

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO BARBELLI FEITOSA**

**A REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES A PARTIR DA PERSPECTIVA DA TEORIA  
DA “SMART REGULATION”**

Brasília - DF  
2023

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FERNANDO BARBELLI FEITOSA**

**A REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES A PARTIR DA PERSPECTIVA DA TEORIA  
DA “SMART REGULATION”**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iório Aranha

Brasília - DF  
2023

**FERNANDO BARBELLI FEITOSA**

**A REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES A PARTIR DA PERSPECTIVA DA TEORIA  
DA “SMART REGULATION”**

Esta tese foi julgada adequada para obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, UnB.

Banca examinadora:

---

Professor Doutor Márcio Iorio Aranha  
Universidade de Brasília (UnB)  
Orientador

---

Professor Doutor Francisco Gildemir Ferreira da Silva  
Universidade Federal do Ceará (UFC)  
Examinador

---

Professor Doutor Gabriel de Mello Galvão  
Universidade de São Paulo (USP)  
Examinador

---

Professor Doutor Marcelo Pereira Queiroz  
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)  
Examinador

---

Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias  
Universidade de Brasília (UnB)  
Examinadora

Brasília-DF, 27 de fevereiro de 2023

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que direta ou indiretamente colaboraram com este projeto, sobretudo os amigos da ANTT, ANAC e SAC.

Agradeço também aos amigos que apoiam no GETRA, que foi tão importante para a concepção deste estudo, sobretudo para o Gabriel Galvão e o Marcelo Pereira Queiroz. Igualmente, à Profa. Inez Lopes, pelos projetos conjuntos com o GDIP e pela atividade inspiradora que exerce.

Em especial, agradeço à Lívia dos Anjos, pela revisão do texto, e à Dani Crema, que me vendeu “o primeiro tijolinho deste Castelo”.

Afinal, meu profundo agradecimento ao meu orientador, Professor Márcio Iório Aranha, que acreditou no projeto e fomentou o aprofundamento nos estudos da regulação dos transportes.

## RESUMO

Esta tese tem por objeto analisar o processo regulatório dos transportes, sob a perspectiva da teoria da *Smart Regulation*, que considera a utilização de múltiplos instrumentos regulatórios ao invés da política unívoca do comando e controle e a cooperação dos diversos agentes envolvidos para a produção de uma regulação mais efetiva. Inicialmente direcionada para a regulação ambiental, vale observar como a referida teoria de *design* regulatório tem pertinência para a análise de outros domínios econômicos. Para essa atividade, segue-se o método de abordagem descritivo e lógico-indutivo, promovendo-se uma revisão bibliográfica do marco teórico e uma descrição dos modelos de regulação vigentes para os diversos subsetores de transportes, para propor a análise de três casos de forma pormenorizada, a fim de identificar a incidência de preceitos da *Smart Regulation* e propor aprimoramento regulatório. Verificou-se que, ante a autonomia do direito regulatório dos transportes no Brasil, promoveu-se uma regulação bastante diversificada em seus subsetores, sendo certo que alguns deles adotam preceitos da regulação responsiva e da *Smart Regulation* e outros ainda se escoram no modelo puro de comando e controle. Nos casos estudados, pode-se constatar que nos serviços de transporte aéreo de passageiros doméstico e internacional, a autoridade regulatória buscou aplicar os conceitos de pluralismo regulatório, para ampliar as ferramentas regulatórias aplicáveis e envolver outros agentes públicos no processo de regulação, bem como trouxe mecanismos de autorregulação, denotando uma aproximação do marco teórico estudado. Por outro lado, na regulação das rodovias brasileiras federais concedidas, mantém-se um modelo mais centrado em multas por ocorrência pontual, com algumas tentativas de aplicação de novos instrumentos regulatórios, mal assimilados pela Agência setorial e pelos regulados. No último caso, na nascente estrutura regulatória da navegação aérea, observou-se que há uma resistência na adoção de mecanismos que se aproximam da regulação responsiva e da *Smart Regulation*, ainda que venham a ser recomendados por autoridades setoriais internacionais. Dessa forma, serve a presente tese para apontar uma tendência de adoção de elementos de teorias regulatórias responsivas em diversos subsetores dos transportes, não obstante esteja claro que ainda não incidem iniciativas de sua aplicação de forma sistêmica ou alinhada pelas políticas públicas que orientam este setor econômico. Sobre este mister, o Ministério setorial tem promovido ações, ainda tímidas, para a ordenação setorial, sendo certo que não se vislumbram orientações transversais de políticas públicas que possam viabilizar uma disposição regulatória mais uniforme. Foi mostrado que, em algumas relevantes indústrias de transportes, a regulação já diversifica seus instrumentos regulatórios, mas se escora no comando e controle como sua principal ação regulatória para influenciar no comportamento prospectivo do regulado, não obstante os custos atrelados a essa opção. Outro resultado destacado é que os terceiros interessados na indústria de transportes e os grupos de interesse público nem sempre são integrados ao processo regulatório e, por isso, contribuem pouco para o estabelecimento de uma regulação mais efetiva. Afinal, espera-se incentivar a pesquisa jurídica sobre a teoria de regulação responsiva e seus mecanismos de *compliance*.

Palavras-Chave: *Smart Regulation*. Regulação Jurídica dos Transportes. Políticas públicas.

## ABSTRACT

This thesis analyzes the regulation of transport in Brazil, by way of applying the theory of smart regulation, which considers the use of multiple regulatory tools instead of the univocal policy of command and control and the cooperation of the actors involved, in order to deliver a more effective outcome. The theory, that was at first directed to environmental regulation, proposes a relevant regulatory design for the analysis of other economic domains. The descriptive and logical-inductive method of approach is followed by a bibliographic review of the theoretical framework and a description of the current regulation models in force for the various transport subsectors, to propose the analysis of three cases in detail, to identify the incidence of Smart Regulation precepts and propose regulatory improvements. Given the autonomy of the proposed transport regulatory law, a very diversified regulation was promoted in its subsectors, being certain that some of them adopt the precepts of responsive regulation and smart regulation and others still adopt the pure command-and-control approach. In the cases studied, in the air transport services, domestic and international, the regulatory authority sought to apply the concepts of regulatory pluralism, to expand the applicable regulatory tools and involve other public agents in the regulation process, as well as self-regulation mechanisms, denoting an approximation of the theoretical framework studied. On the other hand, in the regulation of Brazilian federal highways concessions, a model more focused on fines for each punctual occurrence is maintained, with some attempts to apply new regulatory instruments, poorly assimilated by the sectoral Agency and those regulated agents. After all, in the nascent regulatory structure of air navigation, there is resistance in the adoption of mechanisms that approach responsive regulation and smart regulation, even if they are recommended by international authorities. This thesis found a tendency of adoption of elements of responsive regulatory theories in several subsectors of transport, although it is clear that initiatives of its application in a systemic way or aligned with public policies that guide the economic sector are still missing. Regarding this matter, the sectorial Ministry has promoted actions, still timid, for the integration of modes, being certain that there are no transversal guidelines that could enable a more uniform regulatory provision on this sector. Finally, we show that, in some relevant transport industries, the regulation process is already adopting other regulatory instruments, but it still relies on command-and-control as its main action to influence the prospective behavior of regulates, despite the costs linked to this option. In addition, we want to highlight that commercial third parties' actors and public interest groups are rarely integrated into the regulatory process and, therefore, contribute little to the establishment of more effective regulation. After all, we hope to encourage legal research on the responsive regulation theory and its compliance mechanisms.

