criados pela regulação. Certamente que as

---

<sup>430</sup> TURNBULL, Shann. Outcome based self-enforcing co-regulation: A de-regulation strategy to reduce the cost of equity, compliance and regulation. *International Institute for Self-governance*, pp. 1-18, abr. 2007.

<sup>431</sup> TURNBULL, Op. cit., 2007.

<sup>432</sup> TURNBULL, Shann. *Correcting the failures in Corporate Governance Reforms*, pp. 1-8, nov. 2018. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1021482](http://papers.ssrn.com/abstract_id=1021482)>. Acesso em 25 abr. 2021.

tecnologias atualmente disponíveis poderão facilitar extremamente essa interação.

Todos esses aspectos mostram o acerto da conclusão de Appoline Roger<sup>433</sup> de que a correção não é sinônimo de uma simplificação da ação pública, no sentido de que, para que seja eficaz e democrática, as autoridades públicas devem conceber um sistema elaborado, o que envolve desde a preparação das negociações com os regulados, a fim de evitar a assimetria informacional, o controle das aplicações desenvolvidas, os meios de incitação e alternativas para o cumprimento das normas ou mesmo a aplicação da sanção em alguns casos. Daí a conclusão de que não há propriamente oposição entre correção e regulamentação, já que encontrar uma boa combinação entre ambos é um exercício de equilíbrio.

Como também ensina Ginosar<sup>434</sup>, por mais que a correção contribua para a legitimidade do mecanismo regulatório privado e estimule sua capacidade de dar efetividade às regulações, a arquitetura daí decorrente continua a incluir todos os componentes de um sistema regulatório, tanto do ponto de vista institucional, como do ponto de vista substantivo. Isso significa que, embora o Estado e a indústria ajam em conjunto para regular a atividade econômica, sempre que o Estado não estiver satisfeito com essa colaboração, poderá operar por si mesmo. Logo, regulador e regulados são parceiros no processo regulatório, mas não são propriamente iguais, já que o regulador age sempre como um supervisor, embora com diferentes níveis de envolvimento, nunca permitindo que os atores privados fiquem com todas as responsabilidades.

Na verdade, a correção pode requerer até uma atuação mais ampla e sofisticada por parte do Estado Regulador, já que a cooperação com os regulados ou mesmo a delegação de algumas funções tradicionais da regulação a estes ou mesmo a *stakeholders* apenas pode se dar com as devidas cautelas e com a supervisão esperada, a fim de que o Estado possa agir prontamente quando

---

<sup>433</sup> ROGER, Op. cit.

<sup>434</sup> GINOSAR, Op. cit.

verificar que essas estratégias falharam e não há outras alternativas que não a imposição da sanção.

É por essa razão que, por mais que a correção consolide a continuidade da cooperação e do fluxo comunicacional entre regulador e regulados, tendo por foco mais o comportamento global destes do que os seus atos isolados, o espaço da sanção deve ser assegurado, ainda que com todos os cuidados já mencionados.

Com efeito, é de saber comum que, nos termos da síntese de Klaus Hopt<sup>435</sup>, as regras de governança corporativa, assim vistas como o sistema pelo qual as companhias são dirigidas e controladas, são tão boas quanto o seu *enforcement*, de forma que os atores econômicos necessitam de alguma forma de supervisão, o que pode ser feito por distintas autoridades.

Mais do que isso, o temor da sanção e a sua efetiva aplicação continuam a ser efetivos motivos para o cumprimento das normas jurídicas e éticas, o que exige do Estado Regulador que use do aparato sancionatório sempre que todas as medidas da pirâmide de intervenções não se mostrarem eficientes, como já foi exaustivamente explicado no primeiro relatório.

### **2.3. Requisitos essenciais dos programas de *compliance* e importância das soluções organizacionais**

Os esforços da correção já apontados na seção anterior têm por objetivo assegurar a efetividade dos programas de *compliance* na consecução dos objetivos regulatórios bem como endereçar o que Laufer<sup>436</sup> chamou de “paradoxo do *compliance*”. Segundo o autor, ao premiar programas de fachada, manifestamente ineficientes, por meio da isenção de responsabilidade ou diminuição da

---

<sup>435</sup> HOPT, Klaus J. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 1, pp. 1-76, jan. 2011.

<sup>436</sup> LAUFER, William S. Corporate Liability, risk shifting, and the paradox of compliance. *Vanderbilt law Review*. v. 52, 1999. p. 1415.

penalidade, estimula-se as sociedades a fazerem um cálculo racional, por meio do qual, irão implementar programas de *compliance* tão somente na medida necessária para a realocação do risco, o que levará a uma redução e não a um incremento no nível de cuidado adotado pela sociedade. Assim, o paradoxo do *compliance* só poderá ser resolvido limitando os incentivos que levam as sociedades a programas e iniciativas que transferem a responsabilidade e ou parte das perdas, o que exige maior definição quanto ao critério de efetividade.

Atento a essa preocupação, o Guia de Programas de Compliance do CADE<sup>437</sup>, por exemplo, restringe a aplicação da atenuante da sanção às hipóteses em que existir um programa de *compliance* robusto, que atenda às diretrizes básicas elencadas no Guia e que institua medidas de controle do dano. O ônus de demonstrar a efetividade do programa ficará por conta do investigado, que deverá comprovar que a prática de condutas anticompetitivas não se coaduna com as políticas da organização nem com as orientações de seus administradores. No mesmo sentido, o Decreto 8.420/2015, que regula a Lei Anticorrupção, fixa, no art. 42, uma série de critérios que deverão ser avaliados para verificar a efetividade dos programas de integridade para fins de aplicação da atenuante da sanção prevista na Lei, descritos mais adiante.

Nessa avaliação, o cuidado deve ser redobrado, pois, como adverte o CADE, é possível que sejam adotados programas complexos e, em teoria, bem estruturados, elaborados por especialistas no tema, mas que, na prática, não encontram eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados pelos colaboradores. Essa é uma das razões pelas quais, nas áreas de regulação setorial, possam as agências reguladoras definir critérios claros para a avaliação dos programas de compliance, inclusive no que diz respeito ao monitoramento da sua efetividade e dos seus resultados.

Para minimizar os riscos de programas que só existem no papel, devem ser reforçados os elementos que funcionam mesmo sem a existência de uma direção

---

<sup>437</sup> CADE. Guia: programas de compliance. Brasília: CADE, 2016.

empresarial disposta a cumpri-los, a exemplo dos *compliance officers*, auditores externos, etc. Outra estratégia que pode ajudar a diminuir esse tipo de programa é a exigência de informações sobre o funcionamento do *compliance* pelo Estado, especialmente nos setores envolvidos em riscos mais acentuados, bem como aumentar o espectro de interessados que possam monitorar o cumprimento de tais programas, tal como se viu anteriormente, ao se cogitar dos *stakeholders* como correguladores nessa missão.

Não obstante, o primeiro passo na avaliação da iniciativa dos agentes privados deve ser a compreensão, pela autoridade estatal, de que mesmo um bom programa de *compliance* não pode constituir obrigação de resultado, mas de meio, não sendo possível, a partir da mera violação, inferir ou declarar a inefetividade dos controles internos.

De fato, a implementação de um programa de *compliance* robusto não garante que não serão praticados ilícitos. Os controles internos minimizam os riscos de práticas indevidas, mas existem limites inerentes a quaisquer formas de controle.

A advertência consta das *US Sentencing Guidelines*, que, ao estabelecerem os parâmetros para a avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, fizeram a ressalva expressa de que “a falha na prevenção ou na detecção de um delito pontual não significa necessariamente que o programa de *compliance* não seja, de maneira geral, efetivo na prevenção e na detecção de condutas criminais”.

De fato, o objetivo de um programa de *compliance* não é assegurar, de maneira infalível, que não haverá o cometimento de ilícitos. É claro que um programa de *compliance* coeso, implementado de maneira apropriada, diminui consideravelmente os riscos de violação à legislação e/ou da prática de condutas antiéticas, mas a efetividade também está atrelada ao desenvolvimento de estruturas adequadas para a detecção e para a correção de falhas e infrações.

Um incidente de desrespeito às normas de *compliance*, portanto, não significa que a organização tenha falhado na instituição de seu programa. Na verdade, é a reação a esse incidente que constituirá um forte indicativo do

compromisso da organização com o respeito às normas legais e aos parâmetros éticos. Se o descumprimento, por exemplo, decorreu de riscos que não foram adequadamente antevistos e/ou apropriadamente manejados, a reação imediata da empresa deve ser promover alterações no programa de *compliance* e reforçar os controles internos para reduzir a probabilidade de que surjam problemas semelhantes no futuro.

Definir de maneira clara os critérios para aferir a efetividade dos programas de *compliance* é importante não apenas para evitar o que Laufer<sup>438</sup> chamou de paradoxo do *compliance*, mas também para fornecer segurança jurídica àqueles agentes econômicos que estão, verdadeiramente, imbuídos do propósito de instituir um bom programa de *compliance*.

A questão é delicada porque, a pretexto de assegurar segurança jurídica, não se pode esvaziar demais a autonomia das sociedades. Como lembra Sieber<sup>439</sup>, os criadores do programa devem dispor de um grau de liberdade suficiente dentro da entidade para criar um sistema próprio de prevenção de ilícitos, especialmente porque, ao fim e ao cabo, a efetividade do programa de *compliance* dependerá de sua capacidade para fazer frente aos riscos inerentes a cada organização. O estabelecimento de critérios, portanto, não dispensará uma análise caso a caso para verificar a efetividade dos programas.

Apesar da dificuldade de definir com elevado grau de precisão e clareza os critérios que irão distinguir um programa de *compliance* ineficaz de um programa pouco robusto, é possível extrair, tanto dos guias e documentos internacionais quanto do Decreto 8.420/2015, as diretrizes básicas que devem norteá-los.

Como já se viu anteriormente, o Guia do Governo Britânico relativo ao *UK Bribery Act* estabelece seis princípios que devem direcionar a elaboração de programas de *compliance*, quais sejam: (i) a elaboração de procedimentos adequados para a prevenção de atos de corrupção que sejam proporcionais aos riscos de cometimento de infrações no contexto da atividade desempenhada pela

---

<sup>438</sup> LAUFER, Op. cit.

<sup>439</sup> SIEBER, Op. cit., p. 76.

empresa; (ii) o comprometimento dos indivíduos que ocupam cargos de administração e direção com uma cultura empresarial ética; (iii) a verificação periódica dos riscos; (iv) a devida diligência da organização na identificação e na mitigação dos riscos; (v) a comunicação interna e externa, seja para a capacitação dos funcionários, seja a para a construção da imagem da empresa ou mesmo para a denúncia de ilícitos; e (vi) a constante revisão do programa e o monitoramento das atividades desenvolvidas<sup>440</sup>.

As *US Sentencing Guidelines* não se afastam dos critérios estipulados pelo governo britânico, pois o documento norte-americano também exige o compromisso da alta administração com o *compliance*, o desenvolvimento de uma cultura inspirada na ética, além da revisão e do monitoramento constante do programa.

O documento institui, ainda, o chamado “*culpability score*”, no qual as sanções são graduadas de um acordo com um mecanismo de pontos, que atribui maior ou menor peso a determinadas atenuantes e/ou agravantes. Dentre essas atenuantes, figura a existência de um programa de *compliance*.

Além dos requisitos descritos acima, as *US Sentencing Guidelines* exigem que não sejam escolhidos, para cargos com poder de autoridade razoável na administração da empresa, indivíduos que tenham se envolvido em condutas ilegais e/ou inconsistentes com um programa de *compliance* efetivo. Paralelamente, exige-se que o Código de Ética e Conduta imponha medidas disciplinares àqueles que praticarem delitos e/ou deixarem de tomar as providências necessárias para inibir a sua prática.

No Direito Brasileiro, como visto, até a promulgação do Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, não havia nem na lei nem em atos infralegais a explicitação dos critérios a serem considerados para a formatação de um programa de *compliance* robusto. A previsão só foi instituída

---

<sup>440</sup> REINO UNIDO, Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em 25 abr. 2021.

porque a Lei Anticorrupção, que, a exemplo das *US Guidelines Sentencing*, também previu a instituição dos programas de *compliance* como uma atenuante para a conduta.

O Decreto 8.420/2015 estabeleceu uma série de parâmetros de avaliação para determinar a efetividade do programa de *compliance*, dentre os quais merecem destaque: o comprometimento da alta administração da pessoa jurídica; a elaboração de código de ética; a análise periódico de riscos; realização de treinamentos contínuos sobre o programa; independência; existência estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa e por sua fiscalização; instituição de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidade ou infrações; monitoramento contínuo visando ao seu aperfeiçoamento, etc. A preocupação do legislador foi evitar que os agentes econômicos instituíssem programas inócuos com o mero intuito de se valer da atenuante descrita no art. 7º, VIII, da Lei Anticorrupção.

Após promulgação da Lei Anticorrupção e da edição do Decreto 8.420/2015, a CGU elaborou um guia intitulado “Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas”<sup>441</sup>, que descreve, de maneira mais detalhada, como fazer para cumprir os requisitos descritos no Decreto 8.420/2015, descritos anteriormente.

O Guia dispõe que a efetividade do programa de *compliance* depende do preenchimento de, pelo menos, cinco requisitos: (i) o comprometimento e o apoio da alta administração; (ii) a existência de uma instância responsável pelo programa, dotada de independência e autonomia; (iii) uma adequada análise do perfil da organização e dos riscos; (iv) a estruturação de regras e instrumentos para prevenir, detectar e remediar eventuais ilícitos; e (v) a existência de estratégia de monitoramento contínuo para que seja possível identificar falhas e aperfeiçoar o programa ao longo de sua execução.

---

<sup>441</sup> CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, Programas de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-eintegridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2021.

Cabe recordar, nesse sentido, que o CADE igualmente publicou seu próprio o Guia de Programas de Compliance, que estimula a adoção desses programas e trata de definir os critérios que distinguem um programa de fachada de um programa efetivo. Assim como os guias estrangeiros e o Decreto 8.420/2015, o Guia do CADE também ressalta a importância do envolvimento da alta administração, a necessidade periódica de analisar os riscos, de promover treinamentos e comunicações internas, de monitorar continuamente o programa, de realizar revisões quando necessário e de assegurar a autonomia e a independência do setor responsável pela supervisão e pela implementação do programa.

Na recente LGPD, é grande a importância da autorregulação e dos programas de *compliance*, reforçando o protagonismo dos agentes econômicos na tarefa de efetiva proteção dos dados pessoais. Não é sem razão que a LGPD tem seção específica sobre as chamadas “boas práticas e governança”, prevendo o art. 50 que “Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais”.

Os Guias e diplomas normativos citados acima demonstram que, tanto no Brasil quanto em outros países, foi se consolidando o entendimento de que programas de *compliance* bem-sucedidos devem centrar-se em alguns mecanismos básicos:

2. Avaliação contínua de riscos e atualização do programa;
3. Elaboração de Códigos de Ética e Conduta, que regulem a forma como se deve atuar na pessoa jurídica;
4. Organização compatível com o risco da atividade;

5. Comprometimento da alta administração;
6. Autonomia e independência do setor responsável pela supervisão do programa de *compliance*;
7. Treinamentos periódicos;
8. Criação de uma cultura corporativa de respeito à ética e às leis;
9. Monitoramento constante dos controles e processos instituídos pelo programa de *compliance*;
10. Canais seguros e abertos de comunicação de infrações e mecanismos de proteção dos informantes;
11. Detecção, apuração e punição de condutas contrárias ao programa de *compliance*.

É importante destacar igualmente alguns dos importantes aspectos a respeito dos referidos programas:

- (i) programas de *compliance* não são universais, de forma que, ainda que baseados em alguns entendimentos comuns, já sedimentados na literatura e na experiência internacional e brasileira, precisam se adaptar às características e peculiaridades de cada empresa;
- (ii) aspecto central de um bom programa de *compliance* é a avaliação de risco, o que igualmente depende das atividades de cada empresa e das vulnerabilidades e exposições de atuação (se atua em mercados mais concentrados, haverá maior vulnerabilidade na seara concorrencial, se participa de licitações ou mantém contatos próximos com poder público, haverá maior vulnerabilidade na seara anticorrupção e assim por diante).
- (iii) embora tais programas tenham surgido com foco no Direito Anticorrupção e no Direito da Concorrência, seus objetivos vêm abrangendo progressivamente outras searas, tais como o Direito

Ambiental, o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho e o Direito Regulatório: é por essa razão que podem ser importantes mecanismos de implementação de políticas regulatórias;

(iv) apesar da sua identidade própria, os programas de *compliance* apresentam diversas zonas de interpenetração com regras de governança corporativa, o que impõe a necessidade de um crescente alinhamento entre esses dois eixos, até porque tais programas cada vez mais se dedicam também a endereçar os conflitos de interesses inerentes às sociedades empresárias, tal como será tratado em capítulo próprio.

Ponto fundamental dos programas de *compliance* é encontrar o equilíbrio entre a eficiência e a viabilidade, especialmente diante do porte econômico de cada agente econômico e da expectativa razoável do seu investimento na implementação das mudanças daí decorrentes.

Não é sem razão que, ao propor *standards* quanto à violação de normas ambientais nos Estados Unidos, o relatório final do grupo de trabalho concluiu que, em uma sociedade empresarial muito pequena, por exemplo, o próprio administrador ou sócio majoritário pode realizar a auditoria por meio de um simples *checklist*, treinar os funcionários em reuniões informais e promover o monitoramento por meio de vistorias diárias ou pela observação contínua durante o exercício da gestão<sup>442</sup>. O exemplo ajuda a mostrar que, em determinadas circunstâncias, sistemas simples podem demonstrar o mesmo grupo de comprometimento com o *compliance*, que, em uma grande organização, exigiria um departamento de auditoria independente, uma equipe de treinamento e de monitoramento, *softwares* sofisticados para identificar e checar as soluções para problemas de *compliance*.

---

<sup>442</sup> Relatório citado em: GRUNER, Richard S.; BROWN, Louis M. Organizational justice: recognizing and rewarding the good citizen corporation. *Journal of corporate law*. v. 21, 1995-1996. p. 735.

Atento a essa preocupação, o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, dispensou as micro e pequenas empresas do cumprimento de determinados critérios, ao estabelecer os requisitos que o programa de *compliance* seja considerado na dosimetria. Dentre outras coisas, a norma abriu mão, por exemplo, da análise periódica de riscos, da existência de uma instância interna com independência, estrutura e autoridade para fiscalizar o programa assim como da existência de canais de denúncia de irregularidades.

Não se pode esquecer também de que os custos de transação podem ser minorados por um mapeamento de riscos bem feito, que permita a alocação adequada dos recursos, de modo que os valores destinados ao *compliance* sejam investidos prioritariamente nas áreas mais sensíveis. É válido notar, ainda, que a implementação de controles excessivamente rigorosos pode também representar um custo para empresa ao engessar demais a gestão empresarial. Daí por que, na avaliação de riscos, todas essas questões devem ser adequadamente sopesadas.

Outro aspecto importante é que programas de *compliance* efetivos não se baseiam apenas na existência de normas, mas exigem necessariamente modificações organizacionais. Não é sem razão que várias das características anteriormente mencionadas de um bom programa de *compliance* referem-se direta ou indiretamente à organização empresarial: (i) avaliação contínua de riscos e atualização do programa, o que exige órgãos responsáveis para tal; (ii) organização compatível com o risco da atividade; (iii) comprometimento da alta administração; (iv) autonomia e independência do setor responsável pela supervisão do programa de *compliance*; (v) treinamentos periódicos, o que normalmente exige órgãos responsáveis para tal; (vi) monitoramento constante dos controles e processos instituídos pelo programa de *compliance*; (vii) canais seguros e abertos de comunicação de infrações e mecanismos de proteção dos informantes; e (viii) detecção, apuração e punição de condutas contrárias ao programa de *compliance*.

A reestruturação organizacional é fundamental pois, como lembra Calixto Salomão Filho<sup>443</sup>, são conhecidas as insuficiências das normas de conduta quando não há organização compatível para assegurar a sua eficácia. Tal aspecto já foi muito bem abordado no relatório anterior<sup>444</sup>, no qual se consignou: “Além dessa característica de existência de normas escritas privadamente e ratificadas publicamente, outro elemento próprio à autorregulação regulada está em se exigir da empresa que internalize custos de fiscalização por intermédio da criação de departamento ou grupo interno à empresa de conformidade com o objetivo de monitorar a observância das normas e recomendar ações disciplinares contra os infratores. O fracasso em reverter a situação de desconformidade por parte da empresa, de corrigir a atuação desconforme ou de implementar recomendações de punições disciplinares resulta em comunicação compulsória, por parte da diretoria de compliance, à agência reguladora”.

O aspecto organizacional ganha, portanto, tal relevância com o *compliance* que vem reconfigurando até mesmo a extensão do dever de diligência dos administradores de sociedades empresárias. Com efeito, o núcleo básico deste, que estava adstrito ao dever de agir bem informado, hoje se ampliou, para abranger também o dever de configurar e manter uma organização que seja compatível com o risco assumido<sup>445</sup>. Consequentemente, em se tratando do *compliance* regulatório, a organização dos agentes empresariais precisa ser adequada e eficiente para enfrentar e administrar os riscos respectivos.

Vale ressaltar que a crescente utilização de inteligência artificial nos processos decisórios empresariais não muda o respectivo quadro, uma vez que os administradores podem responder também pela culpa tanto na escolha como no

---

<sup>443</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. Eficácia e Sustentabilidade. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 80-81.

<sup>444</sup> ARANHA; LOPES, Op. cit., p. 251.

<sup>445</sup> FRAZÃO, Ana. Dever de diligência. *Jota*. Disponível em: [/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017). Acesso em: 25 abr. 2021.

monitoramento de sistemas ou de algoritmos que sejam contrários aos objetivos do *compliance* e aumentem o risco da organização<sup>446</sup>.

## 2.4. *Compliance*, regulação e regras de governança

### 2.4.1. Aspectos teóricos e práticos

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC<sup>447</sup> “Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.

Apesar de haver algumas divergências na literatura, a governança corporativa – ou o governo das sociedades – tem sido vista como o sistema pelo qual as sociedades são geridas e controladas, de forma a compatibilizar e administrar os conflitos de interesses entre todos os sujeitos envolvidos na sociedade (sócios controladores, sócios minoritários, investidores, administradores, credores e mesmo outros *stakeholders*).

Embora a governança corporativa tenha tido, pelo menos inicialmente, um foco maior na administração de determinados conflitos internos à sociedade (como os referentes aos sócios e administradores)<sup>448</sup>, ultimamente vem se expandindo para incluir também outros tipos de conflitos internos (como os relacionados aos

---

<sup>446</sup> FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

<sup>447</sup> IBGC, Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

<sup>448</sup> Sobre a diferença entre governança corporativa e função social da empresa, ver: FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

trabalhadores) e também conflitos externos (como os relacionados a consumidores, credores e mesmo o Estado).

Os pontos de interseção entre a governança corporativa e o *compliance* decorrem do fato de que, como esclarece Ana Perestrelo de Oliveira<sup>449</sup>, os conflitos inerentes às sociedades empresárias tanto podem ser resolvidos a partir de duas estratégias regulatórias: (i) emissão de regras escritas aplicáveis a todas as empresas (*hard law*); e (ii) regras de conduta específicas, que possibilitam às empresas adotarem mecanismos de governo que mais bem se adaptem às suas características (*soft law*), submetendo-as ao *tradeoff* “cumprir ou explicar” (*comply or explain*).

Dessa maneira, os programas de *compliance* assumem hoje grande protagonismo no governo das sociedades. Assim como acontece nas demais searas jurídicas, há diretrizes gerais sobre o tema – como os princípios do European Corporate Governance Institute<sup>450</sup>, a própria Diretiva UE 2006/46/CE, os Principles of Corporate Governance da OCDE<sup>451</sup> – que, entretanto, precisam ser adaptadas para a realidade de cada agente econômico. No Brasil, destacam-se (i) o Código das Melhores Práticas de Governança do IBGC<sup>452</sup>; (ii) o Programa Destaque em Governanças Estatais da B3<sup>453</sup>; e (iii) Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

Dois pontos precisam ser ressaltados sobre as recentes reflexões a respeito da governança corporativa: (i) a crescente preocupação com a gestão de riscos, a supervisão e o controle, a ser endereçada prioritariamente por meio de soluções estruturais; e (ii) a discussão sobre em que medida interesses externos à sociedade

---

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Ana Perestrelo. Manual de Governo das Sociedades. Coimbra: Almedina, 2018. pp. 17-18.

<sup>450</sup> ECGI. Principles of corporate governance. Disponível em: <https://ecgi.global/code/principles-corporate-governance-2016>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>451</sup> OCDE. G20/OECD Principles of corporate governance. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>452</sup> IBGC, Op. cit.

<sup>453</sup> B3. Programa estatais. Disponível em: [http://www.bmfbovespa.com.br/pt\\_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/](http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/). Acesso em: 25 abr. 2021.

podem ser endereçados por meio da gestão empresarial e em que medida tais soluções são viáveis e se interpenetram com as pautas da responsabilidade social das empresas.

No que diz respeito ao primeiro ponto, a questão da supervisão e controle das sociedades tornou-se um tema quase tão importante quanto a gestão propriamente dita, na medida em que deveria ter separada desta, até para poder fiscalizá-la com a devida independência. Tais preocupações são espelhadas em novos órgãos societários que, a exemplo de comitês de auditoria e de gestão de riscos, vêm se tornando cada vez mais importantes.

No caso brasileiro, é interessante que a Nova Lei das Estatais tenha dado grande importância a tal matéria, inclusive para o fim de obrigar que todas as estatais tenham auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário (art. 9º, III). No que diz respeito à auditoria interna, que deve ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário; é ela responsável “por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras” (art. 9º, § 3º).