Keywords: Smart Regulation. Transport Legal Regulation. Public Policies.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 Pirâmides de Conformidade e de Estratégias Regulatórias.....	27
FIGURA 2 Pirâmides de Estímulo e de Conformidade.....	29
FIGURA 3 Diamante Regulatório.....	29
FIGURA 4 Pontuação das Concessionárias no IDA 2021.....	155
FIGURA 5 Valores de Multas decorrentes de infração à Resolução nº 400/2016.....	218
FIGURA 6 Pirâmide de Conformidade e Diamante Regulatório da ANAC.....	220



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABEAR	Associação Brasileira das Empresas Aéreas
ACC	<i>Area Control Center</i> /Centro de Controle de Área
AIS	<i>Aeronautical Information Service</i> /Serviços de Informações Aeronáuticas
ALADI	Associação Latino-Americana de Integração
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANSP/PSNA	<i>Air Navigation Service Provider</i> /Provedora de Serviços de Navegação
Aérea	
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANUT	Associação Nacional dos Usuários de Transporte de Cargas
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APP	Controle de Aproximação
ARTESP	Agência de Transportes do Estado de São Paulo
ATM	<i>Air Traffic Management</i> /Gestão de Tráfego Aéreo
ATS	<i>Air Traffic Services</i> /Serviços de Tráfego Aéreo
BAF	<i>Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung</i> /Departamento Federal de
Supervisão do Controle do Espaço Aéreo	
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CCB	Código Civil Brasileiro
CCOM	Código Comercial
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CENIPA	Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes

CERF	Comissão de Estradas de Rodagens Federais
CERNAI	Comissão de Estudos Relativos à Navegação Aérea Internacional
CEs	Constituições Estaduais
CFTV	Circuito Fechado de TV
CGTA	Condições Gerais de Transporte Aéreo
CGU	Controladoria-Geral da União
CIAC	Centro de Instrução de Aviação Civil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNA	Confederações Nacionais da Agricultura e Pecuária
CNI	Confederações Nacionais da Indústria
CNPq	Conselho Nacional de Pesquisas
CNT	Confederações Nacionais dos Transportes
CNS	<i>Communication, Navigation and Surveillant</i> /Comunicação, Navegação e Vigilância
COMAER	Comando da Aeronáutica
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
COSIGUA	Companhia Siderúrgica da Guanabara
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
CTA	<i>Canadian Transportation Agency</i> /Agência Canadense de Transportes
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DAC	Departamento de Aviação Civil
DBT	Desconto Básico de Tarifa
DECEA	Departamento de Controle do Espaço Aéreo

DGAC	Direção Geral de Aeronáutica Civil
DEPV	Diretoria de Eletrônica e Proteção de Voo
DES	Direito Especial de Saque
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagens
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DNPVN	Departamento Nacional de Portos e Navegação
DOU	Diário Oficial da União
DP	Defensoria Pública
DUF	Desconto de Usuário Frequente
EANA	<i>Empresa Argentina de Navegación Aérea</i> /Empresa Argentina de Navegação Aérea
EASA	<i>European Union Aviation Safety Agency</i> /Agência Européia para a Segurança da Aviação
EMAER	Estado Maior da Aeronáutica
Embraer	Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.
EPL	Empresa de Planejamento e Logística S.A.
EPTA	Estação Prestadora de Serviços de Telecomunicações Aeronáuticas
FAA-ATO	<i>Federal Aviation Administration – Air Traffic Organization</i> /Administração Federal de Aviação – Organização de Tráfego Aéreo
FMI	Fundo Monetário Internacional
FRN	Fundo Rodoviário Nacional
GEIA	Grupo Executivo da Indústria Automobilística
GEIPOT	Grupo Executivo de Integração da Política dos Transportes
GRUAIRPORT	Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos
IATA	<i>International Air Transport Association</i> /Associação Internacional de Aviação Civil
Ibama	Instituto Brasileiro Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

ICAO/OACI Internacional	<i>International Civil Aviation Organization</i> /Organização da Aviação Civil
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDA	Índice de Desenvolvimento Ambiental
IFC	<i>International Finance Corporation</i> /Empresa Financeira Internacional
IFE	Inspetoria Federal de Estradas
IMO	Organização Marítima Internacional
Infraero	Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
Inmetro	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
INPO Nuclear	<i>Institute of Nuclear Power Operations</i> /Instituto de Operações de Energia
IPR	Instituto de Pesquisas Rodoviárias
IPTU	Imposto Territorial Predial Urbano
ISSQN	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
ISTR	Imposto sobre transporte rodoviário
ITL	Instituto de Transporte e Logística
ITS	<i>Intelligent Transportation Systems</i> / Sistemas Inteligentes de Transporte
IULCLG	Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos
JAC	Junta Aeronáutica Civil
LC	Lei Complementar
LOs	Leis Orgânicas
MAER	Ministério da Aeronáutica
MAPA	Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
MBR	Minerações Brasileiras Reunidas
MEF	Modelagem Econômico-Financeira
MInfra	Ministério da Infraestrutura

MJSP	Ministério da Justiça e Segurança Pública
MP	Ministério Público
MT	Ministério dos Transportes
MTPA	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil
MVOP	Ministério de Viação e Obras Públicas
NATS	<i>National Air Traffic Control Services</i> /Serviço Nacional de Controle do Tráfego Aéreo.
NAV Brasil	NAV Brasil – Serviços de Navegação Aérea S/A
NTC&Logística	Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIA	Organismo de Inspeção Acreditado
PER	Programa de Exploração Rodoviária
PF	Polícia Federal
PIN	Programa de Integração Nacional
PNAC	Política Nacional da Aviação Civil
PNAE	Passageiro com Necessidade de Assistência Especial
PNAVSEC	Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil contra Atos de Interferência Ilícita
PND	Plano Nacional de Desestatização
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PNV	Plano Nacional de Viação
PRF	Polícia Rodoviária Federal
Portobrás	Empresa de Portos do Brasil
PPI	Programa de Parcerias e Investimentos
Procon	Órgão de proteção e defesa do consumidor
PROCROFE	Programa de Concessões Rodoviária Federal

RAC	Regulamentos Aeronáuticos da Colômbia
RAE	Repartição de Águas e Esgotos
RBAC	Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil
RCR	Regulamento de Concessões Rodoviárias
RDT	Recurso de Desenvolvimento Tecnológico
Reidi	Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura
RETOFF	Relatório técnico, operacional, físico e financeiro
RFFSA	Rede Ferroviária Federal S.A.
SAC	Serviços de Atendimento ao Consumidor
SAC-PR	Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República
SAI	Sistemas Automatizados Integrados
Senacon	Secretaria Nacional do Consumidor
SENAT	Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte
SEST	Serviço Social do Transporte
SISCEAB	Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro
SITAR	Sistema de Integração da Aviação Civil
SNC	Serviço Nacional do Consumidor
SNT	Sistema Nacional de Trânsito
SPV	Sistema de Proteção de Voo
STF	Supremo Tribunal Federal
SUDAM	Superintendências de Desenvolvimento da Amazonia
SUDENE	Superintendências de Desenvolvimento do Nordeste
TAN	Tarifa de Uso das Comunicações e Auxílios à Navegação Aérea em Rota
TASA	Telecomunicações Aeronáuticas S.A.
TAT	Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios-Rádio à Navegação Aérea em Área de Controle de Aproximação e em Área de Controle de Aeródromo

TCR	Taxa de Conservação Rodoviária
TCU	Tribunal de Contas da União
TFAC	Taxa de Fiscalização da Aviação Civil
TRO	Termo de Registro de Ocorrência
TRU	Taxa Rodoviária Única
TRW	Torre de controle do aeródromo
UAEAC	Unidade Administrativa Especial de Aeronáutica Civil
UE	União Europeia
UF	Unidade de Fomento
Usiminas	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A
Vale	Vale S.A.
Valec	Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A
VARIG	Viação Aérea Riograndense S.A.
VASP	Viação Aérea São Paulo S.A.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>18</b>
<b>2 SMART REGULATION E O DESENHO DO PROCESSO REGULATÓRIO.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 A relevância dos instrumentos regulatórios e sua variedade .....</b>	<b>35</b>
2.1.1 Regulação de comando e controle .....	37
2.1.2 Autorregulação e Voluntarismo .....	40
2.1.3 Mecanismos de educação e informação .....	44
2.1.4 Instrumentos econômicos .....	50
2.1.5 Livre mercado, na perspectiva ambiental e <i>Sandbox</i> regulatório .....	57
2.1.6 Conclusões parciais .....	58
<b>2.2 Agentes setoriais envolvidos na regulação e seu potencial.....</b>	<b>59</b>
2.2.1 Organizações sociais e entidades paraestatais e o processo regulatório.....	60
2.2.2 O papel dos agentes econômicos relacionadas ao mercado e suas associações .....	67
2.2.3 Agentes públicos transversais e outros relacionados ao serviço de transportes .....	75
2.2.4 Relação entre Poder Público e os agentes setoriais .....	80
2.2.5 Interações entre instrumentos e agentes .....	82
<b>2.3 Considerações gerais sobre a teoria e motivação de sua escolha .....</b>	<b>84</b>
<b>3 PROCESSO REGULATÓRIO DOS TRANSPORTES.....</b>	<b>87</b>
<b>3.1 Conceito Constitucional Brasileiro de Direito dos Transportes.....</b>	<b>88</b>
<b>3.2 Processo Administrativo Brasileiro dos Transportes.....</b>	<b>92</b>
3.2.1 Processo Administrativo e normas da Administração Pública.....	92
3.2.2 Da composição de um direito administrativo dos transportes.....	94
3.2.3 Parâmetros substantivos e processuais para as normas administrativas.....	96
3.2.4 Desenho Institucional Mínimo .....	98
<b>3.3 Normas regulamentares dos transportes.....</b>	<b>100</b>
3.3.1 Do Processo Administrativo nos transportes terrestres (ANTT).....	101
3.3.2 Do Processo Administrativo nos transportes aquaviários (ANTAQ).....	105
3.3.3 Do Processo Administrativo nos transportes aéreos (ANAC).....	108
<b>3.4. Conclusões Parciais .....</b>	<b>110</b>
<b>4 TRANSPORTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>112</b>
<b>4.1 Serviços Públicos na consecução de Direitos Fundamentais .....</b>	<b>113</b>
<b>4.2 Definição de serviço público direcionado para os direitos fundamentais .....</b>	<b>119</b>
<b>4.3 Papel do Estado no desenvolvimento e na inovação nos serviços públicos .....</b>	<b>123</b>
<b>4.4 O serviço de transportes na realização de direitos fundamentais.....</b>	<b>124</b>
<b>4.5 Conclusões Parciais .....</b>	<b>126</b>
<b>5 ESTUDO DE CASO 1: INFRAESTRUTURAS RODOVIÁRIAS FEDERAIS .....</b>	<b>128</b>
<b>5.1 Evolução Histórica.....</b>	<b>128</b>
5.1.1 Estruturação inicial da Administração Pública Federal.....	130
5.1.2 Formação das Políticas Públicas e da Regulação .....	131
5.1.3 Indústria pesada, estruturas de fomento, pesquisa e consolidação .....	134
<b>5.2 Desestatização e concessões federais .....</b>	<b>137</b>