Já o Comitê de Auditoria Estatutário, órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente, tem diversas competências, dentre as quais:

- (i) Opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente;
- (ii) Supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

- (iii) Supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
- (iv) Monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista;
- (v) Avaliar e monitorar exposições de risco da empresa pública ou da sociedade de economia mista, podendo requerer, entre outras, informações detalhadas sobre políticas e procedimentos referentes a a) remuneração da administração; b) utilização de ativos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; c) gastos incorridos em nome da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
- (vi) Avaliar e monitorar, em conjunto com a administração e a área de auditoria interna, a adequação das transações com partes relacionadas;
- (vii) Elaborar relatório anual com informações sobre as atividades, os resultados, as conclusões e as recomendações do Comitê de Auditoria Estatutário, registrando, se houver, as divergências significativas entre administração, auditoria independente e Comitê de Auditoria Estatutário em relação às demonstrações financeiras;
- (viii) Avaliar a razoabilidade dos parâmetros em que se fundamentam os cálculos atuariais, bem como o resultado atuarial dos planos de benefícios mantidos pelo fundo de pensão, quando a empresa pública ou a

sociedade de economia mista for patrocinadora de entidade fechada de previdência complementar (art. 24, caput, e § 1º).

Como se pode observar, são amplas e relevantes as competências dos referidos órgãos, na medida em que dizem respeito a uma fiscalização sobre os dados financeiros e os riscos dessas sociedades.

Tais preceitos, ainda que tenham sido pensados para as estatais, refletem preocupações e soluções que podem ser replicadas para empresas privadas, em relação às quais a atuação integrada das áreas de *compliance* e de auditoria interna torna-se cada vez mais importante e estratégica para a governança corporativa.

Já o segundo aspecto diz respeito ao fato de que o tema sobre governança corporativa assume na atualidade uma visão nitidamente transversal, como fica claro pelo Livro Verde *O quadro da UE do governo das sociedades*<sup>454</sup>, que abrange não apenas os problemas clássicos relacionados aos conflitos entre sócios e administradores, mas também as discussões sobre a visão de curto prazo dos mercados de capitais, os investidores institucionais e gestores de ativos, outros players que vêm assumindo importantes funções, como os consultores de voto (*proxy advisors*), dentre outros.

Vê-se, portanto, que há uma conexão cada vez maior entre o governo das sociedades e o funcionamento do mercado, assim como a percepção de que aspectos importantes deste último – como a sua racionalidade e inclinação para o *short termism* – podem ser endereçados também pelos mecanismos de governança societária.

Como explica Ana Perestrelo de Oliveira<sup>455</sup>, “um dos grandes desafios do governo societário hoje, em especial nas sociedades cotadas, é assegurar que a

---

<sup>454</sup> COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde: o quadro da EU do governo das sociedades. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0164&from=EN>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>455</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 21.

sociedade continua a ser gerida com um horizonte temporal alargado, não obstante os objetivos de curto prazo de boa parte dos seus investidores”. Logo depois, arremata a autora que “São várias as estratégias de combate ao short-termism, apontando-se desde alterações aos esquemas de remuneração dos investidores, imposição de mais amplos deveres de transparência, até à criação de ações de lealdade”.<sup>456</sup>

Logo, a discussão sobre as limitações do *shareholder value* e do *short-termism*, já tratadas anteriormente, deixam o plano teórico e ideal e passam a fazer parte das preocupações inerentes à pauta da governança corporativa, especialmente para o fim de orientar a ação de controladores e administradores de sociedades. Por outro lado, ainda que governança corporativa e responsabilidade social das empresas sejam conceitos distintos, passam a ser vistos em uma perspectiva de integração, o que gera o desafio descrito por Ana Perestrelo de Oliveira<sup>457</sup>:

O ponto de partida é a consideração de que, apesar de os stakeholders já verem, em geral, os seus direitos protegidos pelos contratos de que são parte e por normas específicas – que relevam designadamente do direito do trabalho, consumo, ambiente, distribuição comercial, concorrência, insolvência e mesmo direito das sociedades (arts. 31º ss. 501º do CSC, inter alia) – estes regimes revelam-se insuficientes para a proteção da totalidade dos valores em jogo. Nessa medida, do ponto de vista do governo societário, a questão primária que se coloca é se, para além do dever de observância dos princípios e regras legais vigentes, é legítimo os administradores afastarem-se da prossecução escrita dos interesses dos sócios para atenderem igualmente aos interesses destes outros sujeitos, ao serviço dos quais a administração não se encontra diretamente.

---

<sup>456</sup> Idem.

<sup>457</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 183.

Verdade seja dita que tais perspectivas ainda encontram resistência na literatura especializada. Na recente atualização do seu famoso livro *The Anatomy of Corporate Law*<sup>458</sup>, Kraakman et al. adotam uma postura cética em relação a tais possibilidades, partindo da premissa de que, embora não haja dúvidas de que outros interessados na atividade empresarial (*external constituencies*) merecem proteção, a questão é saber se isso poderia ou deveria ser alcançado pelo Direito das Corporações. Dentre as críticas a essa maior abertura do governo das sociedades, encontram-se os receios de medidas populistas, o desvio das empresas de seus propósitos e o fato de que, embora tais iniciativas procurem ser justificadas a partir da geração de valor a longo prazo para o acionista (*long-term shareholder value*), tal alinhamento em todas as circunstâncias é implausível.

Não obstante, os próprios autores<sup>459</sup> reconhecem que algumas áreas seriam exceções, já que, em relação a elas, os limites entre os interesses da sociedade e os interesses de terceiros seriam mais porosos, tais como seriam o exemplo da regulação dos mercados de capitais e também a seara anticorrupção.

Ora, ainda que se adote uma concepção mais restritiva quanto ao atendimento direto dos interesses de *stakeholders* pelas sociedades empresárias, não há razão para não equiparar a regulação setorial a áreas que, como a regulação do mercado de capitais, exigem necessariamente a internalização dos interesses públicos a elas inerentes. Daí porque não há óbices apriorísticos para que o Estado Regulador, ainda mais no contexto de corregulação, possa se utilizar de soluções típicas de governança corporativa para conter riscos indevidos e assegurar o comportamento virtuoso do regulado.

Tanto isso é verdade que Kraakman et al. apontam como um interessante mecanismo para a proteção de stakeholders a chamada influência estatal na governança corporativa por meio das estatais<sup>460</sup>. Ocorre que, por meio da

---

<sup>458</sup> KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017. pp. 93-94.

<sup>459</sup> KRAAKMAN et al, Op. cit., p. 97.

<sup>460</sup> KRAAKMAN et al, Op. cit., p. 107.

corregulação, o Estado pode também influenciar diretamente a forma do governo das sociedades empresárias reguladas.

Ademais, vários dos receios e das críticas apontados a esse tipo de internalização são mitigados ou afastados quando tais objetivos são implementados não por uma imposição unilateral do Estado – ainda mais quando veiculada por regras abstratas e amplas que acabam sendo fonte de grande insegurança jurídica – mas sim pela iniciativa própria das empresas, por meio da autorregulação regulada.

No caso brasileiro, não se pode desconsiderar também as peculiaridades da ordem econômica constitucional e de dispositivos específicos que, a exemplo dos arts. 116, parágrafo único, e 154, da Lei das S/A deixam claro que controladores e administradores de sociedades anônimas devem agir de acordo com a função social da empresa, levando em consideração outros interesses, como o dos trabalhadores e da própria comunidade em que atua.

Não é sem razão que Calixto Salomão Filho<sup>461</sup> defende que o Direito Societário deve reconhecer “a afetação de terceiros, indivíduos, grupos ou coletividades e ter em conta esses interesses”, assim como outros autores defendem que a função social da empresa reconfigura os deveres fiduciários dos controladores e administradores de sociedades empresárias, ao menos para o fim de assegurar o dever de cuidado e proteção em relação aos direitos e interesses dos *stakeholders*<sup>462</sup>.

Por mais que se trate de um tema espinhoso, algumas convergências e consensos vêm sendo atingidos, tal como a de que a maior transparência em relação aos impactos sociais da atividade das empresas pode ser um eficiente mecanismo para assegurar a proteção dos interesses dos *stakeholders*, sem trazer tantos efeitos adversos.

O que se chama de *non-financial disclosure* vem ganhando espaço na União Europeia, sendo exemplo a Diretiva 2014/95/EU, de 2014, que manda incluir nas

---

<sup>461</sup> SALOMÃO FILHO, Op. cit., pp. 17-18.

<sup>462</sup> Ver FRAZAO, Op. cit., 2011.

informações a serem divulgadas as políticas e a performance da empresa em relação a matérias ambientais, sociais e trabalhistas, bem como de direitos humanos e anticorrupção. Vale ressaltar que tais determinações são aplicáveis ao que se chama de entidades de interesse público, categoria ampla que abrange não apenas companhias listadas em bolsa, mas também bancos e seguradoras com mais de 500 empregados.

Como bem apontam Kraakman et al.<sup>463</sup>, a finalidade de tal estratégia é causar uma espécie de pressão social por parte de investidores, consumidores e sociedade, que seja mais um fator a levar as empresas a atenderem tais objetivos, sob pena de terem perdas reputacionais e financeiras. Nos termos do que já foi adiantado, não há óbice para que tal mecanismo seja estendido igualmente às políticas regulatórias, ainda mais quando tal medida seja acompanhada da devida informação e sensibilização da opinião pública quanto ao valor e à importância dos dados divulgados.

A questão do *disclosure* e da transparência é importante porque pode resolver os problemas de assimetria informacional, possibilitando que a concorrência entre as empresas se dê não apenas no plano financeiro, mas também no plano da observância de normas e diretrizes que atendam a importantes *stakeholders*. Como bem explica Calixto Salomão Filho<sup>464</sup>:

Afinal, do ponto de vista teórico-concorrencial, é a comparação e não a concentração de informações a melhor forma de garantir a sua distribuição para a apreensão por cada indivíduo. Se é assim, não há melhor forma de exaltação de qualidades que a permitida pela comparação entre diferentes práticas de governança corporativa.

É preciso, portanto, que a concorrência entre companhias abertas por investidores não se dê exclusivamente com base em uma comparação de taxas de rentabilidade, mas também com base em

---

<sup>463</sup> KRAAKMAN et al, Op. cit., p. 99.

<sup>464</sup> SALOMÃO FILHO, Op. cit., p. 93.

comparação de regras internas e estruturas de governança corporativa que garantam os direitos dos investidores.

Não é sem razão que, já na parte 3.3, mostrou-se a importância de divulgar e comparar a performance das empresas também com base em outros referenciais que não apenas os financeiros. Na verdade, a política de divulgação de informações e comparação entre empresas pode ser um dos mais poderosos incentivos para a incorporação de objetivos regulatórios e sociais na gestão empresarial. Para tal fim, pode-se também utilizar da certificação de autoridades independentes, como igualmente ressalta Calixto Salomão Filho<sup>465</sup>.

Da mesma maneira, identifica-se na União Europeia movimento para apoiar a responsabilidade social, pelo menos como incentivo. Em 2011, a Comissão Europeia lançou, por exemplou, a comunicação *Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da UE para o período 2011-2014* (COM 2011 681), em que destaca a responsabilidade das empresas pelos seus impactos na sociedade e o papel dos Estados-membros como facilitadores de tais iniciativas.

Dessa forma, no contexto de correção, pode o Estado Regulador utilizar-se de diversos incentivos para auxiliar que a gestão empresarial possa, de fato, atender aos interesses públicos buscados pela regulação setorial.

Por fim, não se pode ignorar que ainda há soluções de governança corporativa mais pontuais para o endereçamento do problema, tais como a imposição de obrigações de fiscalização aos diretores em relação ao atendimento desses interesses externos ou mesmo a responsabilidade pessoal de diretores e sócios no caso de descumprimento de tais propósitos<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> SALOMÃO FILHO, Op. cit., p. 92.

<sup>466</sup> KRAAKMAN et al, Op. cit., p. 99.

#### 2.4.2. O interessante exemplo da ANEEL no incentivo a soluções organizacionais

Todas as considerações expostas na seção anterior mostram o potencial que a utilização de soluções de governança corporativa apresenta para a correção. O interessante é que tal possibilidade, inclusive, já foi implementada do ponto de vista prático a partir de interessante iniciativa da ANEEL, na qual o debate sobre as práticas de governança nos agentes iniciou-se em 2012, por conta do colapso do Grupo Rede Energia, que resultou na declaração de uma intervenção administrativa pela ANEEL para garantir a continuidade do serviço público<sup>467</sup>.

Na época, a Resolução Normativa nº 334/2008 estava em processo de reforma e construiu-se uma proposta para a Audiência Pública (AP) de parâmetros mínimos para alta gestão. Em 2015, a AP nº 38/2015, motivado pela edição do Decreto nº 8461/2015 (regulamentou prorrogação das concessões de distribuição de energia elétrica), propôs a seguinte cláusula para os novos contratos de concessão e distribuição:

##### CLÁUSULA OITAVA – GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA

A DISTRIBUIDORA se compromete a empregar seus melhores esforços para manter seus níveis de governança e transparência alinhados às melhores práticas e harmônicos à sua condição de prestadora de serviço público essencial.

**Subcláusula Primeira** – A DISTRIBUIDORA obriga-se a observar a regulação da ANEEL sobre governança e transparência que poderá compreender, entre outros, parâmetros mínimos e deveres regulatórios relacionados ao Conselho de Administração, à Diretoria, ao Conselho Fiscal,

---

<sup>467</sup> O histórico foi construído essencialmente a partir de vários documentos que são mencionados pela Nota Técnica nº 245/2016–SRM–SFF/ANEEL. Disponível em: [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2016/078/documento/nt\\_245\\_srm\\_sff\\_ren\\_governanca\\_\\_\(1616\)nt\\_v4.pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2016/078/documento/nt_245_srm_sff_ren_governanca__(1616)nt_v4.pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

à Auditoria e à Conformidade, além do alinhamento da política de remuneração dos Administradores à natureza de longo prazo do serviço público de distribuição.

É interessante notar que o TCU, no Processo n.º 003.379/2015-9, Acórdão n.º 2253/2015<sup>468</sup>, longe de se opor à iniciativa, determinou a regulamentação prévia à assinatura dos novos aditivos dos parâmetros mínimos de governança previstos na oitava cláusula exposta acima. No julgamento de embargos, o TCU alterou a determinação para “recomendação” de regulação em até doze meses. A ANEEL, assim, aprovou a minuta do aditivo de contrato de concessão nos seguintes termos:

#### CLÁUSULA OITAVA – GOVERNANÇA CORPORATIVA E TRANSPARÊNCIA

A DISTRIBUIDORA se compromete a empregar seus melhores esforços para manter seus níveis de governança e transparência alinhados às melhores práticas e harmônicos à sua condição de prestadora de serviço público essencial.

Subcláusula Primeira – A DISTRIBUIDORA obriga-se a observar a regulação da ANEEL sobre governança e transparência que poderá compreender, entre outros, parâmetros mínimos e deveres regulatórios relacionados ao Conselho de Administração, à Diretoria, ao Conselho Fiscal, à Auditoria e à Conformidade.

Subcláusula Segunda – Na elaboração da regulação, a ANEEL observará: (i) o estado-da-arte da governança nacional e internacional, privada e pública, balizando-se pelos mais elevados níveis de governança do mercado de capitais e exigidos por órgãos reguladores, além de estudos de instituições acadêmicas ou relacionadas ao desenvolvimento, (ii) o nível de desenvolvimento e as

---

<sup>468</sup> Não é feita uma análise da legalidade da cláusula em si, a recomendação é feita para “reduzir incertezas e aumentar a segurança jurídica do contrato de concessão” (TCU, Acórdão n.º 2253/2015)

especificidades do setor elétrico brasileiro, inclusive a segregação de atividades e a necessidade de blindagem e individualização das distribuidoras, (iii) o porte das concessionárias, (iv) o lapso temporal para adequação às obrigações regulatórias, entre outros aspectos pertinentes, sempre observando a legislação societária.

A Nota Técnica nº. 331/2015-SFF/ANEEL concluiu que não há ilegalidade na iniciativa da ANEEL, visto se tratar de cláusulas regulamentares para a prestação do serviço<sup>469</sup>. No entanto, considerando a orientação do TCU e com a finalidade de não existir múltiplos modelos de governança coexistindo no segmento, ponderou-se emitir, até outubro de 2016, um normativo sobre Governança.

Quanto à legalidade da solução, destaca-se o Parecer nº. 557/2015 da Procuradoria Federal da ANEEL<sup>470</sup>, no qual se concluiu que não há violação ao art. 175 da CF/88, visto que as Lei 8.987/95, Lei 9.074/95, e Lei 12.783/2013 regulam os regimes das empresas concessionárias e que o Decreto 8.461/2015 outorgou à ANEEL competência para definir a minuta do contrato de concessão ou termo aditivo que contemplará as condições previstas. Ademais, quanto aos parâmetros mínimos de governança corporativa, o respectivo parecer entende que a Cláusula 8 teria natureza regulamentar, já que “versa sobre as condições de prestação do serviço, estando, portanto, inserida na órbita da prerrogativa da Administração Pública de alterá-la, unilateralmente, com vistas a manutenção do interesse público”. Ainda, entendeu que não há que se falar em cenário de insegurança jurídica em virtude de a ANEEL ainda não ter estabelecido expressamente quais serão os padrões, uma vez tal assunto será objeto de futura

---

<sup>469</sup> ANEEL. Nota Técnica nº. 331/2015-SFF/ANEEL. Disponível em: [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/072/resultado/nt\\_331\\_2015\\_de\\_9\\_12\\_2015\\_\(ap\\_72\\_2014\).pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/072/resultado/nt_331_2015_de_9_12_2015_(ap_72_2014).pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

<sup>470</sup> ANEEL. Parecer nº. 557/2015/PFANEEL/PGF/AGU, Disponível em: [http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/492554/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_parecer%20557-2015.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/492554/RESPOSTA_PEDIDO_parecer%20557-2015.pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

regulação e deverá ser observado pelas concessionárias tal como qualquer outro tipo de norma que venha a ser editada após a assinatura do contrato de concessão.

Em janeiro de 2016, a Diretoria colegiada da ANEEL aprovou a Resolução Normativa n°. 699/2016, na qual determinou:

Art. 13. Caso optem pela realização de compartilhamento de infraestrutura e de recursos humanos, as delegatárias de distribuição de energia elétrica, em observância ao princípio da individualidade administrativa e operacional, deverão se ajustar à posterior norma da ANEEL sobre os mecanismos de governança a serem aplicados em sua organização.

Assim, a Nota Técnica n° 245/2016 apresenta proposta de regulamentação da governança corporativa, juntamente com pedido de instauração de Audiência Pública e Análise do Impacto Regulatório.

A mencionada regulamentação, como visto, encaixa-se dentro do objetivo central da governança corporativa, que é o de minimizar o conflito de agência entre os *stakeholders* envolvidos mediante o alinhamento de seus interesses. A questão é que o Estado Regulador é incluído na estrutura de conflito. Portanto, no caso especial do setor de energia elétrica, eles envolvem conflitos relacionados à sociedade como um todo (usuários/consumidores), aos distribuidores e ao governo.

Dentre os princípios de governança definidos, destacam-se:

- (i) Transparência (*disclosure*): desejo de prover informação relevante e não-confidencial de forma clara, tempestiva e precisa, incluindo as de caráter não-financeiro;
- (ii) Equidade (*fairness*): assegura a proteção dos direitos de todos os usuários da informação contábil, incluindo os acionistas minoritários e estrangeiros;
- (iii) Prestação de contas (*accountability*): os agentes devem prestar contas de seus atos administrativos, a fim de justificarem sua escolha, remuneração e desempenho;

- (iv) Responsabilidade Corporativa: os conselheiros e executivos devem zelar pela perenidade das organizações (sustentabilidade), incorporando uma visão de longo prazo;
- (v) Conformidade (*compliance*): garante que as informações preparadas pelas empresas obedeçam às leis e aos regulamentos corporativos; e
- (vi) Ética (*ethics*): deve permear todas as relações internas e externas. É uma postura essencial para não prejudicar a imagem da Companhia frente ao Mercado.

É interessante notar que várias das diretrizes endereçam pontos já mencionados, especialmente os relacionados ao *compliance* e também à ideia de sustentabilidade e visão de longo prazo, o que é importante contraponto ao *shareholder theory* e ao *short-termism*.

Do ponto de vista do monitoramento, as distribuidoras serão avaliadas em seus sistemas de governança corporativa e qualitativamente serão classificadas em nível: (i) Alto; (ii) Médio; (iii) Insuficiente; e (iv) Inelegível. Os benefícios serão alcançados pelas distribuidoras com nível de governança alto ou médio, enquanto as com classificação insuficiente terão incentivos negativos – denominados restrições. Tal iniciativa, como já visto, além de ser importante referencial para a conformação da relação entre regulador e regulado, também apresenta um grande incentivo para a conformidade, na medida em que apela para a transparência e a preocupação das empresas com a sua reputação.

A qualidade dos sistemas de governança a ser avaliada é construída por cinco dimensões:

- a) Transparência (T);
- b) Estrutura da Alta Administração (EAA);
- c) Relação de Propriedade e Controle (RPC);

- d) Controle Interno (CI); e  
e) Conformidade Regulatória (CR).

Cada uma das dimensões é formada por uma série de mecanismos e boas práticas de governança, advindos de pesquisa, e eleitos pelo Regulador como relevantes para o fortalecimento da governança e a melhoria da aderência aos normativos e prestação de informações, como se observa pelo seguinte quadro (os requisitos em negrito são obrigatórios, enquanto que os demais desejáveis):

**Tabela 5 - Mecanismos de boas práticas de governança**

Item da Dimensão	Dimensão	Mecanismo
A <sub>1</sub>	T	Políticas internas e dos regimentos dos órgãos e comitês.
A <sub>2</sub>	T	<b>Relatórios prospectivos e das informações sobre os negócios.</b>
A <sub>3</sub>	T	<b>Funcionamento da Alta Administração e do Controle.</b>
A <sub>4</sub>	T	Carta Anual de Governança Corporativa.
A <sub>5</sub>	T	Relatório Integrado ou de Sustentabilidade.
A <sub>6</sub>	T	Informações relativas a dimensão Transparência bilíngues.
A <sub>7</sub>	T	Relatório do Comitê de Auditoria Estatutário.
A <sub>8</sub>	T	Política ou prática remuneratória e dos montantes globais da remuneração dos Administradores e <i>Controllers</i>
B <sub>1</sub>	EAA	<b>Política de indicação ou requisitos mínimos para ser Administrador e Controller</b>
B <sub>2</sub>	EAA	Relatório de aderência da Proposta à Administração.
B <sub>3</sub>	EAA	Processo de avaliação anual da Alta Administração e dos Comitês de assessoramento.
B <sub>4</sub>	EAA	<b>Acúmulo de cargos na Alta Administração.</b>
B <sub>5</sub>	EAA	Existência de Conselheiro Interconectado.
B <sub>6</sub>	EAA	Prazo de mandato e reeleição para os membros do Conselho de Administração.
B <sub>7</sub>	EAA	Número de membros do Conselho de Administração.
B <sub>8</sub>	EAA	<b>Percentual de membros independentes do Conselho de Administração.</b>
B <sub>9</sub>	EAA	Treinamento sistematizado aos Administradores, por ocasião da posse e anualmente.
B <sub>10</sub>	EAA	<b>Diretrizes da política remuneratória da Alta Administração.</b>
B <sub>11</sub>	EAA	Diretor Técnico e Diretor Financeiro exclusivos.
C <sub>1</sub>	RPC	Mecanismos de proteção a minoritários.
C <sub>2</sub>	RPC	Compromisso de sigilo e de divulgação de atos e fatos relevantes.
C <sub>3</sub>	RPC	<b>Compromisso de aporte de capital pelo Controlador.</b>
D <sub>1</sub>	CI	Mecanismos formais de controle.
D <sub>2</sub>	CI	Formulação, divulgação e aplicação de Código de Conduta ou Integridade.
D <sub>3</sub>	CI	Treinamento dos colaboradores sobre o Código de Conduta ou Integridade.

D <sub>4</sub>	CI	<b>Implantação da função <i>Compliance</i> e Riscos.</b>
D <sub>5</sub>	CI	<b>Implantação da Auditoria Interna e do Comitê de Auditoria Estatutária.</b>
D <sub>6</sub>	CI	Alinhamento entre as práticas dos Controles Internos e a Política de Administração de Riscos.
D <sub>7</sub>	CI	<b>Elaboração e implementação da Política de transações com partes relacionadas.</b>
D <sub>8</sub>	CI	Atribuições do Conselho Fiscal.
E <sub>1</sub>	CR	<b>Histórico de condenações definitivas em processos punitivos.</b>
E <sub>2</sub>	CR	Envio tempestivo dos indicadores de qualidade do serviço prestado.
E <sub>3</sub>	CR	Quantidade de dados corrigidos de qualidade do serviço prestado.
E <sub>4</sub>	CR	Distorção média do dado de qualidade do serviço prestado.
E <sub>5</sub>	CR	Tempo de correção médio dos indicadores de qualidade do serviço prestado.
E <sub>6</sub>	CR	Informações relativas à Base de Dados Geográfica da Distribuidora.
E <sub>7</sub>	CR	Envio tempestivo dos dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico do serviço prestado.
E <sub>8</sub>	CR	Quantidade de dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico alterados
E <sub>9</sub>	CR	Distorção média dos dados alterados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico do serviço prestado
E <sub>10</sub>	CR	Tempo médio de alteração dos dados de Tratamento das Reclamações e do Atendimento Telefônico

**Fonte:** ANEEL

O anexo da Resolução Normativa da ANEEL n.º. 787/2017 discrimina todas as obrigações e a pontuação a ser atribuída para cada componente das dimensões, dentre as quais se destacam as seguintes:

- **Componente A2: divulgação de relatórios prospectivos e das informações sobre os negócios da distribuidora.**
  - No mínimo devem ser divulgados: (i) Estrutura organizacional de controle e de gerenciamento de riscos; (ii) Plano de Negócios; e (iii) Fatos e Atos com influência relevante sobre os negócios (publicidade, patrocínios, parcerias e convênios, critérios para alocação de recursos)
- **Componente A3: divulgação do funcionamento da Alta Administração e do Controle da distribuidora.**
  - 1 – No mínimo, o Agente deverá divulgar os seguintes itens:
  - (i) Data da instalação e efetivo funcionamento do Conselho Fiscal e dos Comitês;
  - (ii) Composição e experiência profissional da Alta Administração e do Conselho Fiscal;
  - (iii) Processo avaliativo da Alta Administração e dos Comitês;
  - (iv) Programa de Treinamento da Alta Administração e do Conselho Fiscal;
  - (v) Relatório de avaliação de implantação de melhorias e aperfeiçoamento do sistema de governança; e
  - (vi) Memória de atividades do Comitê de Auditoria e/ou Conselho Fiscal
- **Componente B1: Política de Indicação ou requisitos mínimos para ser Administrador e Controller:**
  - 1 – O documento estatutário (ou equivalente) da distribuidora deve:
  - (i) estabelecer os requisitos mínimos para indicação de administradores e membros do Conselho de Administração, da Diretoria e do Conselho Fiscal, formalizando a caracterização de um perfil mínimo desejável; ou

- (ii) determinar a elaboração de uma Política de Indicação, aprovada pelo Conselho de Administração, contemplando os requisitos do item (i).
- 2 – O perfil mínimo desejável mencionado no caput deverá contemplar, além dos requisitos legais e diretrizes fixadas para Administrador e Controllers, por profissional aplicável:
  - a) critérios mínimos para a composição global do Conselho de Administração, dentre os quais, a diversidade e complementariedade de experiências;
  - b) critérios mínimos a serem contemplados na seleção de membros do Conselho de Administração e da Diretoria, quais sejam formação acadêmica compatível com a função ou o cargo a ser exercido experiência profissional mínima exercendo função semelhante disponibilidade de tempo para desempenho da função; e
  - c) previsão de que dois terços dos membros do Conselho Fiscal sejam formados, no mínimo, por profissionais com experiência comprovada em finanças ou contabilidade.
  - d) ter um mecanismo para garantir participação de acionistas minoritários na indicação de membros do Conselho de Administração.
- **Componente B4: Vedação de acúmulo de cargos na Alta Administração da distribuidora.**
  - 1 – A distribuidora deverá prever em seu Ato Constitutivo a vedação à acumulação do Presidente do Conselho de Administração e do Diretor-Presidente da Diretoria.
  - 2 – O Agente de distribuição deve confeccionar um Relatório com o histórico dos períodos nos últimos 2(dois) anos em que os Membros do Conselho da Administração e os Diretores da Diretoria Executiva estiveram em seus cargos, destacando os seus principais líderes dos órgãos respectivamente.
- **Componente B7: Previsão estatutária do percentual de membros independentes do Conselho de Administração na distribuidora.**
  - 1 – A distribuidora deverá prever em seu Ato Constitutivo, no mínimo, um percentual de 20% (vinte e por cento) de membros independentes no Conselho de Administração.
  - 2 – A distribuidora deve apresentar um Relatório sobre as atividades desenvolvidas pelos Conselheiros Independentes nos dois últimos exercícios sociais por ocasião do processo avaliativo da ANEEL.
- **Componente B9: Política remuneratória da Alta Administração.**
  - 4 – As distribuidoras que efetuarem pagamentos a título de remuneração variável a seus administradores devem levar em conta, quanto ao montante global e à alocação da remuneração, os seguintes fatores, entre outros:
    - (i) os riscos correntes e potenciais;
    - (ii) o resultado geral da instituição, em particular o lucro recorrente realizado;
    - (iii) a capacidade de geração de fluxos de caixa;
    - (iv) o ambiente econômico em que a instituição está inserida e suas tendências; e
    - (v) as bases financeiras sustentáveis de longo prazo e ajustes nos pagamentos futuros em função dos riscos assumidos, das oscilações do custo do capital e das projeções de liquidez.
  - 5 – No pagamento de remuneração variável a administradores, devem ser considerados, no mínimo, os seguintes critérios:
    - (a) o desempenho individual;
    - (b) o desempenho da unidade de negócios;
    - (c) o desempenho da instituição como um todo; e
    - (d) a relação entre os desempenhos mencionados nos itens anteriores de (a) a (c) e os riscos assumidos.
  - 6 – A remuneração variável pode ser paga em espécie, ações, instrumentos baseados em ações ou outros ativos, em proporção que leve em conta o nível de responsabilidade e a atividade do administrador.

- (a) No mínimo 50% (cinquenta por cento) da remuneração variável deve ser paga em ações ou instrumentos baseados em ações, compatíveis com a criação de valor a longo prazo e com o horizonte de tempo do risco.
  - (b) As ações, instrumentos baseados em ações ou outros ativos utilizados para pagamento da remuneração de que trata o caput devem ser avaliados pelo valor justo.
  - (c) Para as distribuidoras que não possuam ações negociadas no mercado e que não emitam instrumentos baseados em ações, os pagamentos de que trata o item (a) devem tomar como base a variação ocorrida no valor contábil de seu patrimônio líquido, livre dos efeitos das transações realizadas com os proprietários.
  - 7 – No mínimo 40% (quarenta por cento) da remuneração variável deve ser diferida para pagamento futuro, crescendo com o nível de responsabilidade do administrador.
  - (i) O período de diferimento deve ser de, no mínimo, três anos, e estabelecido em função dos riscos e da atividade do administrador.
  - (ii) Os pagamentos devem ser efetuados de forma escalonada em parcelas proporcionais ao período de diferimento.
  - (iii) No caso de redução significativa do lucro recorrente realizado ou de ocorrência de resultado negativo da instituição ou da unidade de negócios durante o período de diferimento, as parcelas diferidas ainda não pagas devem ser revertidas proporcionalmente à redução no resultado
  - 8 – Contratos com cláusulas de pagamentos excedentes aos previstos na legislação, vinculados ao desligamento de administradores, devem ser compatíveis com a criação de valor e com a gestão de risco de longo prazo.
  - 9 – A garantia de pagamento de um valor mínimo de bônus ou de outros incentivos a administradores somente pode ocorrer em caráter excepcional, por ocasião da contratação ou transferência de administradores para outra área, cidade ou empresa do mesmo conglomerado, limitada ao primeiro ano após o fato que der origem à garantia.
  - 10 – O Conselho de Administração é responsável pela política de remuneração de administradores, devendo supervisionar o planejamento, operacionalização, controle e revisão da referida política
- **Componente C2: Compromisso de aporte de capital pelo Controlador**
- 1 – O ato constitutivo da distribuidora deve prever que o Controlador aportará recursos financeiros necessários para a manutenção do serviço público de distribuição adequado em relação a qualidade operacional e a sustentabilidade econômica e financeira.
  - (i) nascerá a obrigação de aportar capital social para a distribuidora:
  - (a) se ela, após a identificação do déficit de recursos gerador da insustentabilidade econômica e financeira e/ou do não cumprimento da qualidade operacional, não comprovar que o déficit é oriundo de desequilíbrio tarifário; e
  - (b) caso ela não apresentar de contrato de captação de recursos suficientes para suprimir o déficit – referido em (a) – em até 90 (noventa) dias de quando a Agência tomou ciência da situação de prejuízo a manutenção do serviço público.
  - (ii) a distribuidora deverá promover a chamada do aporte de capital dos acionistas/quotistas à luz da legislação regente aplicável, atentando, especialmente, para a salvaguarda dos direitos dos minoritários de modo a evitar a diluição ou assunção de controle hostil na operação.
  - 2 – O montante de recursos financeiros suficientes para manter o serviço público adequado é o necessário para atender as condições de sustentabilidade econômico e financeiras previstas no ANEXO II
  - 3 – Em caso de distribuidora com controle pulverizado, o Diretor-Presidente deverá providenciar junto aos acionistas/quotistas os recursos necessários para a

manutenção do serviço público de modo a atender as condições de sustentabilidade econômico e financeiras.

- **Componente D4: Implantação da função Compliance e Riscos na distribuidora.**
  - 1 – A distribuidora deverá implantar função de Compliance e Riscos e prevista em seu Regulamento Interno, que atenda aos seguintes requisitos de infraestrutura e topologia organizacional:
  - (i) vinculação ao Diretor-Presidente ou principal executivo, ou ao Conselho de Administração, direta ou indiretamente, por meio do Comitê de Auditoria;
  - (ii) orçamento e estrutura adequados às suas atividades e ao porte da companhia, com adequação atestada pela Auditoria Interna;
  - (iii) titular protegido por mecanismos de independência como, por exemplo, destituição apenas pelo Conselho de Administração; e
  - (iv) vedação à acumulação com funções operacionais.
- **Componente D5: Implantação da Auditoria Interna.**
  - 1 – A Auditoria Interna deverá ser estruturada e possuir as seguintes atribuições:
    - (i) ser vinculada diretamente ao Conselho de Administração ou ao Comitê de Auditoria, ao qual se reportará;
    - (ii) dispor de titular protegido por mecanismos de independência como, por exemplo, destituição apenas pelo Conselho de Administração;
    - (iii) dispor de estrutura e orçamento suficientes ao desempenho de suas funções, com adequação atestada pelo Conselho de Administração ou Comitê de Auditoria ao menos uma vez ao ano; e
    - (iv) ser responsável por promover, por meio de abordagem sistemática e disciplinada, a avaliação e testes das atividades de controle da distribuidora, permitindo ao Conselho de Administração, ao Comitê de Auditoria, à Diretoria e ao Conselho Fiscal aferir a adequação dos controles internos e governança, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos, o cumprimento de normas e regimentos e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, registro e divulgação de eventos e transações com vistas ao preparo de demonstrações financeiras.
  - 2 – Alternativamente à constituição de área própria de auditoria interna, a distribuidora poderá contratar auditor independente registrado na CVM, responsável por essa função.
- **Componente D6: Implantação do Comitê de Auditoria, Estatutário ou Não Estatutário**
  - (I) Se Estatutário:
    - a) constituído e ter suas atribuições em conformidade com a Instrução CVM nº 308/1999;
    - b) composto por pelo menos um membro independente do Conselho de Administração; e
    - c) coordenado por Conselheiro Independente, nos termos da definição do Capítulo II da norma.
  - (II) Se não Estatutário:
    - a) Ser órgão de assessoramento vinculado ao Conselho de Administração da distribuidora, com autonomia operacional e orçamento próprio aprovado pelo Conselho de Administração, destinado a cobrir despesas com seu funcionamento;
    - b) Possuir regimento interno próprio, aprovado pelo Conselho de Administração, que preveja
      - detalhadamente suas funções, bem como seus procedimentos operacionais;
      - c) Ter coordenador, cujas atividades devem estar definidas no regimento interno;
      - d) Ser responsável por:
        - 1 – opinar na contratação e destituição dos serviços de auditoria independente;
        - 2 – avaliar as informações trimestrais, demonstrações intermediárias e demonstrações

- financeiras;
- 3 – acompanhar as atividades da auditoria interna e da área de controles internos da distribuidora;
- distribuidora;
- 4 – avaliar e monitorar as exposições de risco da distribuidora;
- 5 – avaliar, monitorar e recomendar à administração a correção ou aprimoramento das políticas internas da distribuidora, incluindo a política de transações entre partes relacionadas; e
- 6 – possuir meios para recepção e tratamento de informações acerca do descumprimento de dispositivos legais e normativos aplicáveis à distribuidora, além de regulamentos e códigos internos, inclusive com previsão de procedimentos específicos para proteção do prestador e da confidencialidade da informação.
- e) Ser composto por, no mínimo, 3 (três) membros, sendo que:
  - 1 – ao menos (um) deles deve ser conselheiro independente da distribuidora, conforme definição 296constant deste regulamento;
  - 2 – ao menos 1 (um) deles deve ter reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária, nos termos da regulamentação editada pela CVM que dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários e define os deveres e as responsabilidades dos administradores das entidades auditadas no relacionamento com os auditores independentes; e
  - 3 – o mesmo membro do comitê de auditoria poderá acumular as duas características previstas nos itens 1 e 2 anteriores.
- 2 – A distribuidora deve divulgar, anualmente, relatório resumido do comitê de auditoria contemplando as reuniões realizadas e os principais assuntos discutidos, e destacando as recomendações feitas pelo comitê ao Conselho de Administração da distribuidora.
- 3 – O comitê de auditoria não estatutário deve informar suas atividades trimestralmente ao Conselho de Administração da distribuidora, sendo que a ata da reunião do Conselho de Administração deverá ser divulgada, indicando o mencionado reporte.
- 4 – É vedada a participação, como membros do comitê de auditoria da distribuidora, estatutário ou não estatutário, de seus diretores, de diretores de suas controladas, de sus acionista controlador, de coligadas ou sociedades sob controle comum.

Cada um dos eixos abre margem para importantes soluções. A transparência, por exemplo, permite a publicização dos esforços e mecanismos de assegurar os objetivos da companhia, inclusive os de natureza regulatória. As soluções estruturais asseguram a independência e a eficiência dos gestores, aqui considerados controladores e também administradores, assim como os comitês de assessoramento passam a ter importante papel para a tomada de decisões com a devida independência.

Os mecanismos de proteção a minoritários dizem respeito, na verdade, à tutela do mercado de capitais, incluindo os potenciais investidores, em relação ao qual a divulgação e publicização de informações a respeito de *compliance* e cumprimento de metas regulatórias podem ser importantes. Na administração de riscos e supervisão, tem-se as medidas de controle, incluindo as soluções organizacionais relacionadas à auditoria e ao comitê estatutário, deixando-se claro que metas regulatórias fazem parte da gestão e da respectiva fiscalização.

Até a política de investimentos e a remuneração de administradores passa a estar condicionada, de certa forma, ao cumprimento de tais metas, sendo interessante a determinação de que no mínimo 50% (cinquenta por cento) da remuneração variável deve ser paga em ações ou instrumentos baseados em ações, compatíveis com a criação de valor a longo prazo e com o horizonte de tempo do risco.

Este último item é particularmente interessante pois procura internalizar as metas regulatórias na organização empresarial, a fim de criar um alinhamento de objetivos. Está relacionado a todos os itens anteriores, podendo ser conectado especialmente com as dimensões informacionais, de proteções internas e de soluções de controle. A ideia é que metas regulatórias, como indicativos da sustentabilidade da companhia a médio e a longo prazo, (i) sejam informações divulgadas amplamente ao mercado, a fim de orientar a decisão dos investidores; (ii) façam parte claramente do interesse social a ser buscado por gestores e também do núcleo de proteção a minoritários; e (iii) façam parte da avaliação do risco, a fim de ensejar soluções comportamentais e organizacionais que sejam compatíveis com tais metas.

Outra vantagem da solução adotada pela ANEEL é envolver a criação de *standards* quantitativos para a devida avaliação e monitoramento das companhias: o Índice Agregado de Governança Corporativa Clássica (GCC) e o

Índice de Governança Corporativa Regulatória, cujas metodologias de cálculo constam do Anexo I da Resolução Normativa<sup>471</sup>.

A distribuidora também poderá optar em substituir a avaliação do GCC pela pontuação pré-estabelecida trazida pelo ANEXO I em função de dispor de certificação de nível de Governança obtida na listagem do Novo Mercado ou Programa Destaque de Estatais da B3.

Depois disso, tem-se os parâmetros condicionais (qualitativos) que são dois: o cumprimento dos mecanismos obrigatórios e os relacionados a qualidade da prestação do serviço (produto finalístico e comercial).

Acerca do primeiro, todos os mecanismos classificados como obrigatórios devem ter a pontuação máxima atingida pela distribuidora para ter acesso aos benefícios. Já a qualidade da prestação do serviço deve proporcionar uma variação não-positiva de Q (atinentes a qualidade) resultante dos parâmetros: DEC e FEC (indicadores de continuidade do serviço) – produto técnico – e INS, IAb e ICO (Teleatendimento), FER (Reclamações) e IASC (Índice ANEEL de Satisfação dos Consumidores) – comerciais – analogamente como descrito no processo de revisão tarifária.

Em resumo:

---

<sup>471</sup> Genericamente, a forma construtiva da pontuação e do índice de uma dimensão, pode ser exemplificada como:

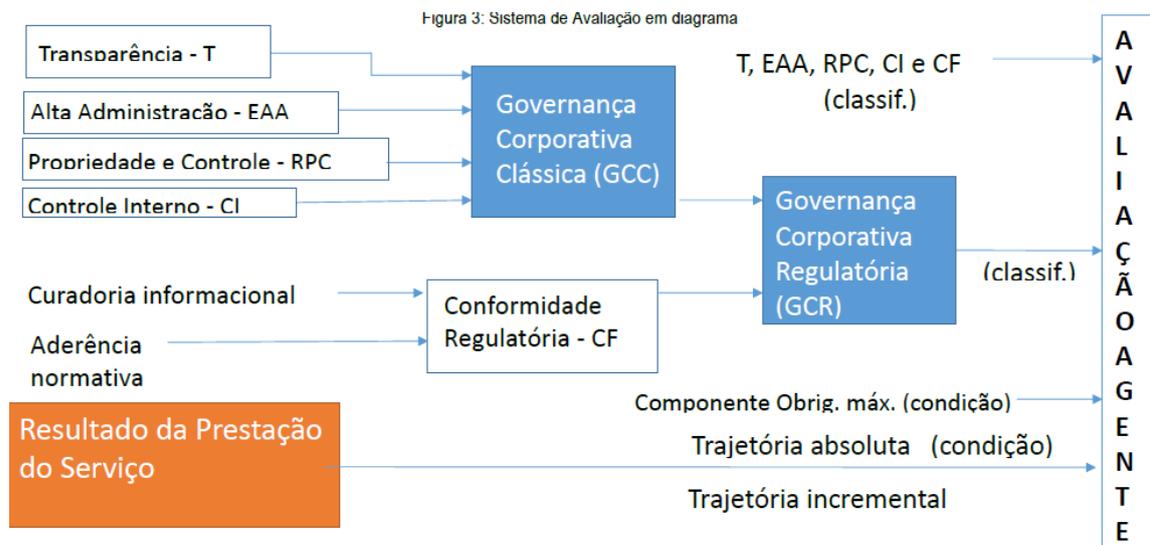
Seja a dimensão i, com a sua pontuação (D<sub>i</sub>) e o índice percentual (I<sub>i</sub>) dados pelas seguintes fórmulas:

$$D_i = \sum_{j=1}^{m_i} A_j$$

$$I_i = \frac{D_i \cdot 100 (\%)}{\text{máx}\{D_i\}}$$

Sendo: A<sub>j</sub>: a pontuação obtida pelo j-ésimo componente da dimensão i;  
m<sub>i</sub>: número de componentes da dimensão i; e  
máx{D<sub>i</sub>}: a máxima pontuação possível de D<sub>i</sub>.

Figura 16 - Mecanismos de governança da ANEEL



Nível	Incentivo
Alto	Processos dependentes de anuências prévias ao nível mínimo.
Médio	Dispensas de anuências prévias adicionais ao previsto no regulamento vigente.
Insuficiente	Frequência maior de fiscalizações <i>in loco</i> e ampliação das obrigações informacionais.

Fonte: ANEEL

É previsto também processo administrativo de classificação – mediante a provocação da Concessionária Interessada, a partir do fim do prazo de adaptação de dois anos (durante o período de adaptação das Concessionárias, a classificação do nível de governança será: “sem avaliação”), que deverá encaminhar ou disponibilizar os dados e documentos necessários.

- Avaliação inicial – primeira após o período de adaptação de quatro anos<sup>472</sup>
- Periódica (ordinária) – a ser repetida após o fim do período tarifário em que se realizou a avaliação anterior (inicial ou ordinária), tomando por base os dois anos anteriores
- Reavaliação extraordinária – durante o período entre avaliações, por iniciativa da Agência (a qualquer tempo) ou por provocação

<sup>472</sup> Cabe salientar que, na sua versão original, a Resolução previa prazo de dois anos, dilatado para quatro por ocasião da edição da Resolução Normativa 907, de 15 de dezembro de 2020.

da Concessionária interessada (a partir do interstício de um ano da avaliação).

Caso a distribuidora se mantenha com um nível de governança insuficiente por dois ciclos avaliativos, combinado ao descumprimento das condições de sustentabilidade econômica e financeira (ANEXO II) ou das metas de qualidade do serviço serão consideradas práticas negativas ou omissivas reiteradas da Alta Administração da Concessionária que tem o condão de prejudicar o serviço público ou deteriorar as condições econômicas e financeiras da Concessão em um futuro próximo e poderão gerar ações gradativas da ANEEL para mitigar o risco de operacionalização do serviço a saber: (i) Comunicação a órgão ou entidade competente encaminhando relatório com o teor das práticas e avaliação do nível de governança e riscos de falta de sustentabilidade e de macula a operacionalização do serviço concedido; e (ii) Início da instrução do processo de intervenção administrativa.

Vê-se, portanto, que o objetivo é avaliar o todo, o comportamento, sempre com vistas à correta execução do serviço. O aspecto sancionatório torna-se o menos importante. Observe-se, ainda, que o caráter abrangente dos critérios acima indicados concede à agência um alto grau de adaptabilidade na fiscalização, com a possibilidade de verificar-se a conformidade regulatória a partir das possibilidades materiais de *compliance* de cada agente diante de sua estrutura. Tal característica mostra-se especialmente importante no âmbito da ANAC, na medida em que a fiscalização regulatória pode tanto ter por objeto a conduta de grandes sociedades empresárias de capital aberto até pequenas empresas que desempenhem atividades no setor de aviação civil, assim merecendo especial atenção também quanto aos parâmetros que se lhes aplicam.

O exemplo da ANEEL, assim, não somente pode como deve ser replicado por agências reguladoras que, como a ANAC, enfrentam os mesmos problemas. Observe-se, aliás, que, como recentemente noticiou a ANEEL, em *peer review* realizado pela OCDE a entidade transnacional concluiu “que a ANEEL está a um

passo de se tornar um regulador de referência mundial, destacando o foco na transparência dos processos e a sólida base técnica da Agência como importantes ferramentas para as tomadas de decisão”<sup>473</sup>.

Nota-se, assim, que o modelo regulatório adotado pela ANEEL vem sendo amplamente reconhecido, tendo como um de seus principais méritos a transparência e a previsibilidade quanto aos critérios de fiscalização. Mesmo que sejam necessárias as devidas adaptações, observa-se que o modelo já existente foi bem construído e guarda compatibilidade com os pressupostos e diretrizes da correção, do *compliance* e da governança corporativa.

## 2.5. A preocupação com a racionalidade econômica e com os benefícios diretos decorrentes dos programas de *compliance*

Por mais que o *compliance* envolva a adoção de comportamentos pelos agentes empresariais em razão do valor e da adesão voluntárias às normas respectivas, não se pode ignorar que a racionalidade empresarial também busca sempre os benefícios imediatos. Daí por que as soluções do *compliance*, embora devam transcender à racionalidade neoclássica, não podem dela se descolar totalmente, sendo importante que também se justifiquem, dentro do possível, à luz do cálculo econômico de custo-benefício.

Por essa razão, é muito importante que o Estado Regulador ofereça às empresas os devidos incentivos para que a adoção de programas de *compliance* decorra igualmente dos benefícios econômicos imediatos. Por isso, especial atenção deve ser dada a dois pontos: (i) os desdobramentos de um bom programa

---

<sup>473</sup> ANEEL. Aneel a um passo de se tornar regulador de referência mundial, conclui OCDE. Disponível em: [https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset\\_publisher/XGPXSqdmFHRrE/content/aneel-a-um-passo-de-se-tornar-regulador-de-referencia-mundial-conclui-ocde/656877?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fsala-de-imprensa-exibicao%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_XGPXSqdmFHRrE%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D3](https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdmFHRrE/content/aneel-a-um-passo-de-se-tornar-regulador-de-referencia-mundial-conclui-ocde/656877?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fsala-de-imprensa-exibicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_XGPXSqdmFHRrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3). Acesso em: 25 abr. 2021.

sobre a imposição de sanções às empresas; e (ii) a correta apresentação dos efeitos dos programas de *compliance*, a fim de que a sua adesão também possa decorrer de uma decisão fundada na racionalidade econômica.

### **2.5.1. Reflexos dos programas de *compliance* sobre a responsabilidade das empresas na seara administrativa: busca de maior racionalidade para a imposição de sanções às empresas**

Um ponto determinante para a maior eficácia ou não de programas de *compliance* é a sua repercussão sobre a imputabilidade penal e administrativa das pessoas jurídicas.

Preliminarmente, é importante esclarecer que o fato de o legislador brasileiro ter optado por se utilizar da aplicação de sanções administrativas às pessoas jurídicas não afasta a natureza punitiva de várias das sanções previstas na legislação setorial, nas Leis Antitruste e Anticorrupção. Estas pertencem indubitavelmente ao Direito Administrativo Sancionador, da mesma forma que a Lei de Improbidade Administrativa<sup>474</sup>.

Diante da problemática anunciada – como justificar a responsabilidade da pessoa jurídica para fins punitivos –, há basicamente duas opções: ou se pune a pessoa jurídica por fato próprio ou se pune a pessoa jurídica por fato de seus administradores ou representantes.