5.2.1 A política pública das concessões de rodovias federais .....	139
5.2.2 As etapas das concessões rodoviárias federais .....	140
<b>5.3 A regulação contemporânea e gestão rodoviária.....</b>	<b>144</b>
5.3.1 Modelo contratual e a regulamentação .....	145
5.3.2 Normas e instrumentos regulatórios aplicados ao contrato de concessão .....	149
5.3.3 Reforma regulatória e perspectivas .....	165
<b>5.4 Conclusões parciais .....</b>	<b>167</b>
<b>6 ESTUDO DE CASO 2: TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS.....</b>	<b>169</b>
<b>6.1 Panorama Histórico dos Serviços de Transporte Aéreo .....</b>	<b>169</b>
6.1.1 Estruturação setorial e processo de liberação das tarifas.....	170
6.1.2 Condições Gerais de Transporte Aéreo .....	179
<b>6.2 Regime jurídico do transporte aéreo de passageiros.....</b>	<b>182</b>
<b>6.3 Liberdade tarifária e de rotas: um novo mercado.....</b>	<b>186</b>
<b>6.4 O Papel da ICAO na defesa dos direitos dos passageiros .....</b>	<b>189</b>
<b>6.5 Benchmarking internacional e comparado .....</b>	<b>193</b>
6.5.1 Argentina .....	194
6.5.2 Colômbia .....	198
6.5.3 Chile .....	203
6.5.4 União Europeia .....	205
6.5.5 Considerações gerais sobre o <i>benchmarking</i> .....	208
<b>6.6 A Resolução ANAC nº 400/2016: entre a <i>soft law</i> e a regulação direta .....</b>	<b>209</b>
<b>6.7 Conclusões Parciais .....</b>	<b>221</b>
<b>7 ESTUDO DE CASO 3: NAVEGAÇÃO AÉREA.....</b>	<b>223</b>
<b>7.1 Panorama histórico dos serviços de navegação aérea .....</b>	<b>223</b>
<b>7.2 Política Pública sobre os serviços de navegação aérea.....</b>	<b>226</b>
<b>7.3 A regulação da navegação aérea: aspectos teóricos .....</b>	<b>229</b>
<b>7.4 <i>Benchmarking</i> internacional e comparado.....</b>	<b>235</b>
7.4.1 Espanha.....	236
7.4.2 Alemanha.....	236
7.4.3 Reino Unido.....	237
7.4.4 Estados Unidos .....	237
7.4.5 Canadá .....	237
7.4.6 Argentina .....	238
7.4.7 Considerações gerais sobre o <i>benchmarking</i> nas ANSP .....	238
<b>7.5 Nova autoridade de navegação aérea brasileira e o olhar da <i>Smart Regulation</i>...</b>	<b>239</b>
<b>7.6 Conclusões Parciais .....</b>	<b>242</b>
<b>8 CONCLUSÕES.....</b>	<b>243</b>
<b>9 BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>247</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Os serviços de transportes iniciaram-se no Brasil logo nos primeiros dias do seu Descobrimento. Com efeito, as primeiras incursões oficialmente registradas em terras pátrias foram feitas pelas 13 caravelas e 1.200 homens comandados por Pedro Álvares Cabral (GEIPOT, 2001, p. 6), seguindo-se no período subsequente a 1530 à navegação de cabotagem, inicialmente entre dois ou três pontos do litoral brasileiro, e navegação interior (PEREIRA, 2014, p. 35-36), que alguns anos depois seria complementada pelos carros de tração animal, usados na pecuária, mineração e produção do açúcar na colônia, essencial na ocupação interior (GEIPOT, 2001, p. 17).

A exploração do interior, por força deste modelo, acaba por se dar à margem dos leitos dos rios (DEBES, 1994), em traçados que depois viriam a abrigar grande parte das ferrovias e rodovias brasileiras. Nesse contexto se estabelece o transporte como parte integrante do sistema comercial em curso no Brasil-Colônia. Sua evolução permeou toda a história do desenvolvimento brasileiro, com notório apoio às diferentes indústrias que se estabeleceram e suporte para a gênese da vida em sociedade.

Não obstante, considerando a história mais recente do Brasil, avalia-se que o marco que efetivamente orienta a relevância comercial nacional dos transportes, que veio a criar um mercado internacional, com reflexos internos, revelou-se no Decreto de abertura dos portos às nações amigas do Reino de Portugal (Carta Régia de 28 de janeiro de 1808<sup>1</sup>), que coincide, não por acaso, com a chegada da família real portuguesa ao Rio de Janeiro. Essa referência renova de tal modo a dinâmica da Colônia, em especial por dotar-se de nova posição comercial, graças ao transporte marítimo que passaria a se estabelecer com maior robustez.

Pela dita “correspondência regulamentar”, o então príncipe regente, que viria a se tornar o Rei Dom João VI, reconhecendo os prejuízos que a suspensão do comércio com a Capitania, determina que *sejam admissíveis nas Alfandegas do Brazil todos e quaesquer generos, fazendas e mercadorias transportados (...) pagando por entrada vinte e quatro por cento*. Cita-se, inclusive, que a medida de urgência se dá enquanto não se consolida *um systema geral que effectivamente regule semelhantes matérias*. Neste contexto, pode ser considerada criada a indústria de transportes no Brasil, que viria a gerar esta necessidade de regulação.

---

<sup>1</sup> Disponível em [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg\\_sn/anteroioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/anteroioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html), acesso em 2.06.2022.

Esse é um vultuoso fato para que se reflita sobre a relevância comercial dos transportes no Brasil, desde seus primórdios, sob a perspectiva do tratamento público recebido. Em princípio, pode-se dizer que os transportes compreendem atividades adjetivas que somente teriam sentido quando relacionados a uma outra indústria de produção de bens e serviços, considerando inclusive a atividade de distribuição. Contudo, ante os reais ganhos que sua boa gestão transfere à cadeia de produção, o Poder Público veio a reconhecer a atividade como matéria autônoma, sob a perspectiva das políticas públicas, com vistas ao seu fomento e à sua expansão, assim como da regulação, para sua organização e execução a contento.

Evidentemente, com o tempo e incremento da produção nacional e dos movimentos de importações e exportações, essa atividade foi ganhando mais relevância e complexidade. Vale perceber que atualmente o processo de regulação dos transportes, abrange múltiplas autoridades públicas, notoriamente relacionadas ao desenvolvimento da infraestrutura de transportes, à gestão do tráfego e trânsito, à fiscalização dos serviços, ao meio ambiente, à logística, entre outros. No Brasil, estas autoridades exercem uma prolifera produção normativa, com múltiplos instrumentos de regulação, que apesar de se aplicarem a domínios similares, nem sempre funcionam em um contexto sinérgico, o que seria desejado. Essa sinergia depende de uma coordenação constituído, para ser aceita pelos pares, o que nem sempre se estabelece.

Dentro desta realidade, ainda, os regulados precisam ser considerados individualmente, enquanto agentes cujo comportamento precisa responder corretamente face aos deveres assumidos perante o Poder Público, e coletivamente, quando às suas organizações associativas, que ditam normas privadas para a organização do setor. As associações setoriais, além de influenciarem a regulação pública, também se organizam para orientar o seu acatamento ou rejeição, avaliando, para tanto, os custos da intervenção na economia.

No outro canto desse triângulo alocam-se os terceiros interessados, que são os usuários dos serviços, quase sempre dependentes da indústria de transportes para suas atividades comerciais e sociais. Dotados de poucos e menos empoderadas organizações associativas, no teatro das relações governamentais, acabam por apelar a autoridades públicas de controle mais transversal, com baixos custos de intervenção e alto poder de barganha no cenário político, como é o caso do Ministério Público (MP), Tribunal de Contas da União (TCU) e Controladoria-Geral da União (CGU).