Na primeira hipótese, o fundamento para a punição não é a imputação à pessoa jurídica de um ato de administrador ou de representante, mas sim a constatação de uma falha de organização que possibilitou que as pessoas naturais em comento pudessem praticar aquele ilícito em nome da pessoa jurídica. Assim, busca-se criar um sistema específico de culpabilidade da pessoa jurídica, no qual

---

<sup>474</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio. O Princípio da Culpabilidade e a Improbidade Administrativa na Lei 8.429/92. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. (Org.). Estudos sobre Improbidade Administrativa. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. VI, p. 159-170.

existiria responsabilidade por fato próprio em razão de vício organizativo consistente na ausência de prevenção da conduta ilícita.

Tal alternativa é bem explicada por Günther Heine, segundo o qual sistema de culpabilidade por organização deficiente supera o problema da irresponsabilidade individual estrutural e organizada, podendo ser aplicado desde que se estabeleçam requisitos específicos para a imputação da pessoa jurídica<sup>475</sup>. Sob esse prisma, uma das circunstâncias importantes a ser analisada é a existência dos devidos cuidados para a prevenção do ilícito, de modo a demonstrar que a pessoa jurídica envidou todos os esforços para impedir – ou inclusive remediar – a conduta delituosa<sup>476</sup>.

É importante destacar que a referida proposta envolve a adaptação das categorias da dogmática penal clássica, sobretudo do próprio conceito de culpabilidade, o qual, em se tratando de ilícitos praticados por pessoas jurídicas, passa a estar baseado na detecção de um defeito de organização, consistente na omissão, por parte de seus órgãos ou representantes, no controle e na prevenção de infrações decorrentes de suas atividades. Logo, diante de um ilícito corporativo, a comprovação da existência do defeito de organização seria suficiente para a responsabilização da pessoa jurídica na seara punitiva, independentemente da conduta individual que deu origem ao fato<sup>477</sup>.

Como se pode observar, a abordagem ora descrita adota critério de aferição da culpabilidade da pessoa jurídica que diz respeito ao domínio funcional-sistemático da organização, o que faz com que a reprovabilidade da conduta seja constatada a partir da violação dos deveres de cuidado para prevenir e remediar

---

<sup>475</sup> HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución histórica y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madrid: Grijley, 1997, p. 19-45. p. 28

<sup>476</sup> HEINE. Op. cit. p. 39.

<sup>477</sup> CUESTA, J. L. Una “nueva” línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas. In: MESSUTI, A., SANPEDRO ARRUBLA, J. A. La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: Editorial Universidad 2001, p. 65-80. p. 72.

ilícitos<sup>478 479</sup>. Assim, pune-se a pessoa jurídica porque se entende que a lesão aos bens jurídicos decorreu da ausência de organização correta dos seus processos de produção<sup>480</sup>, caso em que a pessoa jurídica se torna uma espécie de garante, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal brasileiro<sup>481</sup>.

Nesse contexto, é significativo o papel dos programas de *compliance*, já que a existência de um bom programa pode afastar o defeito de organização e, conseqüentemente, a responsabilidade da pessoa jurídica. De fato, o papel da autorregulação não se mostra como um mero instrumento aditivo de dever de garantia, mas sim de fundamentação da responsabilidade da pessoa jurídica no

---

<sup>478</sup> HEINE. Op. cit. p. 43.

<sup>479</sup> O Código Penal australiano prevê um sistema nesses moldes ao determinar que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas criminalmente se ficar comprovada a existência de uma cultura corporativa que encoraje ou tolere determinadas condutas. A empresa é considerada culpada pela legislação penal australiana, ainda, se ficar comprovado que a pessoa jurídica não dispunha de uma cultura corporativa que estivesse de acordo com a lei (*proving that the body corporate failed to create and maintain a corporate culture that required compliance with the relevant provision*). Part. 2.5, Division 12, 12.3, (2), (d), do Código Penal australiano (emenda de 2001).

<sup>480</sup> MARTÍN, Adán Nieto. La responsabilidad penal de las persnas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. Nueva doctrina penal. n.1, p.125-159, 2008. p. 135. Adán Nieto Martín adiciona ao modelo de culpabilidade por defeito de organização a responsabilidade subsidiária derivada da não identificação ou da inexistência da responsabilidade individual. É esse o caso da lei penal suíça, que dispõe em seu art. 102: “Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus”. Tradução livre: Um crime ou um delito cometido no âmbito de uma empresa no exercício de atividades comerciais conformes a seus propósitos é imputado à empresa se não puder ser imputado a nenhuma pessoa física determinada em razão do defeito de organização da empresa. Nesse caso, a empresa é punida por multa de no máximo cinco milhões de francos. O autor reconhece, entretanto, a hipótese de culpabilidade em decorrência do “caráter” da pessoa jurídica, o que se configuraria quando a organização empresarial se desviasse de um modelo ideal de atuação. Trata-se, nesse segundo caso, de um transplante da ideia de “direito penal do autor” para o âmbito das pessoas jurídicas, a fim de que estas adotem determinados padrões de comportamento (MARTÍN. Op. cit. p. 135). Em sentido semelhante, Braithwaite e Fisse tratam da culpabilidade da pessoa jurídica a partir da culpa empresarial reativa (*reactive corporate fault*), que pode ser definida como a deficiência injustificada na tomada de medidas preventivas ou corretivas por parte da empresa FISSE, Brent. BRAITHWAITE, John. Corporations, crime and accountability. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1993. p. 48.

<sup>481</sup> Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...)

§ 2 – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

âmbito punitivo, conclusão que não se restringe necessariamente ao âmbito penal<sup>482</sup>.

Se não há defeito de organização, responderá na esfera punitiva somente a pessoa natural, sem prejuízo de que a pessoa jurídica responda, de forma objetiva e solidária, pelo ressarcimento de eventuais danos no âmbito da responsabilidade civil.

Institui-se, portanto, um duplo juízo para efeitos punitivos, em que todas as pessoas envolvidas respondem por ato e culpabilidade próprios, motivo pelo qual há total sintonia com as garantias constitucionais inerentes ao exercício do poder punitivo estatal: (i) as pessoas naturais que agem em nome da pessoa jurídica respondem pelos ilícitos praticados nessa qualidade; e (ii) as pessoas jurídicas respondem pelo ilícito organizacional – não terem criado uma organização idônea para prevenir e remediar adequadamente tais ilícitos.

Com isso, tem-se fundamento a mais para justificar a não aplicação da sanção nos casos nos quais não se observa nenhum defeito de organização. Tal solução é bastante distinta da que hoje é aplicada no direito brasileiro, a partir da compreensão da responsabilidade da pessoa jurídica por fato de “terceiro”<sup>483</sup>, com base na reprovabilidade dos atos dos órgãos ou das pessoas naturais que a apresentam ou representam. Ao contrário do primeiro modelo, que propõe critérios próprios de culpabilidade da pessoa jurídica, o segundo modelo acaba baseando-se na culpabilidade das pessoas naturais que agem em nome da pessoa jurídica, imputando a esta, de forma automática, a conduta daquelas.

Tal alternativa não deixa de ser uma aplicação de um tipo específico de responsabilidade objetiva que é muito comum no direito privado: a

---

<sup>482</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

<sup>483</sup> Admite-se que os administradores, ao apresentarem a pessoa jurídica, não são propriamente terceiros. Porém, como se esclarecerá adiante, tal circunstância não afastará as distinções entre as duas teorias, pois o que importa é que a culpabilidade da pessoa jurídica está sendo analisada de acordo com a culpabilidade do seu administrador e não de acordo com um critério próprio. Por outro lado, a teoria do defeito de organização não considera a apresentação como um mero dado, perquirindo sobre o contexto em que esta se deu, diante de um sistema organizacional que pode ser mais ou menos propício à ocorrência de ilícitos.

responsabilidade do preponente ou empregador por ato de seu preposto ou empregado, o que se chama no direito anglo-saxão de *vicarious liability*. A base de tal teoria é o princípio “*let the superior answer*” desde que o agente (*agent*) esteja agindo em nome do principal (*principal*) e em benefício deste<sup>484</sup>.

Dessa maneira, havendo um ato ilícito praticado por presentante ou representante da pessoa jurídica, este é automaticamente imputado a ela, desde que a ação da pessoa natural tenha sido nesta condição e com o fim de beneficiar a pessoa jurídica. A eventual existência de um bom programa de *compliance*, o fato de a pessoa jurídica ter feito todo o possível para evitar o ilícito e a inexistência de um defeito de organização não afastam a responsabilidade desta, podendo, na melhor das hipóteses, atenuá-la com a redução da pena<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> Kenneth S. Abraham (*The forms and functions of Tort Law*. New York: Foundation Express, 2007, pp. 190-192) mostra que há duas exigências para a aplicação da teoria, uma vez que há limites para a capacidade do empregador controlar a conduta de seus empregados: a condição de empregado da pessoa jurídica e a condição de estar agindo no escopo desta relação de emprego.

<sup>485</sup> É por essa razão que Silveira e Saad-Diniz apontam que, além da teoria do defeito de organização, há ainda duas outras respostas no direito comparado para justificar a a imputação à pessoa jurídica dos atos de seus administradores ou representantes: (i) o sistema vicariante ou de transferência de responsabilidade (*vicarious theory*) e (ii) e o sistema misto, no qual a ausência de defeito de organização seria uma atenuante da pena, mas jamais uma excludente de responsabilidade (SILVEIRA; SAAD-DINIZ. Op. cit. p. 107).

Esse juízo de imputação automática<sup>486</sup> de fato pode ser muito adequado para o direito privado<sup>487</sup>, diante do caráter eminentemente patrimonial das discussões ali travadas, da importância da boa-fé objetiva no que diz respeito à teoria da aparência e do fato de a responsabilidade objetiva ter como fundamentos, dentre outros, a equidade, o risco e a socialização dos danos. Aliás, não é por outra razão que a *vicarious theory* aplica-se precipuamente aos casos de responsabilidade civil, de que é exemplo o art. 932, do Código Civil.

A discussão é saber em que medida a referida teoria pode ser aplicada também no âmbito do direito punitivo, já que os motivos que justificam a pena são muito distintos daqueles que justificam o ressarcimento de danos. Nesse sentido, aplicar ao direito punitivo uma imputação automática que nada esclarece sobre a reprovabilidade que justificaria a punição da pessoa jurídica pode ser algo

---

<sup>486</sup> De fato, como ensina Pontes de Miranda, os administradores apresentam a vontade da pessoa jurídica. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XLIX. Campinas: Bookseller, 2000. p. 94. No caso dos administradores, portanto, a vinculação à pessoa jurídica é direta, pois se trata da própria vontade desta sendo manifestada. Não há vontade da pessoa jurídica que não seja aquela manifestada por seus administradores, motivo pelo qual, pelos atos destes, a pessoa jurídica responde por ato próprio. O que precisa ser ressaltado é que a atribuição dos atos dos administradores às pessoas jurídicas não decorre propriamente da responsabilidade objetiva das segundas pelos primeiros – não há propriamente duas “vontades” nesse caso –, mas de mero juízo de imputação. Por essa razão, Ascensão deixa claro que, em razão da relação de organicidade, os atos dos administradores são objetivamente imputados à pessoa jurídica. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. pp. 271-272. Por isso, o direito estrangeiro tem farta doutrina no sentido de que, da teoria orgânica, decorre que os ilícitos praticados pelos administradores são considerados como atos da pessoa jurídica desde o seu início. Cf. CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Tomo I. Volume I. Tradução de Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1960, p. 728; ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2004, p. 299), GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2004, p. 84; ASCENSÃO, Op. cit., p. 275) No que diz respeito aos empregados e prepostos, que correspondem aos chamados representantes internos, os arts. 932, III, c/c o 933, do Código Civil, prevêm a responsabilidade objetiva do empregador, pessoa jurídica ou não, pelos atos dos empregados, serviços ou prepostos. Já a disciplina mais específica dos arts. 1.169 a 1.178, do Código Civil, que tratam da responsabilidade da pessoa jurídica por atos de prepostos e gerentes de sociedades empresárias, mostram em que situações tais pessoas vinculam ou não a pessoa jurídica. Basta lembrar que, de acordo com a regra do art. 1.169, "o preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder pessoalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas."

<sup>487</sup> Para maiores informações sobre o tema, ver FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades limitadas. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro (Coord.). *Sociedade Limitada Contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 171-173.

incompatível com as garantias constitucionais que se aplicam a qualquer exercício de poder punitivo estatal.

Imagine-se a hipótese de uma pessoa jurídica que tenha feito todo o possível para, por meio da sua estrutura organizacional, evitar o ilícito, e que, exatamente em razão da sua vigilância e constante monitoramento, foi a primeira a identificar o ilícito praticado por um de seus empregados e o fez de forma rápida e eficaz, tomando todas as providências para remediar o problema, inclusive se reportando às autoridades competentes para as devidas providências. Qual seria o motivo para apenar uma pessoa jurídica que procedesse dessa maneira? Ora, como se sabe, o dever de cuidado é um dever de meio e não de fim, motivo pelo qual o simples fato de haver um ilícito não quer dizer que a pessoa jurídica tenha violado o seu dever de cuidado e agido de forma reprovável.

Como já se antecipou, a *vicarious liability* envolve, na verdade, uma imputação automática, desde que o administrador ou representante tenha agido em nome da pessoa jurídica e em proveito desta<sup>488</sup>. Logo, no âmbito da responsabilidade criminal ou administrativa empresarial, é necessário que o empregado ou representante ao menos tenha tido a intenção de beneficiar a pessoa jurídica à qual está subordinado.<sup>489</sup>

Desde que atendido tal requisito, a imputação ocorrerá, independentemente de qualquer defeito de organização ou de qualquer reprovabilidade que possa ser atribuída à pessoa jurídica. Na verdade, a *vicarious liability* adota um sistema de

---

<sup>488</sup> Verdade seja dita que, em certos casos, como violência no ambiente de trabalho, a *vicarious theory* é aplicada sem a exigência de requisito da ação em benefício da empresa, bastando que o indivíduo esteja subordinado à pessoa jurídica e que esteja agindo dentro de suas atribuições. Cf. ELSÉN, Whitney. Workplace Violence: Vicarious Liability and Negligence Theories as a Two-Fisted Approach to Employer Liability. Is Louisiana Clinging to an Outmoded Theory? Louisiana Law Review. v. 62, n. 897, 2002. É também nesse sentido, sem considerar o requisito da ação em benefício da pessoa jurídica, que a *vicarious* operava em sua origem no Direito Romano, quando o senhor era responsável pelos atos ilícitos cometidos por seus escravos. ZIMMERMAN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Joanesburgo: Juta & Co, 1992, p. 1118.

<sup>489</sup> É compreensão sedimentada na jurisprudência norte-americana que não é necessário que a empresa de fato seja beneficiada, bastando a intenção do agente de beneficiar a pessoa jurídica em questão. Tal foi a compreensão do caso United States v. Carter, 311 F.2d 934, julgado pelo Sexto Circuito Federal dos Estados Unidos.

heterorresponsabilidade, transferindo a responsabilidade individual do presentante ou representante que pratica ato em benefício da empresa à própria empresa<sup>490</sup>.

Diante da sua excessiva rigidez no âmbito do direito punitivo, autores como Joshua Greenberg e Ellen Brotman sustentam que a *vicarious liability* deveria ser flexibilizada em algumas circunstâncias, inclusive em nome da preservação da empresa, sob o fundamento de que não teria cabimento punir a pessoa jurídica que tivesse tomado todas as medidas necessárias para a prevenção dos ilícitos<sup>491</sup>. No mesmo sentido, Attila Ataner enfatiza a necessidade de haver alguma falha ou defeito na conduta do próprio empregador para que possa haver a imputação automática consideração da reprovabilidade da conduta no juízo de imputação realizado para a configuração da *vicarious liability*.

Alan Sykes chega a sugerir, no âmbito penal, o que chama de *vicarious liability based on negligence* como alternativa à *vicarious* compreendida como responsabilidade objetiva (*strict liability*), de forma que apenas haveria a responsabilidade da pessoa jurídica quando comprovado que ela não empregou os devidos recursos para a redução da possibilidade de ocorrência de ilícitos<sup>492</sup>.

Tais tentativas de adaptação da *vicarious theory*, especialmente no âmbito punitivo, acabam aproximando-a, senão igualando-a, à teoria do defeito de organização, o que ressalta a importância da reflexão que esta última propõe no cenário atual. Entretanto, a reflexão em torno das adaptações da *vicarious theory* para o direito punitivo ainda são incipientes, motivo pelo qual ainda prevalece a ideia de uma imputação automática e com poucas defesas, salvo a ausência de representatividade do agente ou de interesse ou benefício da pessoa jurídica.

---

<sup>490</sup> SILVEIRA; SAAD-DINIZ. Op. cit. p. 109.

<sup>491</sup> GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Ellen C. Reducing corporate criminality: evaluating department of justice policy on the prosecution of business organizations and options for reform: article: strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. *American Criminal Law Review*. v. 51, n.79, 2014.

<sup>492</sup> SYKES, Alan O. The boundaries of vicarious liability: an economic analysis of the scope of employment rule and related legal doctrines. *Harvard Law Review*. v. 101, n. 563, p. 563-609,1988 p. 577.

Daí por que se pode afirmar que, no âmbito do direito punitivo, a *vicarious theory* apresenta muitas deficiências. Não obstante, as leis administrativas setoriais, as Leis Anticorrupção e Antitruste não adotam, como fundamento da responsabilidade das pessoas jurídicas, uma noção própria de culpabilidade, mas sim a existência de atos praticados por seus órgãos, administradores e representantes. Dessa maneira, optam claramente por um **sistema de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica**.

Dessa maneira, **não se vem acolhendo a culpabilidade da pessoa jurídica a partir do defeito de organização**; por mais que a pessoa jurídica tenha envidado esforços para evitar o ilícito, tal circunstância jamais será idônea para afastar a imputação, podendo, na melhor das hipóteses, servir como atenuante para a punição da pessoa jurídica.

Perde-se, portanto, um excelente incentivo para que as empresas dediquem esforços para implementarem um bom programa de compliance, pois jamais terão a contrapartida que seria considerada o incentivo ideal para tal: a inexistência de punição caso não houvesse o defeito de organização. Daí por que, na seara da prevenção aos atos de corrupção, a importância de programas de *compliance* no direito comparado chega a ponto de afastar a própria responsabilidade da pessoa jurídica, como é o caso do *Bribery Act* inglês, que assim prevê:

A commercial organisation will be liable to prosecution if a person associated with it bribes another person intending to obtain or retain business or an advantage in the conduct of business for that organisation. As set out above, **the commercial organisation will have a full defence if it can show that despite a particular case of bribery it nevertheless had adequate procedures in place to prevent persons associated with it from bribing**. In accordance with established case law, the standard of proof which the commercial organisation would need

to discharge in order to prove the defence, in the event it was prosecuted, is the balance of probabilities<sup>493</sup>.

Por outro lado, mantidos os pressupostos da imputação automática ou da *vicarious theory*, os programas de compliance acabam tendo importância reduzida do ponto de vista dos incentivos, porque jamais afastariam a imputação e somente poderiam ser considerados, na melhor das hipóteses, como atenuantes e/ou fatores de diminuição da pena.

Ao assim fazer, nem se propiciam os adequados incentivos para a adoção dos programas de compliance nem se oferece um critério realmente idôneo a resolver as complexas questões de culpabilidade da pessoa jurídica no âmbito punitivo, como aponta Klaus Tiedemann:

Las dificultades dogmáticas tradicionales para acoger plenamente la criminalidad de las agrupaciones se originan en el contenido de las nociones fundamentales de la doctrina penal: acción, culpabilidad, capacidad penal. A primera vista, la acción siempre está ligada, en derecho penal, al comportamiento humano y la culpabilidad o culpa constituye un reproche ético o moral humano que estaría excluido en el caso de las agrupaciones. Estas no podrían ser, además, las destinatarias o sujetos pasivos de penas criminales con finalidad a la vez preventiva como retributiva. Estas dificultades son evidentemente mucho menos graves cuando sólo se prevén sanciones medio o cuasi penales y no verdaderas

---

<sup>493</sup> Tradução livre: Uma organização comercial será suscetível a persecução criminal se uma pessoa a ela associada subornar outra pessoa no intuito de obter ou reter negócios ou uma vantagem na condução de negócios para aquela organização. Como disposto acima, a organização comercial terá uma defesa completa se mostrar que a despeito de um caso particular de suborno ela dispunha de procedimentos adequados para a prevenção de suborno por parte das pessoas a si associadas. De acordo com precedentes estabelecidos, o padrão de provas que a organização comercial precisaria desqualificar para construir sua defesa, na ocasião de sua imputação, será o balanço de probabilidades.

penas respecto a las agrupaciones. En ese caso, las categorías y principios penales pueden ser flexibilizados o ampliados<sup>494</sup>.

Não obstante, a regulação responsiva e o papel que ela atribui à punição pode ser uma excelente alternativa para contornar as deficiências de sistemas que, como o brasileiro, não apresentam maior clareza sobre os critérios próprios de reprovabilidade das pessoas jurídicas. Com efeito, como a sanção encontra-se apenas no ápice da pirâmide regulatória, pode-se considerar que ela apenas será aplicada quando falharem os programas de compliance, de modo a evidenciar a existência de defeito de organização.

Na ausência de estrutura normativa que seja transparente quanto às consequências da adoção de um programa de *compliance* efetivo, as pessoas jurídicas terão pouco incentivos para investir em estratégias robustas de conformidade – que demandam tempo, dinheiro e muito trabalho, até porque são permanentes e dinâmicos –, de sorte que não haveria sequer cabimento em adotar todas as medidas cabíveis para prevenir, identificar e comunicar infrações de maneira rápida e eficiente se o sujeito ainda assim será punido (ainda que com determinadas atenuantes)<sup>495</sup>.

É por essa razão que lastrear a responsabilidade das pessoas jurídicas no aspecto organizacional é critério mais adequado também do ponto de vista da

---

<sup>494</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. In: COLOMER, Juan Luis Gómez; CUSSAC, José Luis GONZÁLEZ. La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Madrid: Universitat Jaume I, 1997. p. 35. Tradução livre: As dificuldades dogmáticas tradicionais para acolher plenamente a criminalidade das pessoas jurídicas se originam no conteúdo das noções fundamentais da doutrina penal: ação, culpabilidade, capacidade penal. À primeira vista, a ação sempre está ligada, no direito penal, ao comportamento humano, e a culpabilidade ou culpa constitui uma reprovação ética ou moral humana que estaria excluída do caso das pessoas jurídicas. Estas não poderiam ser, ademais, as destinatárias ou sujeitos passivos de penas criminais com a finalidade tanto preventiva como retributiva. Estas dificuldades são evidentemente muito menos graves quando somente se preveem sanções quase penais e não verdadeiras penas no que diz respeito às pessoas jurídicas. Nesse caso, as categorias e princípios penais podem ser flexibilizados ou ampliados.

<sup>495</sup> Ver: FRAZÃO, Ana. Impactos do compliance sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-do-compliance-sobre-a-responsabilidade-administrativa-de-pessoas-juridicas-29072020>. Acesso em: 25 abr. 2021.

necessária estrutura de incentivos para a adoção de bons programas de *compliance*, postura que foi recentemente reforçada com a publicação da segunda versão do Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, disponibilizado no mês de julho de 2020<sup>496</sup>.

No guia, há sessão específica – Self-Reporting, Cooperation, and Remedial Efforts – na qual fica claro que aspecto fundamental a ser levado em consideração para que as autoridades responsáveis – o DOJ e a SEC – decidam se e como devem instaurar as persecuções anticorrupção é a postura cooperativa da companhia e os seus esforços para remediar o problema, sendo igualmente reconhecido que a auto-denúncia deve ser premiada. Dessa maneira, admite-se claramente a possibilidade de que um bom programa de *compliance* seja fundamento para a não persecução ou para a não cobrança de penalidades monetárias, assim como para a adoção de formas de cooperação, o que atende simultaneamente às preocupações axiológicas e pragmáticas já destacadas.

Acresce, ainda, que, segundo o aludido Guia, a identificação de ilícito não significa, por si só, que o programa de *compliance* tenha fracassado, na medida em que se trata de obrigação de meio, e não de resultado, considerando que o dever do agente é o de evitar o quanto possível tais ilícitos e reagir adequadamente a eles caso acabem ocorrendo, mesmo com todas as medidas de prevenção. Com o estabelecimento de um programa de conformidade considerado efetivo a partir dos critérios acolhidos pela autoridade competente, assim, pode-se produzir avaliação mais adequada tanto dos riscos envolvidos quanto das medidas capazes de coibir e prevenir ilícitos.

Em outras palavras, a regulação responsiva acaba oferecendo uma solução engenhosa para resolver o problema da imputabilidade penal ou administrativa das pessoas jurídicas, na medida em que a punição apenas ocorrerá quando já tiverem sido esgotadas as alternativas anteriores e quando for inquestionável o

---

<sup>496</sup> DOJ. FCPA Resource Guide. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> e <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

defeito de organização a partir de uma perspectiva macro, na qual se analisa o comportamento e a performance da empresa como um todo diante de determinado horizonte temporal.

Nesse sentido, além de se atribuir maior racionalidade à punição das pessoas jurídicas, cria-se um poderoso incentivo econômico, facilmente traduzível em termos de cálculo racional, para que os agentes econômicos invistam em robustos programas de *compliance*, uma vez que a sua observância será considerada para efeitos do afastamento da punição.