Tendo em vista o ordenamento jurídico dos transportes vigente, que tem inter-relação com diversos mercados, povoados por uma multiplicidade de agentes, tanto regulados como terceiros interessados, submetidos também a regras públicas de setores afins e normas privadas

setoriais, cabe questionar se a arquitetura regulatória pública brasileira vem considerando, no seu processo de elaboração, este complexo contexto, de forma a incentivar a colaboração setorial para o acatamento das normas, que não cabe somente na produção da norma, mas em todo seu processo de funcionamento.

Para enfrentar a temática, no presente trabalho se propõe analisar o processo regulatório dos transportes, a partir da perspectiva da *Smart Regulation Theory*, criada por Neil Gunningham, Peter Grabosky e Darren Sinclair (1998), como uma expansão da regulação responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), que veio para pregar que o *design* normativo considere o pluralismo regulatório (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 3), a fim de contar com a cooperação dessa multiplicidade de instrumentos regulatórios e de *players* para o sucesso da regulação.

Enquanto uma proposta de desenho de processo regulatório que se aloca entre a regulação extrema e a completa desregulação, a *Smart Regulation* destaca-se como uma alternativa às teorias tradicionais baseadas em ameaças (THORNTON, GUNNINGHAM e KAGAN, 2005). Apesar de ter sido inicialmente concebida para a regulação ambiental, a teoria tem, por analogia, grande pertinência com o espectro regulatório dos transportes, que integra diversas cadeias de produção e onera diferentes tipos de consumidores. Dotada de mecanismos flexíveis, criativos e inovadores de controle social, para se estruturar uma regulação mais efetiva e eficiente, a referida teoria caminha de forma conjunta com a regulação responsiva, para trazer ao debate a relevância da relação regulatória tridimensional, havida entre Estado, regulados e terceiros interessados, para lançar inclusive um novo enfoque sobre escalonamento da pirâmide de *enforcement*, de Braithwaite e Ayres (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017, p. 136).

Como se verá abaixo, a escolha desta teoria para aprofundamento se justifica pela perspectiva que abre ao propor a combinação de ferramentas regulatórias com a atuação de agentes envolvidos no processo de regulação, de forma que se visualize uma série de núcleos de *enforcement* e não uma atuação unicamente centrada nas mãos do Poder Público. Essa proposta de análise evoca um entendimento acerca da manipulação regulatória existente, o que permite um olhar qualitativo sobre a produção normativa do setor.

Assim, entendida a temática e a teoria que se quer utilizar para atacá-la, cabe questionar se os processos administrativos de regulação dos transportes utilizam-se de instrumentos e técnicas semelhantes ou idênticos aos indicados pelas teorias da *Smart Regulation* e da regulação responsiva? Com essa pergunta de pesquisa, permitir-se-á transpor a referida teoria

para o quadro da regulação dos transportes, avaliando-se suas condições de composição e implementação.

Nesta esteira, cabe à pesquisa um exame mais acurado da *Smart Regulation*, até mesmo para qualificá-la dentro do debate da regulação responsiva, para depois agregar os conceitos gerais da regulação dos transportes, distinguindo os processos regulatórios específicos. Montado o cenário, cabe analisar se a regulação nos subsetores de transportes selecionados é aderente aos diversos aspectos da teoria da *Smart Regulation*.

Em específico, foram estudados a regulação dos mercados de concessões de infraestrutura rodoviária federal, transporte aéreo, sob a perspectiva da proteção do consumidor, e de navegação aérea, enquanto setor que está migrando para a atuação de empresa pública. Serão considerados, neste contexto, principalmente os seguintes elementos: as Agências Reguladoras e seus regulamentos setoriais; os regulados, suas associações e as comunidades de destino partilhado e os terceiros interessados; e o papel das demais autoridades que regulam o setor e suas sinergias com a regulação dos transportes.

Parte-se da hipótese de que os mecanismos regulatórios utilizados nos transportes têm se valido, principalmente, da técnica de comando e controle, não se organizando a abordagem do regulado pela lógica da pirâmide de *enforcement*, e deixando de se considerar o pluralismo regulatório ou instrumentos de persuasão e autorregulação, bem como o papel das associações setoriais e dos terceiros interessados, e não se alinhando, por isso, salvo episodicamente, à teoria da *Smart Regulation*.

Para testar a hipótese, segue-se o método de abordagem descritivo e lógico-indutivo. Para tanto, em primeiro momento, realizou-se uma revisão bibliográfica robusta para que se firmem os pressupostos da teoria da *Smart Regulation*, bem como alguns elementos da regulação responsiva, pertinentes ao estudo.

Para tanto, no capítulo 2 se dedicará a delimitar o marco teórico de base, composto pela interação dos instrumentos regulatórios, com as partes integrantes do processo regulatório, ressaltando-se o papel desempenhado por terceiros ativamente envolvidos neste contexto, como associações, entidades de defesa dos consumidores e agentes da justiça e de controle. A ilustração do funcionamento do setor de transportes já será colocada desde os primeiros elementos de regulação lançados, para que se esclareça a pertinência da análise que se propõe. Cumpre destacar que se entende a teoria da *Smart Regulation* como um desdobramento da

regulação responsiva, no qual se considera o pluralismo regulatório de instrumentos e agentes, motivo pelo qual os termos serão utilizados como sinônimos

No capítulo 3 seguir-se-á com a etapa descritiva será identificado o sistema jurídico dos transportes no arcabouço jurídico brasileiro, de forma a compor autonomia do processo administrativo regulatório dos transportes no Brasil e expor alguns dos modelos de regulação vigentes para subsetores desse mercado. No caso, encontra-se uma lógica no direito setorial, mas sua amplitude forçou uma segmentação jurídica histórica, o que explica a ação da regulação setorial em nichos.

No capítulo 4 será também trazida uma palavra sobre a importância dos transportes para a realização de direitos fundamentais, de maneira a demonstrar a pertinência da atividade. Neste ponto, descrever-se-á o dirigismo público que os transportes, por sua relevância e notoriedade, merecem ter, para que sirvam de maneira premente ao interesse social.

Afinal, verificar-se-á, a partir da análise dos três estudos de casos, nos subsetores de transportes da infraestrutura rodoviária federal concedida, do transporte aéreo, sob a perspectiva das relações de consumo e da navegação aérea, respectivamente nos capítulos 5, 6 e 7, como a regulação trabalha os preceitos da *Smart Regulation*, apurando-se uma possível influência, que pode até se espalhar de forma sistêmica em determinados casos. Por evidente, serão destacadas possíveis melhorias aos modelos de regulação observados, buscando evidenciar ganhos para o setor regulado, para os terceiros afetados pelo serviço, para os grupos de interesse público relacionados e para o Poder Público.