### **2.5.2. Custos dos programas de *compliance* diante dos benefícios diretos e indiretos, ainda que não necessariamente mensuráveis**

A implementação de programas de *compliance* robustos impõe uma série de custos, tais como a contratação de especialistas, a elaboração de um Código de Ética e Conduta, a avaliação permanente dos riscos, o investimento contínuo no treinamento dos empregados, a contratação de *compliance officers* e de auditores externos, o investimento em mecanismos de controle interno, inclusive em tecnologia da informação, para aprimorar os mecanismos de gerenciamento dos riscos, despesas relacionadas à manutenção do comitê de *compliance*, etc<sup>497</sup>. Tudo isso, evidentemente, impõe consideráveis ônus à sociedade.

Surgem, portanto, dúvidas sobre se, diante dos custos do *compliance*, haveria racionalidade para adotar tais programas diante dos supostos benefícios. Entretanto, como já se expôs anteriormente, parte-se da premissa de que os agentes econômicos, ao contrário do que sustenta a economia neoclássica, não agem exclusivamente a partir de cálculos de custo-benefício.

Some-se a isso o fato de que, muitos dos benefícios do *compliance* são ainda mais difíceis de quantificar. Há, evidentemente, (i) vantagens reputacionais; (ii)

---

<sup>497</sup> Para uma análise dos custos de transação decorrentes do *compliance*, cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ferreira Dittrich, *Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 205, jan./mar. 2015.

estímulo para maior investimento em inovação e qualidade, em razão da supressão dos benefícios decorrentes de vantagens ilícitas, que alteram a dinâmica concorrencial; (iii) melhorias do padrão de gestão organizacional, que podem contribuir para a eficiência da empresa; (iv) aumento das oportunidades de negócio; e, por fim (v) a própria economia decorrente da prevenção do ilícito e/ou da minoração de seus danos. Entretanto, nem sempre tais benefícios podem ser suscetíveis de uma avaliação ou mensuração mais precisa.

Disso decorre um problema de difícil endereçamento, mas que pode comprometer a adoção de programas de *compliance* robustos: enquanto os custos são facilmente mensuráveis e têm impactos imediatos, muitos dos benefícios nem são facilmente mensuráveis nem têm impactos imediatos, na medida em que se projetarão apenas a médio e a longo prazo.

Por essa razão, é extremamente importante que o Estado possa, por meio das iniciativas já mapeadas anteriormente – tanto os incentivos positivos quanto os negativos – tentar “quebrar” a lógica do cálculo racional, motivando a ação dos agentes econômicos por outros mecanismos que não apenas os exclusivamente racionais.

### **3. ESTRATÉGIAS DE COOPERAÇÃO ENTRE REGULADOR E REGULADO**

#### **3.1. Cooperação no Direito Administrativo**

Outra estratégia regulatória que vem ganhando bastante espaço na prática brasileira, sobretudo mais recentemente, é a de mecanismos de cooperação entre o Estado e os administradores. Várias leis administrativas específicas, diante das complexidades de determinados problemas, já preveem soluções negociais ou consensuais, que se afastam claramente do modelo comando e controle, até porque estão voltadas prioritariamente para os resultados.

É por essa razão que, de certa forma, já se acostumou com as notícias de TACs – Termos de Ajustamento de Conduta – perante o Ministério Público, acordos de leniência na esfera anticorrupção e antitruste, TCC – Termos de Cessação de Conduta no âmbito antitruste, acordos com a CVM, dentre outros exemplos restritos à esfera administrativa. Não é sem razão que Sérgio Guerra e Juliana Palma<sup>498</sup> ensinam que “os acordos administrativos se afirmaram como efetiva via decisória do Poder Público, estando praticamente sempre presentes no exame de discricionariedade do gestor público. Em termos de cultura jurídica, a consensualidade se afirmou como técnica de desenvolvimento das atividades administrativas por vezes preferível dentre as vias tradicionais”.

Tais instrumentos implementam a cooperação em diversos níveis, o que pode trazer muitas vantagens para a Administração. Veja-se, por exemplo, que os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs), negociados com o CADE, apresentam-se hoje como meios fundamentais obtenção de informações e provas, bem como para a solução consensual e imediata do problema identificado, inclusive através da adoção de medidas que preservem ou restabeleçam as condições regulares do mercado. As soluções negociadas nos TCCs podem ser mais variadas e efetivas do que aquelas que poderiam ser unilateralmente impostas pela autoridade antitruste, o que reforça o diferencial da cooperação.

Da mesma maneira, os acordos de leniência hoje têm importância estratégica para a identificação de cartéis e atos de corrupção e para o oferecimento de provas que contribuam efetivamente para a investigação dos respectivos ilícitos. Trata-se, sem dúvida, de essencial instrumento colaborativo, na medida em que garante contrapartidas vantajosas ao agente – como a redução da penalidade aplicável ou o afastamento da pretensão punitiva da Administração Pública – em troca da contribuição para a investigação e da cessação da prática confessada.

---

<sup>498</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 137, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 25 abr. 2021. p. 137.

No caso da ANAC, pode-se mencionar tanto a Resolução 199/2011, que regulamenta o mecanismo do Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da agência reguladora – aplicando-se nas situações em que exista processo administrativo em curso que envolva a aplicação de multa(s) de valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou que tenha por objetivo a cassação ou suspensão de concessões, suspensão parcial ou total da operação de prestadoras de serviços aéreos, ou, ainda, a interdição parcial ou total de aeródromo público –, quanto a própria Resolução 472/2018, que regulamenta as atividades de fiscalização da Agência e prevê, em seu art. 61, o mecanismo do Termo de Cessação de Conduta (TCC), que é celebrado “por operador, proprietário, piloto ou qualquer detentor de licenças, habilitações, certificados, autorizações, permissões, ou concessões da ANAC em decorrência de condutas para as quais não caiba a implementação de medidas corretivas ou mitigadoras suficientes para demonstrar a cessação da conduta ou para restaurar o nível de segurança aceitável”.

Assim, não obstante os acordos com a Administração já fazerem parte da nossa realidade, a nova LINDB procurou sistematizar a matéria, assim prevendo em seu art. 26:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Como se pode observar, os acordos passam a ser vistos como alternativas a outras soluções regulatórias, inclusive no que diz respeito à aplicação de sanções, como sustentam Guerra e Palma<sup>499</sup>:

O texto normativo, de certa forma, estrutura o que normas esparsas já tratam, desde longa data, como se verá, sobre institutos que direcionam a Administração Pública à consensualidade administrativa, envolvendo a celebração de acordos substitutivos da sanção e demais compromissos de ajustamento de comportamento.

Com isso, cria-se permissivo amplo para possibilitar a negociação na esfera da Administração Pública.

### **3.2. Operacionalização da cooperação por meio de instrumentos de solução de conflitos entre as partes interessadas**

É interessante notar que as novas tecnologias vêm possibilitando que, em ambientes regulados, a cooperação possa transcender à relação entre regulador e regulado, estendendo-se igualmente a *stakeholders*, a fim de que conflitos entre

---

<sup>499</sup> GUERRA; PALMA, Op. cit., p. 138.

regulados e usuários possam ser resolvidos de forma mais eficiente e rápida, com mínima interferência por parte do Regulador.

A presente pesquisa analisa dois casos práticos bem-sucedidos de agências reguladoras: o primeiro caso se refere à notificação de intermediação preliminar (NIP) implementado pela Agência Nacional de Saúde e o segundo analisa o uso da plataforma “consumidor.gov” pela própria ANAC. Na sequência, se tratará também de iniciativa semelhante desenvolvida pelo setor privado, a demonstrar a importância da autorregulação.

### **3.2.1. ANS – Notificação de Intermediação Preliminar (NIP)**

A NIP (Notificação de Intermediação Preliminar), outrora denominada de Notificação de investigação preliminar, é um instrumento que visa à solução consensual de conflitos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde. Trata-se, pois, de uma fase pré-processual. A resolução normativa ANS nº 338, de 25 de novembro de 2015 regula essa medida de fiscalização.

Diante de infração a dispositivos legais ou infralegais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, cabe à ANS instaurar a NIP ou procedimento administrativo preparatório. O NIP subdivide-se em duas modalidades, a saber: assistencial e não assistencial. A primeira refere-se a toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial enquanto a segunda refere-se a outros assuntos que não envolvem a cobertura assistencial, desde que o consumidor seja diretamente afetado pela conduta e que a situação seja passível de mediação.

De acordo com a ANS, a NIP “soluciona as demandas de maneira ágil: a partir de uma reclamação registrada na ANS, uma notificação automática é encaminhada à operadora responsável, que tem até dez dias para encaminhar o problema. No caso de demandas assistenciais, o prazo cai pela metade, ou seja, a operadora tem até cinco dias para responder. O beneficiário ainda pode

acompanhar o andamento de sua demanda pelo portal da agência. A NIP tem alcançado, ano a ano, índices cada vez mais altos de resolutividade. Em 2018, mais de 90% das reclamações registradas pelos canais de atendimento da Agência foram resolvidos pela NIP”.<sup>500</sup>

Implementada em 2010, “a NIP objetiva conferir um tratamento mais célere e eficaz às reclamações de consumidores à ANS. A mediação possibilita que a operadora repare sua conduta irregular, evitando-se, assim, a abertura de processo administrativo e judicial, com a resolução das reclamações. Para as operadoras de planos de saúde, a NIP representa a possibilidade de equacionamento de problemas decorrentes de situações particulares com repercussão coletiva e a efetivação da Reparação Voluntária e Eficaz (RVE), como forma menos conflituosa de resolver questões contratuais de cobertura com seus beneficiários. Finalmente, para a ANS, o instrumento da NIP traz mais eficiência e celeridade ao trabalho ora desenvolvido pelo agente fiscalizador. Ademais, possibilita o monitoramento mais efetivo das práticas do mercado regulado, permitindo vislumbrar, logo no início, determinadas condutas indevidas que podem gerar prejuízo aos consumidores”<sup>501</sup>.

“Com a NIP atual, a troca de informação entre os atores do mercado de saúde suplementar (operadoras/consumidores/ANS) passou a ocorrer em ambiente totalmente digital via site. O sistema desenvolvido faz o processamento automático das demandas, de acordo com a resposta da operadora e consumidor. (...) A Resolução Extrajudicial de Conflitos pode ser considerada uma inovação em gestão porque resultou numa mudança de paradigma na relação entre os atores do mercado de saúde suplementar. Criou um ambiente comunicacional no mercado regulado e aumentou a confiança e a transparência das relações entre o consumidor e a operadora de plano de saúde. A ANS passou a desempenhar com

---

<sup>500</sup> ANS. Dia mundial do consumidor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4895-dia-mundial-do-consumidor>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>501</sup> IPEA, Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/images/labgov/Inovacoes/cases/case-premio-19\\_3.pdf](http://www.ipea.gov.br/images/labgov/Inovacoes/cases/case-premio-19_3.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.

maior eficiência seu papel de fomentar o equilíbrio do mercado de saúde suplementar”<sup>502</sup>.

No que diz respeito aos objetivos<sup>503</sup>, a ANS considera que a implementação da NIP visa atender aos seguintes objetivos: (i) resolver extrajudicialmente conflitos entre operadoras e consumidores de planos de saúde; (ii) redefinir o processo de trabalho de fiscalização da ANS; (iii) incrementar a eficiência; (iv) implementar nova metodologia de análise das demandas de reclamação de consumidores; (v) zelar pela proporcionalidade regulatória; e (vi) conferir maior legitimidade e transparência à ação regulatória.

Diante do descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais obrigatórias por parte da operadora, o consumidor poderá registrar sua reclamação nos canais de atendimento da ANS – formulário eletrônico, atendimento pessoal e disque ANS – que será automaticamente registrada na plataforma da NIP.

Toda a comunicação entre a ANS e as operadoras, no procedimento da NIP, será exclusivamente eletrônica, através de espaço próprio no site da agência reguladora. É nesse espaço reservado que a operadora, por meio de login próprio, terá acesso as notificações.

Não cabe aqui descrever todo o procedimento e as fases das NIPs, mas vale a pena ter uma ideia geral do seu funcionamento a partir da representação gráfica oferecida pela própria ANS:

---

<sup>502</sup> *Idem*.

<sup>503</sup> ANS, Notificação de Investigação Preliminar, p. 5. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O\\_DIFIS\\_-\\_NIP.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O_DIFIS_-_NIP.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.

Figura 18 - Procedimento e fases das NIPS (1)

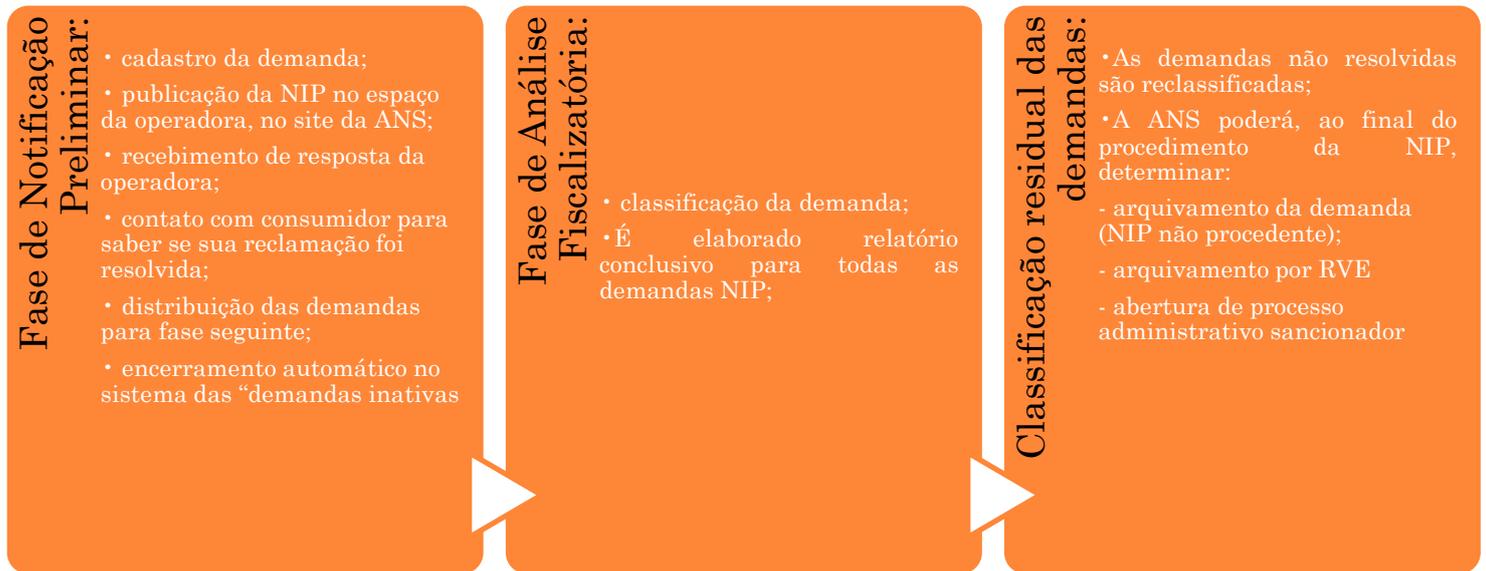
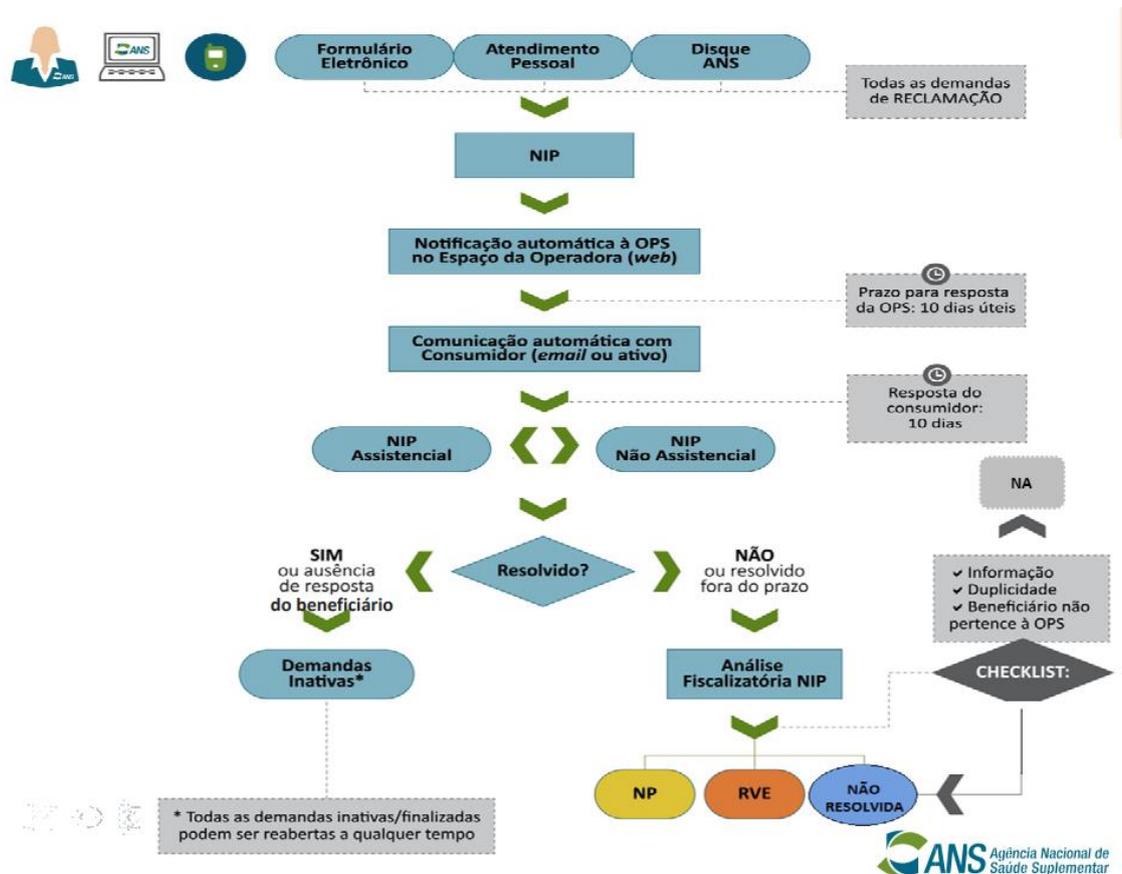
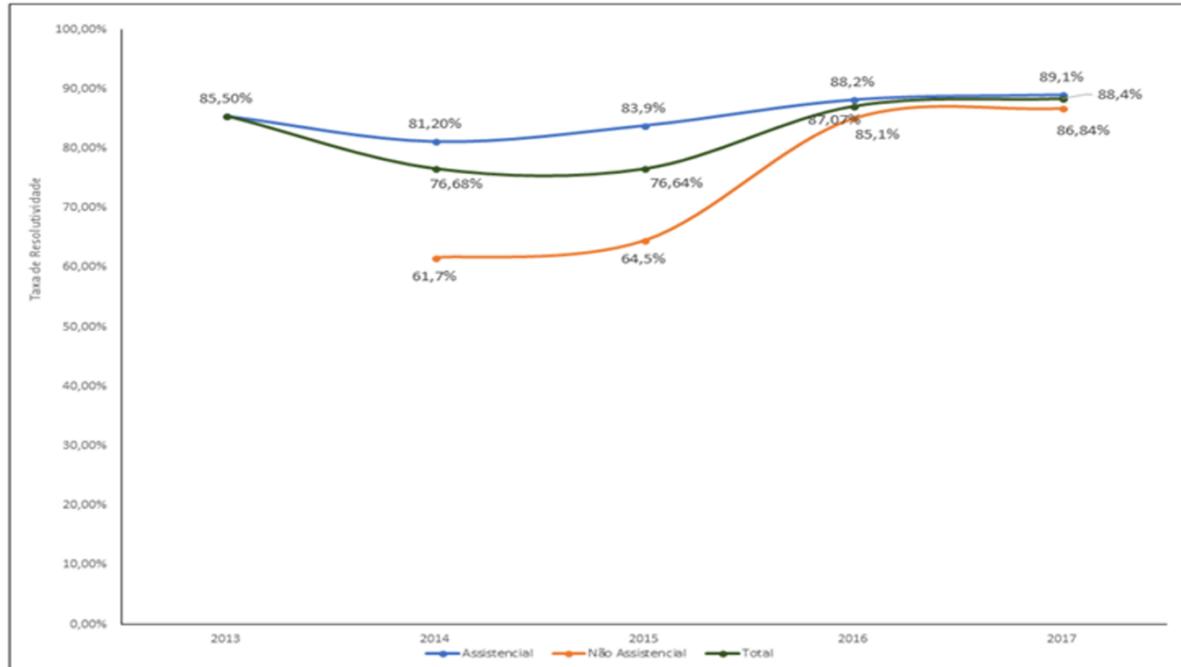


Figura 17 - Procedimento e fases das NIPS (2)



O desempenho e eficiência da solução são também demonstrados a seguir:

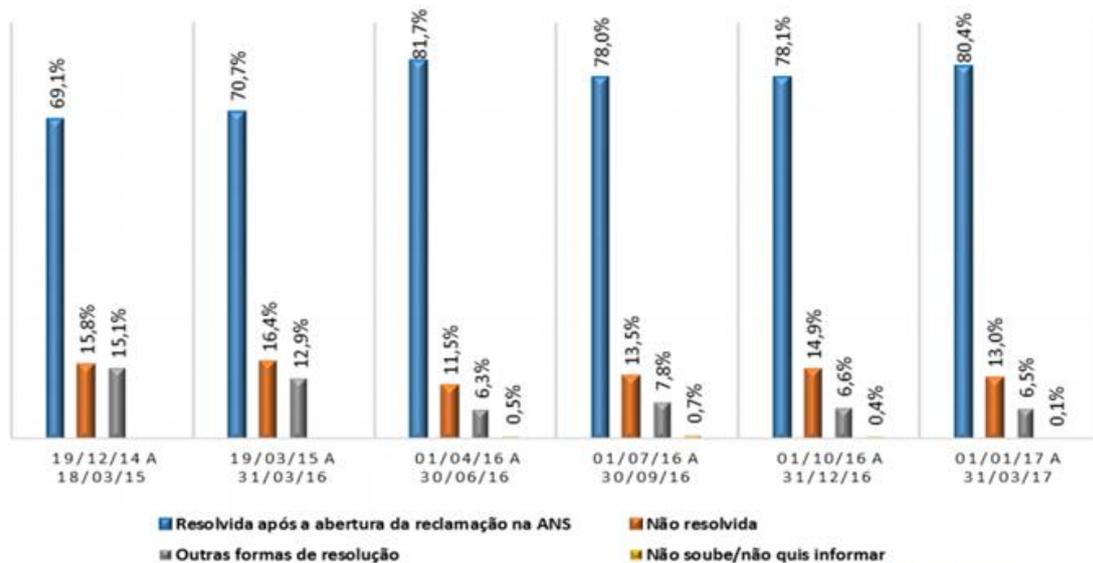
Gráfico 1 - Índice de resolutividade por natureza NIP e resolutividade total por ano de atendimento - 2013 a 2017



Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização (SIF/ANS) – Data de extração: 13/02/2017 – Data de atualização: 29/01/2018

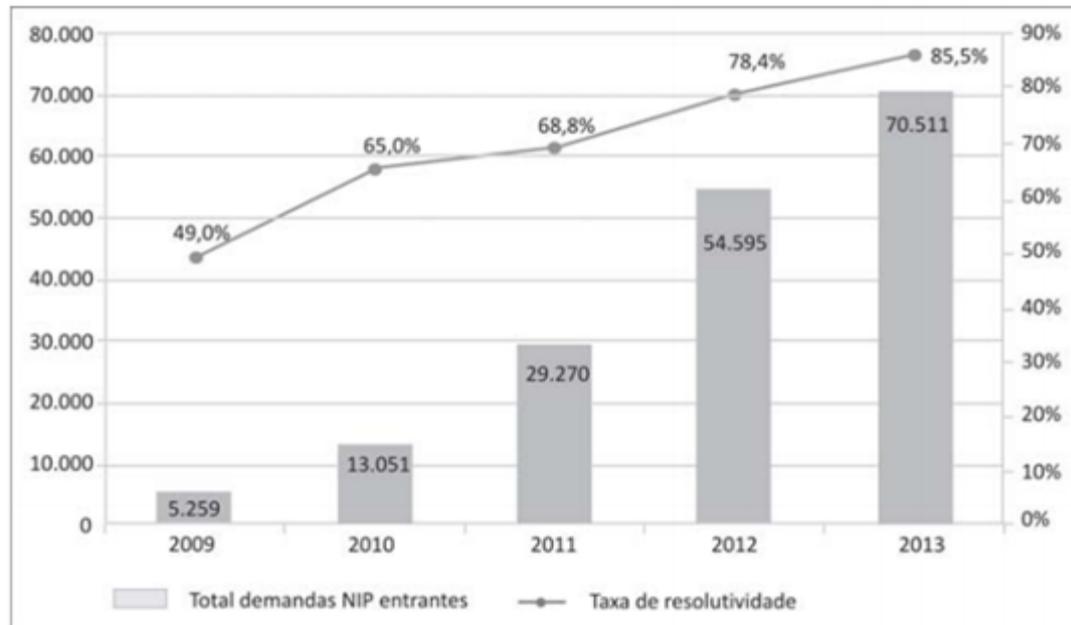
Fonte: ANS

Gráfico 2 - Distribuição dos respondentes da pesquisa, conforme o meio de resolução da demanda, por período



Fonte: ANS

Gráfico 3 - Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadores de planos de saúde



Fonte: Sistema Integrado de Fiscalização da ANS – SIF Consulta

Fonte: ANS

Portanto, como se pode observar, a adoção do procedimento tem sido vista como bem-sucedida, já que, em 2018, 91% das reclamações registradas foram resolvidos pela NIP<sup>504</sup>. Não é sem razão que a iniciativa da ANS recebeu menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio<sup>505</sup> e que a agência foi premiada em concurso nacional de inovação em gestão<sup>506</sup>.