Justifica-se essa metodologia de abordagem, uma vez que se quer trazer a teoria de base, que é a *Smart Regulation*, como primeiro elemento do estudo, já demonstrando seu rebatimento no regulamento setorial. Ato contínuo, expor o objeto pragmático, que é a regulação do setor de transportes, sobre o qual se quer testar a referida teoria, inclusive ressaltando sua autonomia para fins didáticos e sua importância, enquanto serviço que materializa direitos fundamentais. Exposto este cenário de teoria e objeto, executar análise mais minuciosa sobre a regulação dos referidos serviços, demonstrando a permeabilidade da teoria à regulação prática. Com isso, espera-se conjugar a teoria escolhida e a pragmática do setor estudado de maneira harmônica e clara.

## 2 SMART REGULATION E O DESENHO DO PROCESSO REGULATÓRIO

Como passo inicial, antes de se falar propriamente das teorias regulatórias, interessante expor a forma de organização na qual se inserem as diferentes opções regulatórias, para que se compreenda como as diferentes ferramentas regulatórias operam em relação ao agente regulado. Apesar de notória a função do Estado na regulação, há de se reconhecer que nem sempre a atuação pública mais direta se faz necessária, sendo certo que o mercado já detém formas de se organizar nestes cenários.

Consoante renomados autores já defendem (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 157), os mais efetivos modelos de regulação envolvem normalmente um conglomerado de instituições, públicas e privadas, envolvidas e um conjunto de instrumentos coordenados. Não obstante, para que se conceba essa lógica, pertinente destacar que além da regulação estatal ativa e direta, amplamente entendida, ainda incidem (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012):

- *self-regulation*: regulação realizada por um conjunto de empresas do mesmo setor ou por uma categoria profissional, com foco nas regras para integração do grupo e comportamentos admitidos para o mercado, que, quando bem estabelecida, constitui modalidade de significativa adesão pelos agentes do mercado pertinente (note-se que a outorga de infraestruturas ou serviços pelo Poder Público abre espaço para esse tipo de organização setorial);
- *enforced self-regulation*: transferência de determinadas atribuições regulatórias para as associações setoriais, como a elaboração das normas, verificação de seu cumprimento e correção das associadas;
- *co-regulation*: modalidade de associação industrial ou profissional autorregulada, em que o papel de controle passa por uma supervisão ou ratificação do Poder Público; e
- *meta-regulation*: regulação exercida através do controle ou administração dos riscos do sistema, em que se obriga a demonstração de seu gerenciamento apropriado, atualmente muito realizado com o apoio de organismo de inspeção acreditado (OIA).

Esses conceitos apoiam a compreensão das novas teorias que viriam a ser difundidas em um contexto de pressão por desregulação e evidência da ineficiência da regulação tradicional, buscando um novo ambiente descentralizado que abrangeria diferentes técnicas de governança regulatória, a partir dos anos 1980. Entretanto, vistos estes conceitos, vale retornar no início da

saga da regulamentação brasileira dos serviços de transportes, para que se possa entender como se chegou até o momento presente.

Assim, a disciplina jurídica dos transportes, baseada em contratos privados, regras de direito comum (civil ou comercial) e atos concretos, foi a invólucro jurídico inicial que regimentava a prestação do serviço. Com o tempo, foi se estabelecendo uma regulação própria dos transportes, que incluía a ampla atuação dos agentes públicos brasileiros. Neste contexto, inicialmente, registram-se as regras sobre a construção de infraestruturas, já lançadas desde o início do século XIX, como primeiras regras que disciplinavam as infraestruturas de transportes. Posteriormente, vale lembrar das regras sobre concessões para construção de ferrovias e rodovias e outorgas para exploração dos serviços oferecidos por estes modais, sobretudo a partir dos anos 1860. O século XX também viria a registrar diversas dessas iniciativas normativas e de políticas públicas. Não obstante, a regulação dos transportes somente viria a se ordenar com a dedicação de entes e órgãos públicos específicos, como o caso do Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER) e do Departamento de Aviação Civil (DAC), e se organizar efetivamente com o advento das Agências Reguladoras (SILVA, 2014).

Registre-se que o Brasil deteve por peculiaridade uma forte ação reguladora desde o início destas atividades, sendo certo que o denominado livre mercado funcionando sobre ação direta da mão invisível de Adam Smith (1996) nunca teve permeabilidade por aqui, nesta seara que abrange os serviços públicos. O próprio Código Comercial, designado pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, demonstra, ao dispor sobre os atos de comércio e a profissão comercial, o interesse do Governo de manter qualquer relação econômica sob seu restrito jugo. A propósito, o referido Estatuto dedica especialmente os arts. 99 a 118, para regular as atividades dos condutores de gêneros e comissários de transportes.

Mas é fato que a intervenção na economia no Brasil inicia-se pela via indireta da outorga de empreender ou construir e prestar o serviço público, para, a partir do Período Vargas se enfatiza na intervenção direta, via empresas públicas, que chegariam a seu ápice e início de declínio em meados dos anos 1970, quando a Primeira e Segunda Crises Internacionais do petróleo impuseram uma severa recessão ao país, obrigando a adoção de uma política de desestatizações e entrega dos serviços públicos à iniciativa privada.

Cumprir notar que enquanto as empresas públicas ou a administração direta fizeram as vezes de prestadoras destes serviços públicos, como no caso das rodovias, ferrovias, portos e aeroportos, a regulamentação não se fazia, aparentemente, tão necessária. Cite-se o caso da Rede Ferroviária Federal (RFFSA), criada em 1957 para consolidar as concessões ferroviárias



cujo contratos estavam em fase de encerramento, o Departamento Nacional de Portos e Navegação (DNPVN), criado em 1932 para unificar as questões relativas à construção, melhoramento, manutenção e exploração de portos e vias navegáveis e o Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER), estabelecido em 1937 para gerir a construção, manutenção e conserva das rodovias federais.

Era o caso de um serviço, em geral, eminentemente deficitário, cujo preço e qualidade de entrega para a população também não se demonstrava tão significativo. Por outro lado, quando o agente privado vem para assumir este papel, a existência de regras públicas para a prestação, que garantam a qualidade da contraprestação obtida mediante pagamento substancial, se mostra essencial. Ressalte-se, por oportuno, que se a prestação do serviço de infraestrutura de transportes deu-se principalmente pela via de empresas públicas ou da própria administração, quando se olha a realidade do serviço, em si, de movimentação de cargas e passageiros, não dependente da infraestrutura, a rigor se processou por empresas privadas desde seu início no Brasil, exigindo, por isso, uma regulação mais presente.