Com isso, a ANS resolveu o problema de inúmeros processos administrativos cuja instrução e julgamento seria praticamente inviável, criando um funil, uma

<sup>504</sup> ANS, Diretores da ANS se reúnem com titular da Senacon. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4916-diretores-da-ans-se-reunem-com-titular-da-senacon>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>505</sup> ANS, Norma de fiscalização da ANS recebe menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4779-norma-de-fiscalizacao-da-ans-recebe-mencao-honrosa-no-premio-fgv-direito-rio>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>506</sup> ANS, Norma de fiscalização da ANS recebe menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/2820-ans-e-premiada-em-concurso-nacional-de-inovacao-em-gestao>. Acesso em: 25 abr. 2021.

vez que, a partir das NIP, apenas os casos não resolvidos darão ensejo à abertura de processo administrativo.

Subsiste, portanto, a importância da sanção, ainda que como medida extrema, como bem apontam Barreto e Lopes<sup>507</sup>.

Portanto, o NIP é eficiente e eficaz, pois promove, de maneira rápida, a solução de conflitos existentes entre planos de saúde e seus beneficiários, evitando a Judicialização. Posto isso, nota-se que a medida coercitiva adotada pela ANS por meio do processo administrativo gera um grande impacto econômico neles, haja vista que, caso exista a confirmação de negativa de atendimento como, também, a persistência nas reiterações de descumprimento, as multas são altíssimas como já confirmadas, e, por sua vez, proporcionam um impacto muito grande nas operadoras, por isso o NIP traz impactos avassaladores e constantes, por ser menos burocrático e eficaz, dando mais segurança aos consumidores.

### 3.2.2. ANAC

Como já se adiantou – e, aliás, como o último relatório entregue no bojo do presente projeto prioritário já demonstrou –, a ANAC já vem adotando estratégias capazes de “viabilizar soluções mais eficientes para os usuários do serviço, atrair maior responsividade para a ação da ANAC e poupar preciosos recursos públicos com fiscalização e trabalho de escritório”, como é o caso da utilização da plataforma Consumidor.gov.br.

Para entender a solução adotada pela ANAC, é preciso compreender anteriormente a plataforma consumidor.gov.br, oferecida pelo Estado e

---

<sup>507</sup> BARRETO, Jurandir Sá; LOPES, Lorena dos Santos. NIP: Medida extrajudicial à saúde nos processos que envolvam as assistências médicas privadas, em casos de obesidade. *Direitos fundamentais e alteridade*, v. 1, 2018.

monitorada Consumidor.gov.br é oferecida pelo Estado e monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon. O seu objetivo é resolver os conflitos consumeristas de maneira rápida e desburocratizada.

As empresas que aderem à plataforma são obrigadas a solucionar os conflitos em 10 dias e, posteriormente, são avaliadas pelo consumidor. Trata-se de um serviço público e gratuito, que permite a interação direta entre consumidor e fornecedor, além disso, não prejudicar as vias tradicionais de resolução de conflitos (Procons, justiça, entre outros) nem implicar qualquer tipo de medida ou sanção às empresas que não resolverem as demandas dos consumidores.

Diante das possibilidades oferecidas pela plataforma, a ANAC formalizou, em dezembro de 2016, convênio com a SENACON<sup>508</sup>, passando a instruir que os usuários descontentes, após procurarem os canais próprios das companhias aéreas, façam suas reclamações no site consumidor.gov.br. A partir daí, os dados do site são monitorados pela ANAC com o intuito de fiscalizar o cumprimento das Condições Gerais de Transporte Aéreo e dos procedimentos de acessibilidade. Assim, como informa o site da ANAC<sup>509</sup>:

a autoridade de aviação civil busca identificar os principais problemas do setor, onde eles ocorrem e quais são as empresas responsáveis, de maneira a tornar ainda mais eficiente e assertiva a fiscalização e a adoção de providências administrativas para a melhoria da qualidade dos serviços e do atendimento prestados ao consumidor.

Consequentemente, o setor passou a ser monitorado simultaneamente pela ANAC e pela SENACON. Trimestralmente, a ANAC publica um boletim de monitoramento (“Consumidor.gov.br – Transporte Aéreo”) informando o

---

<sup>508</sup> Informações retiradas do site <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1560980686236> e <https://www.anac.gov.br/>. Acesso em 25 abr. 2021

<sup>509</sup> ANAC. Empresas aéreas brasileiras e estrangeiras estão ativas no Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/empresas-aereas-brasileiras-e-estrangeiras-estao-ativas-no-consumidor-gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2021.

desempenho das empresas aéreas de forma detalhada e, também, os dados referentes ao setor. Atualmente, a partir de dados referentes a 2020<sup>510</sup>, as empresas cadastradas na plataforma respondem por 99,91% do transporte de passageiros em voos nacionais e internacionais, e o índice de resolução dos conflitos foi de 76,4% no ano de 2020, podendo ser considerado como um mecanismo eficiente, especialmente diante do grande número de reclamações recebidas em virtude das repercussões da pandemia de Covid-19 (de tal maneira que, apesar da redução de 56,4% no número de passageiros transportados em relação ao ano anterior, o número de reclamações aumentou substancialmente<sup>511</sup>).

A Agência, nesse sentido, vem desenvolvendo mecanismos não somente para facilitar o acesso de consumidores a soluções mais adequadas dos conflitos com os regulados, mas também para aplicar medidas de custo reduzido e maior eficácia na indução de comportamentos virtuosos. De acordo com a Resolução 472, a ANAC pode adotar medidas preventivas no caso de infrações de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas. Há duas providências possíveis: o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI). A primeira é emitida por meio de notificação ao regulado e deve descrever a infração detectada, já a segunda, deve ser emitida quando a correção deve ser feita em determinado prazo e conter a infração constatada e o prazo para correção. A companhia deve apresentar um Plano de Ações Corretivas à ANAC. Nos termos do art. 5º, da aludida resolução “A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz”.

---

<sup>510</sup> Disponível em: <[https://www.gov.br/anac/pt-br/canais\\_atendimento/consumidor/boletins/2020-05](https://www.gov.br/anac/pt-br/canais_atendimento/consumidor/boletins/2020-05)>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>511</sup> “Ainda em 2020, a quantidade de reclamações registradas sobre o transporte aéreo no Consumidor.gov.br para cada grupo de 100 mil passageiros pagos transportados foi de 106,6 para as empresas brasileiras, de 318,1 para as estrangeiras e de 123,1 no total. No ano anterior (2019), esse índice foi de 35,6 para as empresas brasileiras, de 64,2 para as estrangeiras e de 38,5 no total” (Disponível em: <[https://www.gov.br/anac/pt-br/canais\\_atendimento/consumidor/boletins/2020-05](https://www.gov.br/anac/pt-br/canais_atendimento/consumidor/boletins/2020-05)>. Acesso em: 25 abr. 2021).

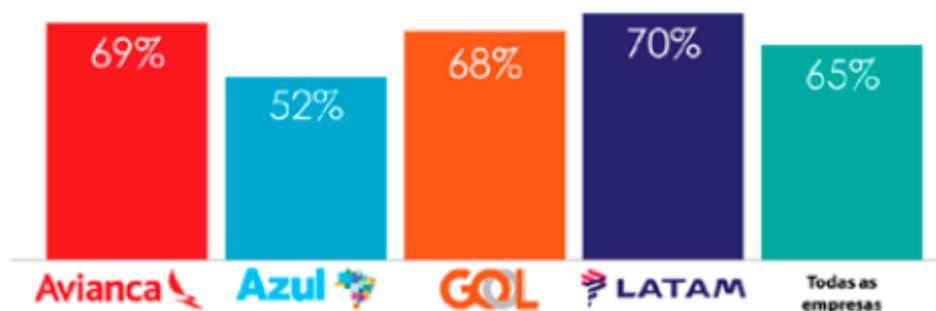
Ademais, a ANAC vem buscando aumentar o engajamento dos usuários com iniciativas como a instalação de totens de autoatendimento em 24 aeroportos<sup>512</sup>.

A transparência e informação são também pontos importantes da iniciativa da ANAC, na medida em que busca criar nas empresas áreas uma espécie de competição saudável em relação ao atendimento dos usuários, com claros reflexos reputacionais.

Na verdade, essa estratégia também faz parte da iniciativa da própria SENACON. É por essa razão que há uma preocupação constante em divulgar resultados, como é o caso da ferramenta Consumidor em Números<sup>513</sup>, que traz informações consolidadas baseadas no SINDEC – Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.

Pelo visto, a iniciativa tem sido bem sucedida, como se comprova pelos dados de 2017:

Gráfico 4 - Índices de solução na plataforma Consumidor.gov



Fonte: Consumidor.gov

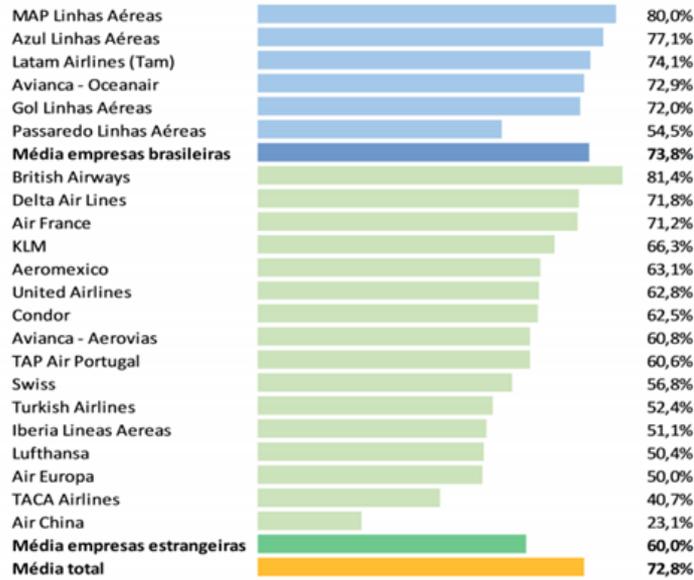
Já os dados de 2018 são os seguintes:

---

<sup>512</sup> ANAC, Passageiros contarão com totens de autoatendimento em 24 aeroportos. <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/passageiros-contarao-com-totens-de-autoatendimento-em-24-aeroportos>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>513</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Senacon lança ferramenta consumidor em números. <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94>. Acesso em: 25 abr. 2021.

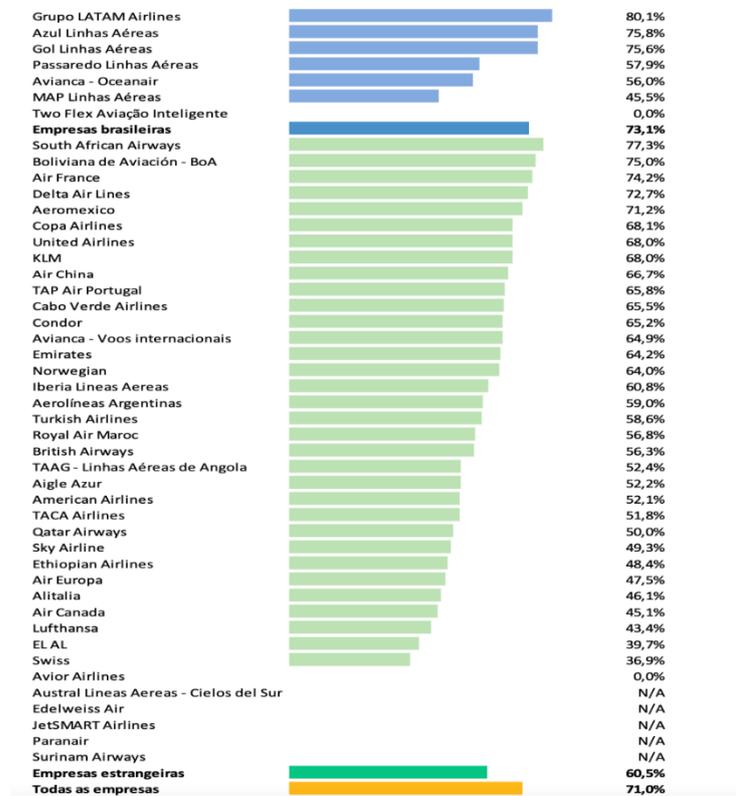
Tabela 6 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2018



Fonte: Consumidor.gov

Confira-se, ainda, os dados de 2019:

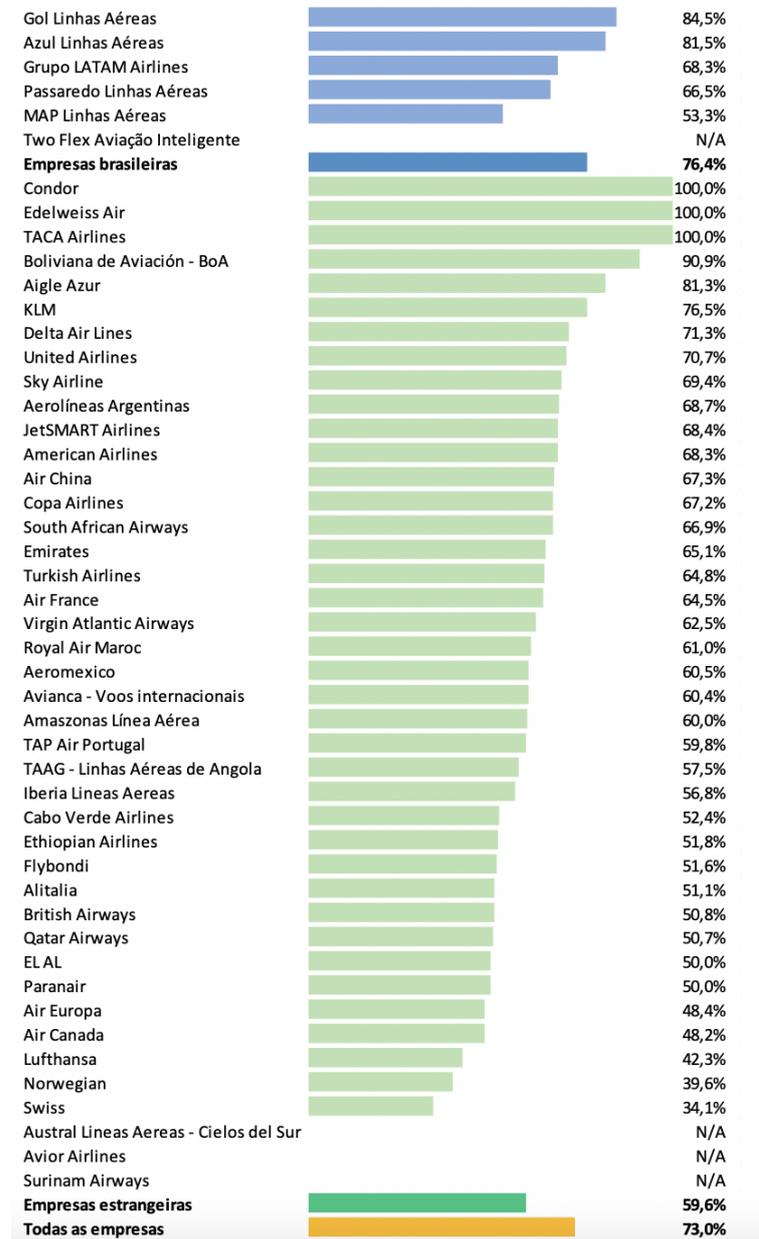
Tabela 7 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2019



Fonte: Consumidor.gov

Por fim, confira-se os dados referentes a 2020:

**Tabela 8 - Dados da ANAC na plataforma Consumidor.gov em 2020**



Fonte: Consumidor.gov

O que se observa é que a ANAC adotou uma estratégia simples, utilizando-se de iniciativa já adotada pelo Estado e, a partir dela, instaurando medidas de cooperação e publicidade. A divulgação dos resultados certamente que causa uma

grande pressão nas companhias aéreas pela solução consensual dos problemas, o que certamente desafoga a atividade de fiscalização e punição da agência.

Ressalta-se que não é apenas no setor aéreo que a experiência tem sido considerada exitosa. De acordo com os dados da SENACON<sup>514</sup>, foram registradas no Portal Consumidor.gov.br 1.196.627 reclamações de consumidores em 2020, sendo que o índice médio de solução foi de 78,4% com o prazo médio de resposta de 8 dias.

Como se mostrará na sequência, a experiência da ANAC com o Consumidor.gov pode servir de passo inicial para a introdução de mais mecanismos de cooperação, sobretudo diante do diagnóstico realizado no relatório da Meta 6 do projeto prioritário em referência, segundo o qual apesar dos avanços normativos e organizacionais, o processo sancionador ainda é utilizado como principal instrumento de enforcement regulatório pela Agência.

### **3.2.3. Um exemplo da iniciativa privada: o Mercado Livre**

Por fim, vale a pena mencionar, ainda que brevemente, experiência bem-sucedida da plataforma Mercado Livre na solução de conflitos entre usuários, que pode ser replicada por outros agentes privados e também no âmbito de soluções regulatórias, ainda mais no contexto da correção.

Isso porque, como plataforma que é, o Mercado Livre acaba assumindo o papel de um regulador privado, na medida em que não participa diretamente das transações mas precisa assegurar um ambiente estruturado e confiável, inclusive no que diz respeito à solução de conflitos. Essa é a razão do “Projeto Action”, que tem como finalidade a prática de desjudicialização por meio da mediação,

---

<sup>514</sup> Disponível em: < <https://consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

buscando o equilíbrio nas relações de consumo e a aproximação das partes envolvidas<sup>515</sup> e pode ser assim sintetizado:

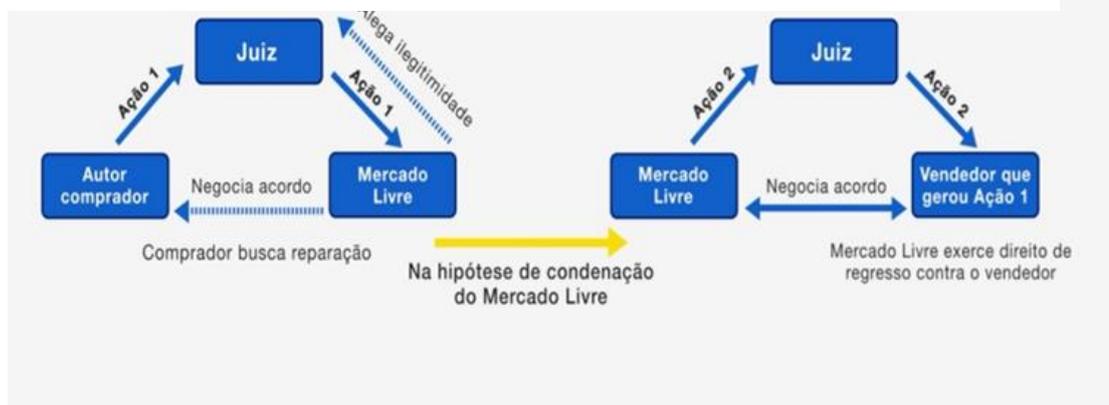
- 1) Jurídico recebe os processos judiciais, classifica o objeto da ação, faz a triagem de acordo com os critérios estabelecidos (data da audiência e objeto da ação);
- 2) Equipe de triagem encaminha os casos selecionados, ou seja, passíveis de solução para a Equipe de Mediação que entrará em contato com o vendedor por e-mail e telefone explica a demanda e coloca o mesmo em contato com o comprador;
- 3) Equipe de Mediação acompanha e auxilia na solução do conflito no prazo estipulado;
- 4) Jurídico formaliza a solução do caso, seja a desistência ou acordo, no processo judicial.

As vantagens qualitativas são as seguintes:

---

<sup>515</sup> PRÊMIO INNOVARE. Projeto Action/ Mercado livre. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/projeto-action-mercado-livre/print>. Acesso em: 25 abr. 2021.

**Figura - Vantagens do modelo do Mercado Livre (1)**



**Figura - Vantagens do modelo do Mercado Livre (2)**

Fonte: Mercado Livre



O projeto foi muito bem-sucedido, tendo rendido ao Mercado Livre reconhecimento e prêmio do CNJ por conciliar conflitos antes do processo

judicial<sup>516</sup>. Os resultados também impressionam: segundo Ricardo Marques, gerente jurídico sênior do Mercado Livre, a empresa atingiu o nível de 98,9% de “desjudicialização”<sup>517</sup>.

Essas iniciativas mostram como é possível se utilizar de técnicas relativamente simples, ainda mais com o auxílio das novas tecnologias, para resolver conflitos que podem desafogar consideravelmente tanto as autoridades reguladoras como o próprio Judiciário.

#### 4. APLICAÇÃO AOS PROBLEMAS CONCRETOS

Expostas algumas das principais soluções que podem ser endereçadas no contexto dos horizontes que se abrem pela regulação responsiva, passa-se, nesse momento, a exemplificar como muitas delas podem ser adequadas para resolver os principais desafios enfrentados na atualidade pela ANAC.

É importante destacar que todas as alternativas regulatórias devem ser pensadas e graduadas a partir dos seus efeitos na produção de resultados efetivos, inclusive no que diz respeito a resolver, de forma estável, defeitos de organização que possam estar impedindo o cumprimento das metas regulatórias.

O aspecto moral e didático da utilização de tais medidas é de fundamental importância, uma vez que a finalidade de todas elas não é apenas a de resolver um problema pontual, mas sobretudo de criar o contexto e os incentivos adequados para que eventuais defeitos de comportamento e de organização sejam resolvidos

---

<sup>516</sup> CNJ. CNJ premia Mercado Livre por conciliar conflitos antes do processo judicial, Regina Bandeira. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-premia-mercado-livre-por-conciliar-conflitos-antes-do-processo-judicial/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

<sup>517</sup> STARTSE. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de “desjudicialização” na resolução de conflitos, Tainá Freitas. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

definitivamente, a fim de gerar a expectativa de um comportamento virtuoso estável.

Os exemplos abaixo indicados foram estruturados a partir de problemas apresentados pelos representantes da ANAC no âmbito das reuniões realizadas junto do grupo de pesquisadores da UnB que integram o projeto em referência. Assim, à luz dos fundamentos apresentados ao longo da segunda parte do presente relatório, pretende-se oferecer diagnósticos e propostas voltados a endereçar os problemas indicados a partir de soluções organizacionais que sejam consentâneas com a ideia de regulação por incentivos intrínsecos.

#### **4.1. Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias**

De acordo com as informações apresentadas pelos representantes da ANAC, uma das principais preocupações relacionadas à efetividade da fiscalização regulatória pela agência diz respeito ao risco de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias aos regulados, seja em virtude da ausência de margem para discricionariedade na aplicação das medidas administrativas, seja em virtude das grandes assimetrias entre os perfis de regulados da ANAC, que vão desde grandes companhias até pessoas físicas.

Cabe colacionar, nesse sentido, os dados apresentados pela ANAC quanto a esta preocupação específica:

**Figura 19 - Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias (1)**



## Problemas

“Aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias”

- Valor médio da multa  
- Pessoa Física: R\$ 5,80 mil
- Outliers  
- Pessoa Física: R\$ 519 mil
- Multas aplicadas: R\$ 9.49 milhões
- Multas pagas: R\$ 1.22 milhões (12,86%)



Fonte: ANAC

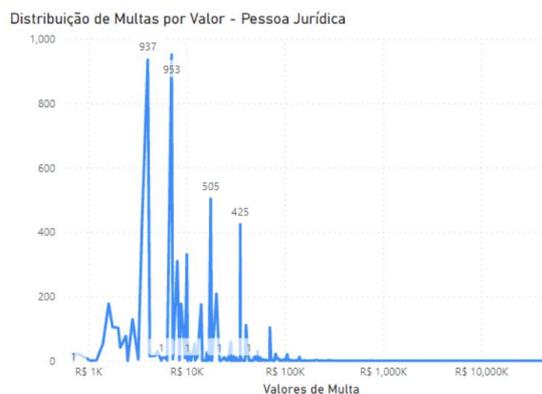
Figura 20 - Riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias



## Problemas

“Aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias”

- Valor médio da multa
  - Pessoa Jurídica: R\$ 34,58 mil
- Outliers
  - Pessoa Jurídica: R\$ 48,69 milhões
- Multas aplicadas: R\$ 216.31 milhões
- Multas pagas: R\$ 52.67 milhões (24,35%)



Fonte: ANAC

Nota-se, por conseguinte, dois problemas fundamentais diante dos dados apresentados pela ANAC: (i) a própria distribuição das multas, com médias relativamente baixas e eventos específicos nos quais tal média é radicalmente subvertida; (ii) a baixa efetividade na arrecadação das sanções pecuniárias, o que poderia evidenciar a ineficácia da pena de multa no cumprimento das finalidades regulatórias que em tese buscariam alcançar.

Tal cenário, cabe notar, vai ao encontro de diagnóstico realizado pelo TCU segundo o qual, entre 2011 e 2014, apenas 6,03% das multas aplicadas pelos órgãos de controle federais – incluindo agências reguladoras – foram efetivamente convertidas em arrecadação<sup>518</sup>.

De fato, a dificuldade de conversão das multas aplicadas em arrecadação pode parecer indício da ineficácia da abordagem regulatória, sobretudo quando a principal ferramenta de *enforcement* é a sanção pecuniária. No entanto, não se pode esquecer que a pena de multa não tem finalidade arrecadatória, e sim

<sup>518</sup> TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.

regulatória – como, aliás, já asseverou o TCU em precedente relacionado à regulação de telecomunicações:

“Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório”<sup>519</sup>.