Neste ciclo, no contexto mundial, é pertinente observar o que se poderia chamar de primeira onda da ação pública regulatória, entre os anos 1970 e 1980<sup>2</sup>, fortemente assentado na técnica do comando e controle, que viria ao final deste período a reconhecer as limitações técnicas e de custo-efetividade de uma intervenção tão severa. Nota-se uma iniciativa regulatória galgada no impacto social que a produção trazia à sociedade (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 123). O peso institucional e os altos custos para a geração de ganhos regulatórios, nem sempre efetivos (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 8), ditariam a reação do mercado nas décadas seguintes. Isso daria vazão a uma segunda onda, impulsionada sobretudo pelo pensamento neoliberal calcado no racionalismo econômico, que permeava o debate público, fomentando, nos anos 1990 e 2000, a desconstituição de regras governamentais sobre serviços públicos.

A tendência da desregulamentação traduziu-se em movimento disposto a negar a utilidade da intervenção estatal, traduzindo-a como um empecilho para o funcionamento da economia. Para esse grupo, as regras de livre mercado e dos direitos e limitações do uso da propriedade seriam elementos suficientes para substituir a regulação.

Deste debate, gerou-se uma gama de discussões sobre a pertinência da liberalização ou de um aprimoramento na regulação vigente (BRAITHWAITE, 1991), considerando-se ainda

---

<sup>2</sup> Ou mesmo antes, considerando os estudos de Stigler (STIGLER, 1971).

as possibilidades de autorregulação dos mercados. De outra sorte, também foi um momento profícuo para que se discutissem novas teorias da regulação, alternativas ao tradicional modelo de comando e controle, que impunha ao agente regulador um dever de supervisão onipresente e uma mão opressora e infalível de correção dos rumos da prestação do serviço, com seus custos e frustrações inerentes.

O movimento estruturante, que se aloca nessa terceira fase da regulação social, abriu a oportunidade para se retomar o debate sobre ações regulatórias mais amplas, até inspiradas na economia comportamental, visando meios alternativos e inovadores de controle social, que pudessem inclusive agregar os demais grupos envolvidos no processo de regulação, além do Poder Público, franqueando o diálogo com os agentes regulados e com os terceiros interessados, agregados no grupo de clientes, fornecedores ou afetados pelo mercado.

Essa mudança de arquitetura moldou as atuais perspectivas sobre a governança regulatória (ECCLES e POINTING, 2013). Isso porque passa-se a trabalhar com modelos que combinam a intervenção governamental, com soluções de mercado e sociais, agregando, com isso, ações de ordem pública e privada. Neste caso, incide uma modificação de postura do Estado, que deixa de regular simplesmente, para promover uma governança regulatória (GUNNINGHAM, 2009). Perceba-se que não há aqui uma mera mudança de foco da regulação, para que se migre para uma regulação baseada em desempenho, mas mantendo todo o controle da situação nas mãos do Poder Público.

Ao contrário, as novas propostas traziam em si essa partilha de responsabilidades com a indústria regulada e com a própria sociedade civil, que passara a ocupar importantes espaços pela via das organizações não governamentais (ONGs) e especificamente no Brasil, pelas vozes das entidades de defesa do consumidor, ministérios públicos e defensorias públicas. Cada uma dessas propostas de Governança Regulatória abrange, então, uma série de instrumentos regulatórios, tutelados pelo Estado, por agentes regulados ou pela sociedade. Evidentemente que para marchar neste caminho pressupõe-se um ambiente de confiança entre os integrantes do jogo bastante significativa, pois cada papel assumido deverá ser bem desempenhado para que a governança funcione de maneira afinada. Trata-se de uma descentralização acordada.

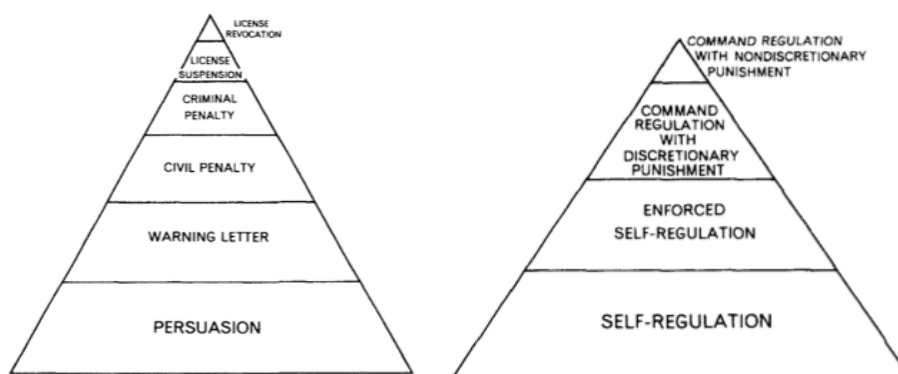
Para o presente estudo, interessam as teorias com foco na responsividade, que miram nas reações ou respostas ao comportamento dos regulados, sendo duas delas de peculiar interesse: a regulação responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992); e a *Smart Regulation* (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998). Destaque-se que essa onda de novas teorias vem como um contramovimento às ideias de desregulamentação e uma retomada à

anterior regulação, de forma racionalizada. É certo que o impulsionamento da *Smart Regulation* vem, justamente, dessa demanda por iniciativas que atendam um novo modelo de regulação, mais dialogado, que atenda demonstre seu custo-efetividade. Vale sintetizar essas correntes regulatórias, para ilustrar o conceito intrínseco que carregam.

Ian Ayres e John Braithwaite introduziram, no pioneiro livro de 1992, um debate sobre as estratégias regulatórias aplicadas na época, aduzindo que uma regulação de sucesso reside no equilíbrio entre a punição tradicional e a persuasão (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 25), inaugurando um novo momento que teria a análise comportamental como um dos principais focos da regulação. Com isso, vislumbram essa proporcionalidade entre as ações dos agentes regulados e a resposta do Poder Público, para indicar que as ações regulatórias deveriam sempre começar com medidas mais amenas, antes de escalar para providências mais enérgicas. Há, portanto, uma profícua reflexão sobre as providências à disposição da autoridade reguladora para buscar a correção de uma conduta indesejada. O conceito vale tanto para as empresas individualmente consideradas, quanto para uma indústria específica (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 261), assim como admite o engajamento de atores da sociedade civil na ação regulatória, sobretudo quando considerado um setor regulado (BRAITHWAITE, 2017, p. 117).

Essa dinâmica veio inclusive a ser representada de maneira muito exitosa pelas pirâmides de conformidade e de estratégias regulatórias (*enforcement pyramid* e *pyramid of regulatory strategies*), representadas na Figura 1 abaixo.