A dificuldade, portanto, não está necessariamente na dificuldade de a Administração Pública arrecadar os créditos constituídos com a aplicação de multas, mas na ineficácia de abordagens regulatórias cujo principal instrumento é a sanção pecuniária. Nesse sentido, é fundamental que a estratégia de fiscalização agregue outros mecanismos que, em lugar de lançarem mão diretamente de instrumentos punitivos como a multa, levem em consideração o comportamento do regulado e os incentivos que mais eficientemente o conduzam ao comportamento virtuoso. Pode-se mencionar, exemplificativamente:

- (i) a indicação das consequências positivas do comportamento virtuoso, bem como as consequências negativas e os danos decorrentes do descumprimento de obrigações regulatórias;
- (ii) valorizar e incentivar a inclusão de programas de *compliance* que agreguem metas regulatórias claras;
- (iii) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, de forma eficiente e com a adequada periodicidade, os prazos e a forma de cumprir seus deveres;

---

<sup>519</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

- (iv) adotar estratégias de comunicação que mostrem ao agente econômico, da forma mais eficiente e rápida possível, seus erros e acertos, incentivando-o a melhorar e indicando os caminhos para tal;
- (v) reforçar a dimensão social de certos comportamentos, apontando quando o comportamento desviante de determinado agente contrasta com a postura de outros agentes do mercado, inclusive por meio de *rankings*, comparações, índices e estatísticas e mesmo técnicas como *naming and shaming*, inclusive para efeitos de orientar o mercado de capitais e potenciais investidores;
- (vi) conceder estímulos, incentivos e até mesmo elogios aos agentes que cumprem pontualmente a sua obrigação, inclusive no que diz respeito a reconhecimentos formais (cartas, selos, certificações e outras iniciativas);
- (vii) pensar em vantagens ou benefícios que poderiam ser concedidos para as empresas pontuais
- (viii) pensar em soluções negociais, como parcelamentos, para resolver pendências mais graves.

Vale ressaltar que algumas das estratégias são de grande simplicidade e baixo custo, como a divulgação da lista das empresas que descumprem normas regulatórias sistematicamente, assim como muitas estratégias podem ser utilizadas de forma combinada, de maneira sempre atenta à pirâmide regulatória. Dessa maneira, para além do temor da sanção pecuniária, a postura do regulador pode criar incentivos à adoção de soluções organizacionais ou mesmo negociais – como se mostrará no tópico a seguir – que sejam adequadas tanto ao porte e às possibilidades materiais dos regulados quanto, principalmente, ao seu comportamento diante da agência.

Não se pode esquecer que a adequada implementação de programas de compliance requer verdadeira alteração da cultura corporativa do agente regulado, de maneira a incutir nas mentes de seus integrantes um sentimento orientado e informado de respeito ao ordenamento jurídico e, no caso específico da regulação setorial, às normas regulatórias. Evidentemente que essa mudança cultural não se obtém simplesmente pela mudança espontânea do comportamento dos agentes, mas principalmente por uma “regulação da autorregulação”, na qual as normas cogentes são substituídas por diretrizes voltadas à elaboração de normas internas que realmente deem conta das necessidades concretas de cada ambiente corporativo no sentido da garantia do cumprimento das normas regulatórias<sup>520</sup>.

Assim, a heterorregulação deve servir de orientação à autorregulação, inclusive para estabelecer conteúdos mínimos para programas de compliance considerados efetivos (como, por exemplo, a estruturação de programas de treinamentos periódicos, a elaboração de indicadores de desempenho baseados em testes aplicados aos sujeitos envolvidos, a instituição de procedimentos de apuração de indícios de irregularidades, dentre outros) e, ainda, para publicamente reconhecer a efetividade e confiabilidade desses programas, à semelhança do que faz a Controladoria-Geral da União por meio do selo “Empresa Pró-Ética”, através do qual reconhece a eficácia de programas de integridade anticorrupção<sup>521</sup>.

Dessa maneira, entende-se que os problemas relacionados aos riscos de aplicação desproporcional e desarrazoada de sanções pecuniárias podem ser supridos mediante a adoção de mecanismos organizacionais que, apesar de não dispensarem a possibilidade de aplicação de multas (já que, a teor da pirâmide regulatória, podem ser a medida mais adequada), passam a considerar outros

---

<sup>520</sup> FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>521</sup> Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/documentos>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

incentivos que verdadeiramente podem ser capazes de orientar o comportamento virtuoso dos regulados.

#### **4.2. Impossibilidade de conversão de penas pecuniárias em obrigações de fazer: a importância das soluções negociais**

A ANAC igualmente narrou que, na mesma esteira das dificuldades relacionadas à aplicação de penas pecuniárias, a adoção de outras estratégias careceria de fundamento jurídico, na medida em que não haveria previsão normativa de conversão de multas em outras medidas. Acontece que, independentemente da previsão expressa de mecanismo de conversão de sanção pecuniária, o ordenamento brasileiro evidentemente não pode manter compromisso inafastável com medidas reconhecidamente ineficazes para a tutela do comportamento de agentes regulados, motivo pelo qual, em diversos microssistemas, já foram elaboradas ferramentas negociais que têm se mostrado bastante eficazes.

Cabe salientar, na linha do que já se expôs ao longo do presente relatório a respeito das possibilidades de cooperação entre regulador e regulados, que a adoção de mecanismos negociais que garantam o cumprimento de obrigações regulatórias pode preceder inclusive a adoção de outras medidas alternativas às sanções pecuniárias. A título de exemplo, a inclusão de agente regulado em lista negra, por mais que não tenha impacto financeiro direto, pode produzir importantes efeitos reputacionais e, ainda assim, não servir diretamente para vincular o agente ao cumprimento de determinada obrigação. A construção de solução negocial, por outro lado, pode servir para vincular o agente.

Pode-se mencionar, nesse sentido, precedentes do TCU nos quais se admitiu a não aplicação de multas em virtude da tomada de providências – notadamente o endereçamento dos problemas dos casos concretos por intermédio de Termos de Ajustamento de Condutas –, por ser o Tribunal “sensível ao fato de que a

imposição de pesadas multas sem a prévia tentativa de erguer o combalido setor ferroviário pode significar a derrocada das concessionárias”<sup>522</sup>. Daí a razão pela qual, de acordo com o TCU, “deve-se buscar a utilização de medidas alternativas à simples aplicação de multas, de forma a trazer maior efetividade às decisões regulatórias e evitar a continuidade da prática de condutas semelhantes no futuro e, conseqüentemente, proporcionar melhorias que não seriam obtidas com a aplicação de sanções ordinárias”<sup>523</sup>.

Pode-se, dessa maneira, mencionar diversas iniciativas já existentes no direito brasileiro para, mediante a oferta de incentivos ao comportamento cooperativo e virtuoso, construir-se soluções negociais aptas a fazer cessar irregularidades e estimular a observância da legislação, como se mostrará no próximo item.

É o caso dos Termos de Compromisso de Cessação de condutas celebrados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (nos termos do art. 85 da Lei nº. 12.529/2011), por meio dos quais o CADE e o agente envolvido em determinada prática anticompetitiva podem estipular medidas de cessação e mitigação de riscos concorrenciais.

Observe-se, nesse sentido, que a própria Resolução ANAC 472/2018 já contém mecanismos semelhante – o Termo de Cessação de Conduta (TCC) –, que, como se depreende do art. 35, § 2º, I, da aludida Resolução, encarta os deveres de lealdade e boa-fé que marcam as relações entre regulador e regulado. O art. 61 da Resolução 472/2018, assim, estabelece que “O TCC é um documento emitido e assinado por operador, proprietário, piloto ou qualquer detentor de licenças, habilitações, certificados, autorizações, permissões ou concessões da ANAC em decorrência das condutas para as quais não caiba a implementação de medidas corretivas ou mitigadoras suficientes para demonstrar a cessação da conduta ou para restaurar o nível de segurança aceitável”.

---

<sup>522</sup> TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012; TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009.

<sup>523</sup> TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.

O TCC da ANAC, nos termos do §1º do mencionado art. 61, deverá sempre conter expressamente o compromisso de cessar e não repetir a infração em questão, porém o §2º deixa claro que a celebração do TCC não implicará suspensão de processo administrativo que estiver em curso na ANAC, servindo o acordo apenas como medida acautelatória que, a rigor, não impede a adoção de outras medidas, inclusive sancionatórias.

Trata-se, portanto, de mecanismo que, ao menos aparentemente, foi incluído no arcabouço de normas da ANAC de maneira incompleta, na medida em que pode servir de negócio jurídico mais vantajoso para ambas as partes, seja à própria agência – que poderá obter garantias mais consistentes do que o simples compromisso de cessação, como a estruturação de programa de compliance, a contratação de auditoria externa ou de terceiro imparcial que acompanhará a conduta do regulado e a reportará diretamente à agência – seja ao regulado – que, verá seu esforço de cessação recompensado com postura mais amigável por parte da agência.

Cabe lembrar, aqui, que, considerando o estágio atual de desenvolvimento do Direito Administrativo como ferramenta de implementação dos princípios democráticos, tem-se que a cooperação e as soluções negociais assumem papel central na sistematização do próprio procedimento administrativo, já que possibilitam a superação de debilidades procedimentais que, em última análise, tornam opaca a estrutura decisória e seus pressupostos normativos. Assim, causa algum estranhamento que soluções negociais como o TCC da ANAC se estruturem tão somente como medidas acautelatórias, quando seu potencial poderia ser mais bem explorado caso houvesse maior liberdade para a inclusão de outras garantias.

Dessa maneira, pode-se inclusive pensar na reestruturação interna de procedimentos administrativos – isto é, sem que necessariamente se proceda a alterações legislativas – seja para determinar o conteúdo de um dado ato administrativo (de maneira a definir consensualmente parte ou a totalidade do conteúdo administrativo do ato que resultará do procedimento) ou ainda para substituir o próprio ato administrativo que resultaria de procedimento

investigatório custoso por outro ato que seja negociado<sup>524</sup>. Note-se, ainda, que o Código de Processo Civil de 2015 – aplicável supletivamente a procedimentos administrativos (CPC/2015, art. 15) – expressamente dispôs, em seu art. 190, que “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Ademais, dispõe o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, de tal maneira que a adoção de procedimentos de fiscalização que efetivamente produzam incentivos a comportamentos virtuosos pelos regulados se mostra muito mais consentânea com a legislação do que estratégias regulatórias baseadas simplesmente na aplicação de penalidades.

Do mesmo modo, não se pode ignorar que, apesar de ainda existirem algumas inconsistências no tocante às normas da ANAC, o art. 26 da LINDB estabelece a possibilidade de celebração de compromisso com os regulados, ao dispor que “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”. Verifica-se, por conseguinte, que a legislação já autoriza a celebração de acordos para a resolução de problemas regulatórios.

---

<sup>524</sup> KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra editora, 2011. pp. 278-285.

Não sem motivo, a própria ANAC igualmente conta com previsão normativa para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) nos termos de sua Resolução 199/2011 – em que pese não seja claro o motivo da distinção entre o TAC e o TCC, de sorte que uma possível indicação de aprimoramento das normas da Agência seria a reconstrução dos mecanismos de maneira a estruturar estratégia mais consistente.

Os TACs, apesar de alcançarem um conjunto específico de situações – situações em que exista processo administrativo em curso que envolva a aplicação de multa(s) de valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou que tenha por objetivo a cassação ou suspensão de concessões, suspensão parcial ou total da operação de prestadoras de serviços aéreos, ou, ainda, a interdição parcial ou total de aeródromo público – oferecem ao regulador liberdade muito maior para a inclusão de medidas alternativas a sanções pecuniárias, de maneira inclusive a suprir a falta de previsão específica para a conversão das multas.

Note-se, ainda, que, a teor do §5º da Resolução 199/2011, o TAC poderá “excepcionalmente e de forma fundamentada” prever a suspensão de processos administrativos com auto de infração lavrado. De outro lado, o §6º estabelece que a celebração de TAC não impede a adoção de medidas administrativas cautelares pela ANAC que tendam a prevenir a ocorrência de lesão aos usuários dos serviços públicos por ela regulados. O art. 12 da mesma Resolução, por sua vez, dispõe que “É vedada a adoção de outros meios de ajustamento de conduta não previstos nesta Resolução, ou que resultem, direta ou indiretamente, em suspensão de medidas de fiscalização”.

É sintomático, por conseguinte, que a norma que regulamenta a celebração de TACs pela ANAC não somente restringe seu escopo, mas repete alguns dos problemas verificáveis no mecanismo do TCC, notadamente o fato de que prevê a suspensão de processos administrativos como medida absolutamente excepcional e de que não oferece ao regulado garantias de que não sofrerá outras medidas por parte da agência reguladora.

Faz-se necessário, assim, que os mecanismos negociais de que dispõe a ANAC sejam revistos para que incorporem a possibilidade de levar em consideração o comportamento dos agentes regulados dentro da estrutura piramidal de regulação, assim alinhando de maneira mais adequada os incentivos do regulado ao cumprimento das normas aplicáveis ao setor e à adoção de comportamento virtuoso. Um primeiro passo, aliás, seria o esclarecimento das hipóteses de aplicação do TAC e do TCC, considerando que se trata de medidas com finalidades bastante semelhantes e que, não obstante, em determinadas situações podem sobrepor-se. De toda sorte, o fato de se tratar de normas infralegais, editadas pela ANAC, torna mais simples o processo de adaptação e sistematização dos mecanismos negociais de que dispõe a agência.

#### **4.3. Simplificação do processo administrativo sancionador e redução de custos administrativos**

As reuniões realizadas com os representantes da ANAC descreveram cenário no qual os processos sancionadores representam alto custo administrativo, considerando inclusive que os processos sancionadores estão sujeitos a três instâncias de julgamento distintas – superintendências, Assessoria de Julgamento de Autos em Segunda Instância (ASJIN) e Diretoria Colegiada – que contam com baixos índices de reversão do entendimento das instâncias inferiores.

Além disso, diante dessa estrutura recursal, verifica-se também que, em virtude da constatação de pendências nos processos administrativos ao alcançarem a segunda instância – como falhas ou vícios ou mesmo a necessidade de realização de diligências –, apenas 50% dos casos que alcançam a segunda instância são sanados. Vale colacionar, aqui, trecho da Nota Técnica 64/2017/ASJIN, que serviu para oferecer diagnóstico da situação da ASJIN:

Enquanto grau revisional hierárquico, há de se crivar toda regularidade do trâmite processual. Isso muitas vezes

significa identificar falhas oriundas de outros momentos do processo, como, por exemplo, de notificação, capitulação, dosimetria, ausência de documentos ou incongruências diversas.

O efeito prático dessa detecção é a conversão da análise em diligência o que leva o processo a não ser concluído naquele primeiro contato com o setor. Não apenas isso, identificada uma falha que implique em possibilidade de gravame ao regulado, ou mesmo elementos novos nos autos, gera-se a necessidade de abertura de prazo ao interessado por imposição do art. 64 da Lei no 9.784/1999. Ou seja, há um prolongamento do processo, seja por conta de falhas/vícios ou necessidade de diligências pontuais, seja por conta de obrigação legal. Isso implica em (i) retornos às instâncias anteriores, (ii) necessidades de saneamento diversas e, (iii) por vezes (e de forma corriqueira) novo prazo para envio e recebimento de AR, bem como monitorar o processo como um todo, inclusive rotinas como recebimento de manifestação do interessado, o que onera tanto as estruturas de julgamento quanto de secretaria.

Todas essas idiosincrasias apresentadas fazem com que o PAS, em fase de segunda instância, tenha solução definitiva em apenas 50% (cinquenta por cento), gerando um passivo a ser tratado no futuro pela própria ASJIN.

Diante de tal cenário, verifica-se mais uma vez a importância tanto de fortalecimento de mecanismos negociais quanto de sua reformulação para abarcar também processos administrativos em andamentos, uma vez que, assumidos determinados compromissos pelos regulados, com garantias de comprometimento

da sua estrutura administrativa, pode tornar-se dispensável o prosseguimento de procedimentos onerosos à administração pública.

Há que se analisar, ainda, eventuais problemas estruturais na lavratura de autos de infração e no julgamento de defesas em primeira instância, bem como a pertinência de mecanismo recursal de três etapas. Nesse ponto, a estruturação de mecanismos assimétricos para a condução de processos sancionadores pode ser conveniente, por exemplo, para que os procedimentos sejam classificados segundo a sua complexidade para serem submetidos a ritos mais complexos ou mais simples e expeditos, bem como para que seja rapidamente analisada a conveniência de celebração de acordos para a redução do passivo processual da agência.

Obviamente que, no contexto de uma regulação responsiva, a aplicação de tais medidas deve ser graduada de acordo com o grau de confiança e a posição do agente regulado, a partir de uma série de critérios, a começar pelas suas práticas de governança e *compliance*. Assim, é de rigor a mudança de um foco reativo para um foco proativo e responsivo, adotando-se postura capaz de identificar em quais situações a abertura de processo é de fato necessária e em quais é possível a celebração de TAC ou TCC.

#### **4.4. Exigência de processo administrativo mesmo quando o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento**

Trata-se provavelmente de questão para a qual confluem todas as reflexões da regulação responsiva, assim como todas as considerações expostas no presente relatório. Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização – e, exatamente por isso, pode ser resolvido rapidamente – ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive

estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção.

Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo – incluindo a violação legal calculada –, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de *compliance* e governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, **desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas razões para se afastar a sanção**, ainda que por meio de uma solução negociada como o TCC ou o TAC, tal como já se ressaltou anteriormente.

Repise-se, nesse ponto, que os mecanismos negociais de que já dispõe a ANAC, no intuito de serem incorporados a modelagem regulatória baseada em incentivos intrínsecos, poderiam ser reformulados tanto para evitar a abertura de processo administrativos – que, como se viu na seção anterior, impõem consideráveis custos administrativos à agência – quanto para ampliar as possibilidades de aplicação de medidas que considerem o comportamento do regulado e estabeleçam incentivos mais claro no sentido da obtenção de condutas virtuosas.

#### **4.5. Compêndios de elementos de fiscalização e possibilidades relacionadas à aplicação de medidas preventivas como o ACI e a SRCI**

Destaca-se a Resolução ANAC 472/2018 por estruturar moldura normativo-procedimental que oferece ao regulador um conjunto de instrumentos que, por mais que ainda estejam pautados por lógica mais reativa do que preventiva ou, ainda, responsiva, apresentam grande potencial de incentivo a comportamentos

virtuosos caso associados à estrutura piramidal que é própria da regulação responsiva.

Nesse sentido, pode-se mencionar os mecanismos do Aviso de Condição Irregular (ACI) e da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), regulamentados pelos arts. 6º e seguintes da aludida Resolução. Ao passo que o primeiro “pode ser emitido quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas”, a segunda “pode ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo”.

As duas soluções acima, dessa maneira, se apresentam como providências preventivas aplicáveis diante da constatação de determinadas violações a exigências regulatórias consideradas de baixo impacto e que, por conseguinte, não exigiriam a abertura de processo sancionador – no caso do SRCI, sob a condição de que a condição irregular em questão seja reparada. A teor do que já se afirmou a respeito das soluções negociadas, as duas medidas de caráter preventivo podem ser inclusive ventiladas no bojo das negociações como medidas alternativas à aplicação de multa – e, a depender de eventual alteração normativa, ao prosseguimento ou até à abertura de processo administrativo.

Tal possibilidade, aliás, vem no bojo de importante disposição contida no art. 4º da Resolução 472/2018, segundo o qual “As decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios de Elementos de Fiscalização – CEF, os quais poderão considerar critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela ANAC, ao atendimento de planos de ações corretivas e aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados”.

Significa dizer que a ANAC, por mais que ainda não tenha estruturado modelagem regulatória que siga os parâmetros da regulação responsiva, já assumiu a postura de considerar o comportamento dos regulados diante das providências adotadas pela agência reguladora, lançando mão dos interessantes Compêndios de Elementos de Fiscalização para orientar a aplicação de providências administrativas.

Considerando o papel que os Compêndios de Elementos de Fiscalização já desempenham na indicação das posturas a serem adotadas na aplicação das normas da ANAC, restaria conectar tais mecanismos à estrutura piramidal de incentivos que leva em consideração o comportamento do regulado para verificar qual sanção (premia, preventiva ou punitiva) deverá ser aplicada.

#### **4.6. Sistematização de ampliação de iniciativas “pontuais” já desenvolvidas pela ANAC**

Também de acordo com as informações apresentadas pelos representantes da ANAC, a agência conta com “Iniciativas pontuais de instrumentos não-regulatórios, de negociação de normas com os regulados, de atuação conjunta entre regulador e regulado para solução de problemas (ACIs e SRCIs; Projeto Aeródromos Sustentáveis; Consumidor.gov.br; Proposta Apoiada em Contratos de Concessão de Aeroportos; Regulamentação Aeronaves Leves Esportivas; BAST e BASET; Selo de Escolas de Aviação)”.

A indicação dessas iniciativas é de grande relevância para que se possa constatar que a ANAC já reconhece o papel de instrumentos de cooperação que integrem estratégias regulatórias apoiadas em incentivos, por mais que tais mecanismos ainda não sejam vinculados à estrutura de pirâmide regulatória. Contudo, tais providências – muitas das quais mencionadas e comentadas ao longo do presente relatório – já mostram que a ANAC já vem projetando modelagem regulatória capaz de acolher mecanismos responsivos, razão pela qual se faz de rigor a sistematização e mesmo a ampliação dessas iniciativas para outros setores regulados pela agência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – PARTE I

1. ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, 1997.
2. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
3. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
4. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
5. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro: v. 233, jul./set. 2003. p. 332-333.
6. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
7. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
8. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação estatal no Brasil. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.
9. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e suas crises. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, nº 46, nov./dez. 2007.
10. ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.
11. ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 5ª Edição. Londres: Laccademia Publishing, 2019.
12. ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões*. São Paulo: Elsevier, 2008.

13. ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.”* In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
14. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.
15. AYRES, Ian. *Carrots and Sticks: Unlock the Power of Incentives to Get Things Done*. New York: Bentam Books, 2010.
16. AYRES, Ian. Playing Games with the Law. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 5, May 1990.
17. BALDWIN, Robert. Is Better Regulation Smarter Regulation? *Public Law*, pp. 485-511, Autumn 2005.
18. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
19. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan. /jun. 2012, p. 12.
20. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
21. BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.) *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
22. BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. “Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 204-232, 2016.

23. BAUGHER, Jessie; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Bringing the World's Constitutions to the Classroom. *Social Education*, v. 82, n. 3, pp. 128-132, 2018.
24. BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. rev., 2ª tir. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.
25. BENKLER, Yochai. *From Greenspan's Despair to Obama's Hope: The Scientific Basis of Cooperation as Principles of Regulation*. In: MOSS, David. CISTERMINO, John. (orgs) *New Perspectives on Regulation*. Cambridge: Tobin Project, 2009, p. 65-88
26. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.
27. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (coords.) *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho*, São Paulo, Malheiros, 2006.
28. BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 9, nº3, 2016.
29. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
30. BONFIM FILHO, Ernany; FONSECA, Vicente. Políticas Públicas: conceito, ciclo, processo de formação e sua ineficácia no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Neiba, Cadernos Argentina-Brasil*, Rio de Janeiro, v. 8, 2019.
31. BRAITHWAITE, John. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. *Michigan Law Review*, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, Jun. 1982.

32. BRAITHWAITE, John. *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press, 1985.
33. BRAITHWAITE, John. *Neoliberalism or Regulatory Capitalism*. Regulatory Institutions Network Occasional Paper no 5, Australian National University, October 2005.
34. BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it better*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 7.
35. BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
36. CÂMARA, Jacinto Arruda. As autorizações da Lei Geral das Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo. *RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, nº 3, jul./dez. 2007.
37. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
38. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.
39. CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de Serviços Públicos na Perspectiva da Constituição Econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
40. CARVALHO, André Roncaglia de. O conceito de individualismo metodológico em Hayek revisitado. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 26, n. 50, p. 83-110, 2008.
41. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. É o fim das políticas públicas baseadas em achismo? *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, Brasília, 15 de maio de 2021. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#\\_ftn2](https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/observatorio-constitucional-fim-politicas-publicas-baseadas-achismo#_ftn2)

42. COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, Desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 78-78, 1/1993.
43. COUTINHO, Diogo R. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
44. COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Legislação experimental e inovação nas políticas públicas*. JOTA, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/legislacao-experimental-e-inovacao-nas-politicas-publicas-26022019> Acesso em 7 de julho de 2019.
45. CYRINO, André Rodrigues. Separação de Poderes, Regulação e Controle Judicial: Por um Amicus Curiae Regulatório. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, n. 20, 2009/2010.
46. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
47. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privado e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
48. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: significado e correntes*. In: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>.
49. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 178, out./dez. 89.

50. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
51. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
52. FIGUEIREDO, Marcelo. *As Agências Reguladoras: O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.
53. FRANCESCO, Fabrizio de; RADAELLI, Claudio M; TROEGER, Vera E. Implementing regulatory innovations in Europe: the case of impact assesment. *Journal of European Public Policy*, 2011.
54. FRIEDEN, Rob. Wither convergence: legal, regulatory, and trade opportunism in telecommunications. *Santa Clara Computer & High Tech Law Journal*, v. 18, p. 202, 2002.
55. FRIEDMAN, Lawrence. *Impact: How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
56. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
57. FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
58. FUX, Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. *Regulação e “nudge”*: como a Economia Comportamental (Behavioral Economics) pode influenciar políticas regulatórias? In: FONSECA, Reynaldo Soares da, COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
59. GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, Aug. 2017.
60. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

61. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. É constitucional a delegação do poder de polícia a particulares? *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, Brasília, 31 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/constitucional-delegacao-poder-policia-particulares>
62. GRABOSKY, Peter; BRAITHWAITE, John. *Of Manners Gentle: enforcement strategies of Australian business regulatory agencies*. Melbourne: *Oxford University Press*, 1986.
63. GUERRA, Sérgio. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, pp. 261-284.
64. GUERRA, Sérgio. Riscos. *Assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas*. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
65. GOMES, Estevão. *Poder de Polícia no Direito Administrativo Contemporâneo: críticas, modelos alternativos e transformações da polícia administrativa*. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2019.
66. GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. New York: Oxford University Press, 1998.
67. GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Designing Smart Regulation*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998. Disponível em: <<http://www.oecd.org/environment/outreach/33947759.pdf>>. Acesso em: 9 de julho de 2019.
68. HESSE, Konrad. *A interpretação constitucional*. Tradução de Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. Seleção e tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 101-122.

69. HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Victor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. *Revista Brasileira de Economia Política*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 262-282, June 2011.
70. JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 227-250.
71. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. rev. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
72. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
73. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
74. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
75. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Ch. Eisenmann. 2ª Ed. Paris: 1992.
76. KLEIN, Aline Lícia. *O porto organizado como bem público e a delimitação de sua área*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). *Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
77. KLEIN, Aline Lícia. *Delegação de Poder de Polícia*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Administrativo Constitucional, Edição 1, Abril de 2017.
78. KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance*, v. 11, issue 1, pp. 95-108, March 2017, p. 96.
79. KRUEGER, Anne O. Government Failures in Development. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 4, n. 3, pp. 9-23, Summer, 1990.
80. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. DOIS PROBLEMAS DE OPERACIONALIZAÇÃO DO ARGUMENTO DE “CAPACIDADES

- INSTITUCIONAIS". *REI – Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 192-213, jul. 2016.
81. LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, 2011.
82. LEVI-FAUR, David. *Foreword*. In: BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it better*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 8.
83. LEVINE, Michael E; FORRENCE, Jennifer L. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 6, n. 0, p. 167-198, 1990.
84. LYON, Thomas; HUANG, Haizou. *Asymmetric Regulation and incentives for innovation*. *Industrial and Corporate Change*, v. 4, n. 4, 1995.
85. MARRARA, Thiago. O Exercício do poder de polícia por particulares. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
86. MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n.1, 2003.
87. MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. *Agências Reguladoras Independentes*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
88. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 7, n. 28, out./dez. 2009.
89. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, 2002.
90. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. Uber, Whatsapp e Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

91. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 12, n° 46, p. 68, abr./jun. 2014.
92. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Mariana Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan./abr. 2018.
93. MARTINUSSEN, John Dengbol. *Society, State and Market*. Londres: Zed Books, 2017.
94. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
95. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
96. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
97. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
98. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, *Revista Trimestral de Direito Público*, n.1, 1993.
99. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
100. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 7, jul./set. 2006.
101. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
102. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

103. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
104. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: Tomo 2. Coimbra: Coimbra ed., 1988.
105. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
106. MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo Contemporâneo e suas relações com a Economia*. 1ª ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita, 2016.
107. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
108. MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.
109. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
110. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
111. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
112. MOTTA, Fabrício; BONIFÁCIO, Robert. Políticas públicas: o ‘jabuti do bem’. *Revista Consultor Jurídico (ConJur)*, Brasília, 1 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/interesse-publico-politicas-publicas-jabuti-bem>
113. MUELLER, Bernardo. Regulação, Informação e política: uma resenha da teoria política positiva da regulação. *Revista Brasileira de Economia de Empresas*, Brasília, v. 1, n.1, 2001.
114. NORTON, Andy; ELSON, Diane. *What’s behind the budget?* politics, rights and accountability in the budget process. London: ODI, 2002.

115. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, OECD Reviews of Regulatory Reform. Paris: OECD Publishing, 2009.
116. PARKER, Christine. Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal. *Regulation & Governance*, v. 7, n.1, p. 2-13, 2013.
117. PAULANI, Leda Maria. Hayek e o individualismo no discurso econômico. *Lua Nova*, São Paulo, n. 38, p. 97-124, Dec. 1996;
118. PECCI, Alketa. *Regulação e Administração pública*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
119. POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, n. 2, pp. 335-358, 1974.
120. PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P.Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
121. RAMOS, Elival. *A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994
122. RANCHORDÁS, Sofia. Innovation-friendly regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation. *Jurimetrics*, v. 55, n. 2, 2015, pp. 201–224. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2544291>. Acesso em 16 mai. 2021.
123. RAUPP, Mariana. *Por que é tão difícil reduzir o uso da prisão como pena?* Obstáculos cognitivos na reforma penal de 1984. In: FULLIN, Carmen; MACHADO, Maíra Rocha; XAVIER, José Roberto Franco (Org.). *A Racionalidade Penal Moderna: reflexões teóricas e explorações empíricas desde o sul*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 54-80.
124. RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

125. RESENDE, Caio Cordeiro. *Falhas de mercado: uma análise comparativa da Escola do Setor Público Tradicional e da Escola Austríaca*. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília DF, 2012.
126. RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio./ago. 2016.
127. SANTOS, Boaventura. *Para um novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática*. V.1 A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.
128. SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento; Gustavo Binenbojm; Alexandre Santos de Aragão (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.
129. SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Método, 2014.
130. SCHAPIRO, Mario G; MARINHO, Sarah M. Matos. *Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência*. São Paulo: Almedina, 2019, versão digital (E-book Kindle).
131. SCHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico: Direito e Economia na Regulação Setorial*. 1ª ed. Série GVLaw. São Paulo: Saraiva, 2009.
132. SCHIER, Paulo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.
133. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As Agências Reguladoras Independentes e Alguns Elementos da Teoria Geral do Estado*. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

134. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Particulares em colaboração com o exercício do Poder de Polícia*. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. Poder de Polícia na Atualidade. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
135. SCHYMURA, Luiz Guilherme. *Regulação e aspectos institucionais brasileiros*. In: GUERRA, Sérgio. (Org.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 265-266.
136. SECHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 1ª edição, 2012.
137. SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (SENACON/MJSP); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD); ERNST & YOUNG GLOBAL LTDA. *Relatório Final Preliminar da Comissão Especial para Análise do Sistema Regulatório Brasileiro*. Brasília/DF, abril, 2021.
138. SHAVELL, Steven. *The General Structure of the Law and its Optimality*. Foundations of Economic Analysis of Law. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 571-592.
139. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. Malheiros: São Paulo, 2004.
140. STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, pp. 3-21, 1971.
141. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
142. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
143. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
144. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, issue 4, p. 885-951, 2003.

145. SUNSTEIN, Cass R. Nudging: a very short guide. *Journal of Consumer Policy*, vol. 37, issue 4, pp. 583-588, 2014.
146. SUNSTEIN, Cass R. *SIMPLER: The Future of Government*. New York: Simon and Schuster Paperbacks, 2013.
147. SUNSTEIN, CASS. Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014.
148. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método. 2011.
149. TAVARES, André. *Curso de Direito Constitucional*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
150. THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
151. TOJAL, Sebastião B. B. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
152. TRICOT, J. *Éthique à Nicomaque*. Nouvelle traduction avec traduction. Paris: Vrin, 1959.
153. TUSHNET, Mark. Progressive Constitutionalism: What is “It”? *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 72, n. 6, pp. 1073-1082, 2012.
154. VAZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, jun. 2011.
155. WEISMANN, Dennis L. Default capacity tariffs: smoothing the transitional regulatory asymmetries in the telecommunications market. *Yale Law Journal on Regulation*, v. 5, 1998.
156. YEUNG, Karen. ‘Hypernudge’: Big Data as a Mode of Regulation by Design. *Information, Communication & Society*, 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2807574>>.

## JURISPRUDÊNCIA – PARTE I

1. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.661.493/SP*. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 20/08/2018.
2. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *HC 40.865/SP*. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 22/08/2005.
3. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 817.534/MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe de 10/12/2009.
4. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Representação de Inconstitucionalidade 1.012*. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 27/9/1979, DJ de 5/11/1979.
5. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 2*. Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgada em 6/2/1992, DJ de 21/11/1997.
6. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.310 MC*. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/200, DJ 01/02/2001.
7. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 1.717*, Rel. Min. Sydney Sanches, PLENÁRIO, DJ 28/03/2003.
8. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.923*, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 8/11/2017, DJe de 5/4/2018.
9. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.874*. Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgada em 1º/2/2018, DJe de 1º/2/2019.
10. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ARE 1.142.032-AgR*. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31/8/2018, DJe de 17/9/2018.
11. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RG – *RE 640905*. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 15/12/2016, DJe 01-02-2018.

12. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 1668*. Rel. Min. Marco Aurélio, PLENÁRIO, julgado em 20/08/1998, DJe 31/08/1998.
13. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 3305*. Rel. Min. Eros Grau, PLENÁRIO, julgado em 13/09/2006, DJ 24/11/2006.
14. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ARE n° 662.186/MG*, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012.
15. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADI 4923*. Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 08/11/2017, DJe 05-04-2018.
16. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101*. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 24/06/2009. DJ 19/06/2012. Voto-Vista Ministro Eros Roberto Grau, p. 3.
17. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 154027*, Rel. Min. Carlos Velloso, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 20-02-1998.
18. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 898450*, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, julgado em 17/08/2016, DJ 31-05-2017.
19. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE 633.782*, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, DJe de 25/11/2020.

## ATOS NORMATIVOS – PARTE I

1. BRASIL, Congresso Nacional. Emenda Constitucional n° 109, de 15 de março de 2021. [Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; acrescenta à Constituição Federal os arts. 164-A, 167- A, 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G; revoga dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e institui regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvincula parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as

- consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19]. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 mar. 2021, pp. 4-5. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm)
2. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. [Cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências]. *Diário Oficial da União*, 28 set. 2005, p.1. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm)
  3. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. [Dispõe sobre o Código Brasileiro De Aeronáutica]. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 1986, p. 19.567. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm).
  4. BRASIL, Congresso Nacional. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. [Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal]. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 1999, p. 1.
  5. BRASIL, Presidência da República. Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009. [Aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e dá outras providências]. *Diário Oficial da União (DOU)*, 19 fev. 2009, p. 2.
  6. BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Instrução Normativa nº 154, de 20 de março de 2020. *Boletim de Pessoal e Serviços (BPS/ANAC)*, nº 12, seção 1, 24 mar. 2020. Disponível em [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020/@@display-file/arquivo\\_norma/IN2020-0154%20-%20Retificado.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/instrucoes-normativas/2020/instrucao-normativa-no-154-20-03-2020/@@display-file/arquivo_norma/IN2020-0154%20-%20Retificado.pdf).
  7. BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018. [Estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC]. *Diário Oficial da União (DOU)*, Seção 1, 7 jun. 2018, p. 74. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-472-06-06-2018>.

8. BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n° 599, de 14 de dezembro de 2020. [Estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, bem como à regulamentação editada para discipliná-las, e para a aplicação das providências administrativas delas decorrentes]. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 15 dez. 2020, pp. 63-65. Disponível em <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2020/resolucao-no-599-14-12-2020>.
9. BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, *Guia AIR: Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório*. Brasília, agosto de 2020. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/participacao-social/agenda-regulatoria/arquivos/guia\\_air\\_v00.pdf](https://www.anac.gov.br/participacao-social/agenda-regulatoria/arquivos/guia_air_v00.pdf)
10. BRASIL, AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Monitoramento e Avaliação de Resultado Regulatório (M & ARR)*. Diretrizes para implementação de M & ARR na Anvisa. 04/12/2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/publicacao-monitoramento-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – PARTE II

1. ABRAHAM, Kenneth S. *The forms and functions of Tort Law*. New York: Foundation Express, 2007.
2. ACHARYA, Viral V; COOLEY, Thomas; RICHARDSON, Matthew; WALTER, Ingo. Market Failures and Regulatory Failures: lessons from past and present financial crisis. ABDI Working Paper Series no. 264, February 2011.
3. ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Padova: Cedam, 2004.
4. ANAC, Passageiros contarão com totens de autoatendimento em 24 aeroportos. <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/passageiros-contarao-com-totens-de-autoatendimento-em-24-aeroportos>. Acesso em: 25 abr. 2021.
5. ANAC. Empresas aéreas brasileiras e estrangeiras estão ativas no Consumidor.gov.br. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/empresas-aereas-brasileiras-e-estrangeiras-estao-ativas-no-consumidor-gov.br>. Acesso em: 25 abr. 2021.
6. ANEEL. Nota Técnica nº. 331/2015-SFF/ANEEL. Disponível em: [http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/072/resultado/nt\\_331\\_2015\\_de\\_9\\_12\\_2015\\_\(ap\\_72\\_2014\).pdf](http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2014/072/resultado/nt_331_2015_de_9_12_2015_(ap_72_2014).pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.
7. ANEEL. Parecer nº 557/2015/PFANEEL/PGF/AGU, Disponível em: [http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/492554/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_parecer%20557-2015.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/492554/RESPOSTA_PEDIDO_parecer%20557-2015.pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.
8. ANS, Diretores da ANS se reúnem com titular da Senacon. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4916-diretores-da-ans-se-reunem-com-titular-da-senacon>. Acesso em: 25 abr. 2021.
9. ANS, Norma de fiscalização da ANS recebe menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/4779-norma-de-fiscalizacao-da-ans-recebe-mencao-honrosa-no-premio-fgv-direito-rio>. Acesso em: 25 abr. 2021.
10. ANS, Norma de fiscalização da ANS recebe menção honrosa no Prêmio FGV Direito Rio. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/sobre-a-ans/2820-ans-e-premiada-em-concurso-nacional-de-inovacao-em-gestao>. Acesso em: 25 abr. 2021.
11. ANS, Notificação de Investigação Preliminar, p. 5. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O\\_DIFIS\\_-\\_NIP.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/noticias/pdf/APRESENTA%C3%87%C3%83O_DIFIS_-_NIP.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.
12. ANS. Dia mundial do consumidor. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/4895-dia-mundial-do-consumidor>. Acesso em: 25 abr. 2021.

13. ARTAZA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, v. 8, n. 16, dez. 2013.
14. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
15. B3. Programa estatais. Disponível em: [http://www.bmfbovespa.com.br/pt\\_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/](http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/governanca-de-estatais/). Acesso em: 25 abr. 2021.
16. BARRETO, Jurandir Sá; LOPES, Lorena dos Santos. NIP: Medida extrajudicial à saúde nos processos que envolvam as assistências médicas privadas, em casos de obesidade. *Direitos fundamentais e alteridade*, v. 1, 2018.
17. BECKER, Gary. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. v. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.
18. BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles D. *The governance of privacy. Policy instruments in global perspective*. Cambridge: The MIT Press, 2006.
19. CADE. Guia: programas de compliance. Brasília: CADE, 2016.
20. CARBONNIER, Jean. Derecho Civil. Tomo I. Volume I. Tradução de Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1960.
21. CIALDINI, Robert B. *Pré-suasão*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.
22. CNJ. CNJ premia Mercado Livre por conciliar conflitos antes do processo judicial, Regina Bandeira. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-premia-mercado-livre-por-conciliar-conflitos-antes-do-processo-judicial/>>. Acesso em: 25 abr. 2021.
23. COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde: o quadro da EU do governo das sociedades. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0164&from=EN>. Acesso em: 25 abr. 2021.
24. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, Programas de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília: CGU, 2015. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-eintegridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2021.
25. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Conferência Lei Empresa Limpa. Disponível em: < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2017/lei-empresa-limpa-premiacao-empresas-pro-etica-2017> >. Acesso em: 25 abr. 2021.
26. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Empresa Pró-Ética. Disponível em: < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica> >. Acesso em: 25 abr. 2021.
27. CUESTA, J. L. Una “nueva” línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas. In: MESSUTI, A., SANPEDRO ARRUBLA, J. A.

- La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: Editorial Universidad 2001, p. 65-80. p. 72.
28. DOBBIN, Frank. *The new economic sociology. A reader*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
29. DOJ. FCPA Resource Guide. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide> e <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.
30. ECGI. Principles of corporate governance. Disponível em: <https://ecgi.global/code/principles-corporate-governance-2016>. Acesso em: 25 abr. 2021.
31. ELSÉN, Whitney. Workplace Violence: Vicarious Liability and Negligence Theories as a Two-Fisted Approach to Employer Liability. Is Louisiana Clinging to an Outmoded Theory? *Louisiana Law Review*. v. 62, n. 897, 2002.
32. ERP, Judith van. Naming and shaming in regulatory enforcement. *Explaining Compliance*. pp. 322-342, nov. 2011. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/9781848448858.00023.xml>>. Acesso em: 25 abr. 2021.
33. ESTADOS UNIDOS. *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*. Washington: 2014. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/2014/2014-ussc-guidelines-manual>. Acesso em: 25 abr. 2021.
34. FISSE, Brent. BRAITHWAITE, John. *Corporations, crime and accountability*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1993.
35. FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
36. FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para efetividade dos programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
37. FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Corrupção, cultura e compliance: o papel das normas jurídicas na construção de uma cultura de respeito ao ordenamento. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
38. FRAZÃO, Ana. Corrupção e compliance: um exame da questão à luz das relações entre direito, ética e moral. In: LAMACHIA, Claudio; PETRARCA, Carolina. *Compliance: Essência e Efetividade*. Brasília: OAB. Conselho Federal, 2018.
39. FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência. Pressupostos e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

40. FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
41. FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades limitadas. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro (Coord.). Sociedade Limitada Contemporânea. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
42. FRAZÃO, Ana. Dever de diligência. *Jota*. Disponível em: [/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017](http://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017). Acesso em: 25 abr. 2021.
43. FRAZÃO, Ana. Impactos do compliance sobre a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-do-compliance-sobre-a-responsabilidade-administrativa-de-pessoas-juridicas-29072020>. Acesso em: 25 abr. 2021.
44. FRAZÃO, Ana. Qual deve ser o interesse social das companhias? Reflexões sobre as insuficiências da teoria da maximização do valor das ações especialmente no direito brasileiro. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/qual-deve-ser-o-interesse-social-das-companhias-27032019>. Acesso em: 25 abr. 2021.
45. FRAZÃO, Ana. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-frazao-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>. Acesso em: 25 abr. 2021.
46. GALGANO, Francesco. Diritto Privato. Padova: Cedam, 2004.
47. GINOSAR, Avshalom. Co-Regulation: From Lip-Service To A Genuine Collaboration – The Case Of Regulating Broadcast Advertising In Israel. *Journal of Information Policy*. v. 3, pp. 103-122, 2013.
48. GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard. (Org). *The Sociology of Economic Life*. Colorado: Vestview Press, 2011.
49. GREENBERG, Joshua D.; BROTMAN, Ellen C. Reducing corporate criminality: evaluating department of justice policy on the prosecution of business organizations and options for reform: article: strict vicarious criminal liability for corporations and corporate executives: stretching the boundaries of criminalization. *American Criminal Law Review*. v. 51, n.79, 2014.
50. GRUNER, Richard S.; BROWN, Louis M. Organizational justice: recognizing and rewarding the good citizen corporation. *Journal of corporate law*. v. 21, 1995-1996.
51. GUERRA, Sandra. *A caixa-preta da governança*. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

52. GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 137, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 25 abr. 2021.
53. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 3ª ed. Madri: Editorial Trota S/A, 2001.
54. HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies should maximize shareholder value not market value. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/should\\_july16\\_2.03.16\\_pm\\_2.04.33\\_pm.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/should_july16_2.03.16_pm_2.04.33_pm.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.
55. HEINE, Günther. La responsabilidad penal de las empresas: evolución histórica y consecuencias nacionales. In: POZO, José Hurtado. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Madri: Grijley, 1997.
56. HIRSCH, Dennis D. The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation? *Seattle University Law Review*. v. 34, n. 2, pp. 439-480, 2011.
57. HOPT, Klaus J. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 1, pp. 1-76, jan. 2011.
58. IBGC, Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.
59. IPEA, Resolução extrajudicial de conflitos entre consumidores e operadoras de planos de saúde. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/images/labgov/Inovacoes/cases/case-premio-19\\_3.pdf](http://www.ipea.gov.br/images/labgov/Inovacoes/cases/case-premio-19_3.pdf). Acesso em: 25 abr. 2021.
60. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar. Duas formas de pensar*. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.
61. KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra editora, 2011. ANAC. Programa de segurança operacional específico. Disponível em: <<https://www2.anac.gov.br/biblioteca/plano/PSOE-ANAC.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2021.
62. KRAAKMAN, Reinier et al. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
63. LATZER, Michael; JUST, Natascha; SAUWEIN, Florian; SLOMINSKI, Peter. Regulation Remixed: Institutional Change through Self and Co-Regulation in the Mediamatics Sector. *Communications & strategies*. n. 50, p. 127-157, 2003.
64. LAUFER, William S. Corporate Liability, risk shifting, and the paradox of compliance. *Vanderbilt law Review*. v. 52, 1999.
65. LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

66. LISTER, Jane Evelyn. *Co-Regulating Corporate Social Responsibility: Government Response to Forest Certification In Canada, The United States And Sweden*. 2009. 375 f. Tese (Doutorado) – The University of British Columbia, The Faculty of Graduate Studies, Vancouver, 2009. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Co-regulating-corporate-social-responsibility-%3A-to-Lister/d7cddf63f014d03aeb799d5f4742b3041d4f8425>. Acesso em: 25 abr. 2021.
67. LOPES, Reinaldo José. Carteira perdida com dinheiro tem maior chance de voltar para o dono. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2019/06/carteira-perdida-com-dinheiro-tem-maior-chance-de-voltar-para-o-dono.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2019.
68. MARTÍN, Adán Nieto. La responsabilidad penal de las persnas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva doctrina penal*. n.1, p.125-159, 2008.
69. MEDINA OSÓRIO, Fábio. O Princípio da Culpabilidade e a Improbidade Administrativa na Lei 8.429/92. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. (Org.). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ed. Salvador: Juspodivm.
70. MILHAUPT, Curtis; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.
71. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Senacon lança ferramenta consumidor em números. <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94>. Acesso em: 25 abr. 2021.
72. NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
73. OCDE. G20/OECD Principles of corporate governance. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm>. Acesso em: 25 abr. 2021.
74. OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Manual de Governo das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2018.
75. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XLIX. Campinas: Bookseler, 2000.
76. PRÊMIO INNOVARE. Projeto Action/ Mercado livre. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/projeto-action-mercado-livre/print>. Acesso em: 25 abr. 2021.
77. REIDENBERG, J. Lex informatica: the formulation of information policy rules through technology. *Texas Law Review* 76, pp. 552-593, 1998.
78. REINO UNIDO, Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em 25 abr. 2021.

79. REINO UNIDO. Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010*: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
80. REY, Daniela Weber. Effects of the Better Regulation Approach on European Company Law and Corporate Governance, 2007, disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ecomflr4&div=28&id=&page=&t=1559320865>. Acesso em: 25 abr. 2021.
81. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Ferreira Dittrich, Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas, *Revista de Informação Legislativa*, n. 205, jan./mar. 2015.
82. RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Law*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2475959](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959). Acesso em: 25 abr. 2021.
83. ROGER, Apolline. Quelle implication des destinataires de la norme? La voie de la corégulation. *Vertigo*. v. 6, 2009.
84. ROWLAND, Diane; KOHL, Uta; CHARLESWORTH, Andrew. *Information Technology Law*. New York: Routledge, 2017.
85. RUBINSTEIN, Ira. The future of self-regulation is co-regulation. In: SELINGER, Evan. *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
86. SALOMÃO FILHO, Calixto. O Novo Direito Societário. Eficácia e Sustentabilidade. São Paulo: Saraiva, 2019.
87. SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. v.1., p. Lima: Fondo, 2001.
88. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.
89. SOLTES, Eugene. *Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal*. New York: Public Affairs, 2016.
90. STARTSE. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de “desjudicialização” na resolução de conflitos, Tainá Freitas. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito>. Acesso em: 25 abr. 2021.
91. STIGLITZ, Joseph E. *Rewriting the rules of the American Economy: an agenda for growth and shared prosperity*. Nova Iorque: W. W. Norton, 2015, edição *kindle*.
92. STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law*. v. 39, n.769, 2014.
93. SUNSTEIN, Cass. *The ethics of influence. Government in the age of Behavioral Science*. New York: Cambridge University Press, 2016.

94. SYKES, Alan O. The boundaries of vicarious liability: an economic analysis of the scope of employment rule and related legal doctrines. *Harvard Law Review*. v. 101, n. 563, p. 563-609, 1988.
95. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge*. London: Penguin Books, 2009.
96. THALER, Richard. *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*. New York: W.W Norton & Company, 2015.
97. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. In: COLOMER, Juan Luis Gómez; CUSSAC, José Luis GONZÁLEZ. *La reforma de la justicia penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*. Madrid: Universitat Jaume I, 1997.
98. TURNBULL, Shann. *Correcting the failures in Corporate Governance Reforms*, pp. 1-8, nov. 2018. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1021482](http://papers.ssrn.com/abstract_id=1021482)>. Acesso em 25 abr. 2021.
99. TURNBULL, Shann. Outcome based self-enforcing co-regulation: A de-regulation strategy to reduce the cost of equity, compliance and regulation. *International Institute for Self-governance*, pp. 1-18, abr. 2007.
100. UNEP FINANCE INITIATIVE. Principles for responsible investing. Disponível em: <https://www.unpri.org/>. Acesso em: 25 abr. 2021.
101. YADIN, Sharon. Regulatory Shaming. *49 Lei Ambiental 407*. pp. 407-451, dez. 2018. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3290017&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3290017&download=yes)>. Acesso em: 25 abr. 2021.
102. ZIMMERMAN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Joanesburgo: Juta & Co, 1992.

## JURISPRUDÊNCIA – PARTE II

1. TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.
2. TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
3. TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012.
4. TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009.
5. TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.