Figura 1 Pirâmides de Conformidade e de Estratégias Regulatórias



Fonte: Ayres e Braithwaite (1992, p. 35 e 39)

Forçoso observar que a representação das pirâmides acima ilustrou de forma bastante sintética o procedimento da autoridade regulatória, que, na relação com as empresas reguladas, deve começar pelo convencimento e advertências e, se a situação de irregularidade se manter ou piorar, numa ação em ciclo seguinte, escalar para as multas civil e criminais e, finalmente,

suspensão do agente econômico ou sua expulsão do mercado. Quando se considera um setor regulado, a ação da autoridade então aloca-se inicialmente em proporcionar que a autorregulação funcione, a partir dos incentivos públicos, e avaliar os resultados.

Caso insuficiente, partir para as ações de comando regulatório discricionárias (prática corretiva alternativa) ou vinculadas, na eventualidade do setor não se emendar, com penalidades pré-estabelecidas. A oposição persistente às regras é justamente o gatilho que impulsiona a escalada das respostas, o que evidentemente deve respeitar ciclos de avaliação do perfil atitudinal dos agentes regulados. Ressalte-se que esse é um modelo flexível, adequado para economias em desenvolvimento, pelo qual o elaborador da política regulatórias poderá trabalhar no desenho da pirâmide de estratégias regulatórias conforme os problemas que visa resolver (BRAITHWAITE, 2006).

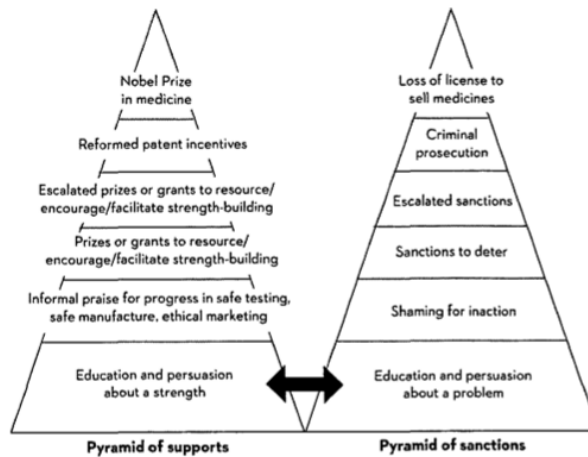
Com efeito, a teoria da regulação responsiva colheu muitos frutos da didática impressa na pirâmide de conformidade, pois a partir da representação permitiu-se aos formuladores de políticas públicas uma aplicação direta dos principais conceitos defendidos, engajando a resposta pública para os regulados. Ou seja, a teoria ofereceu evidências de que as penalidades às vezes funcionam e outras fracassam, abrindo margem para ações de persuasão ou convencimento, o que permite a utilização de meios menos custosos de regulação e a reserva de ações mais impactantes para uma minoria de hipóteses, em que se façam imprescindíveis (BRAITHWAITE, 2011, p. 484). Portanto, o modelo proposto torna-se uma inspiração e um desafio de ser implementado. Contudo, a teoria é muito maior que a pirâmide, o que não pode ser negligenciado pelos pesquisadores (MASCINI, 2013).

Outrossim, a teoria também avançou para reconhecer que, em grande parte, os problemas regulatórios apresentados podem ser resolvidos pelo desenvolvimento de habilidades gerenciais dos próprios regulados (BRAITHWAITE, 2011, p. 480). Para tanto, as autoridades de regulação, antes de propor enfrentamento dos problemas encontrados, com soluções baseadas nas estritas medidas coercitivas dispostas na lei, devem considerar abordagens que estimulam o desenvolvimento de habilidades que possam sanar as falhas encontradas. É reconhecer que o estímulo ao bom comportamento pode ser ainda mais efetivo que o movimento para recuperar uma situação já degradada. Na realidade, essa lógica também pode se utilizar de um conjunto de ações responsivas, de maneira a estimular comportamentos desejados, através de uma competição entre os regulados.

Imbuído da mesma fórmula de sucesso da pirâmide de conformidade, Braithwaite (BRAITHWAITE, 2011, p. 482) veio a propor uma pirâmide de estímulo (*support pyramid*),

cuja base seria coincidente com a base da pirâmide de conformidade. Vide Figura 2 que ilustra bem o conceito:

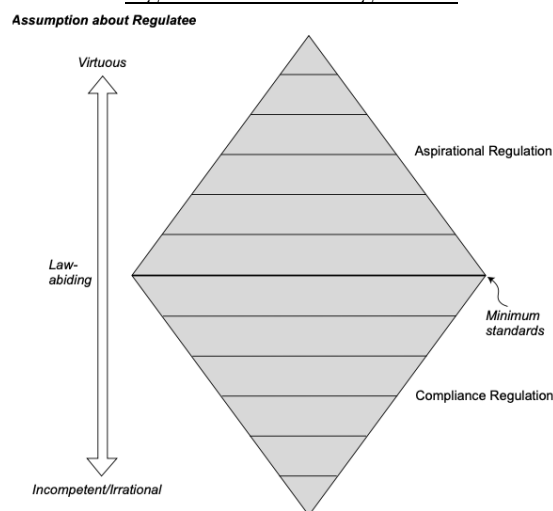
Figura 2 Pirâmides de Estímulo e de Conformidade



Fonte: Braithwaite (2011, p. 482)

Conforme se depreende do exemplo dado, que trata de *enforcement* na regulação da atividade médica, as pirâmides têm sentido opostos, ao passo que quanto mais efetivo o comportamento do médico (no exemplo dado pelo autor), mais ele se aproximará da base da pirâmide de sanções, ao passo que quanto mais habilidades o mesmo agente tiver, mais se aproximará do topo da pirâmide de estímulo, sendo neste sentido mais recompensado. Kolieb (2015), em aprofundamento à teoria, trouxe o conceito de diamante regulatório, para propor um esquema que integre a regulação de conformidade e dos incentivos, conforme modelo a seguir:

Figura 3 Diamante Regulatório



Fonte: Kolieb (KOLIEB, 2015, p. 150)

Por esta figura, consegue-se bem visualizar uma estrutura de governança regulatória em que são estabelecidos os parâmetros mínimos requeridos dos regulados, em que aqueles de perfil menos competente ou irracional serão mais severamente punidos, enquanto os mais virtuosos serão brindados com recompensas atrativas e pertinentes para os integrantes do mercado. Kolieb (2015, p. 152) oferece o diamante regulatório como um modelo alternativo teórico e heurístico pelo qual se busca suprir insuficiências do modelo piramidal, assim como aprimorar o conceito de regulação responsiva, esclarecendo o papel da lei no contexto e amplitude da intervenção estatal regulatória. Com efeito, acaba por congrega o sistema responsivo de forma mais lógica e escalar.

Dito isso, permite-se vislumbrar os principais *standards* utilizados pela teoria da regulação responsiva e os motivos pelos quais foi tão bem-sucedida na missão de influenciar Governos na elaboração de suas estruturas regulatórias internas. Aproveitando esta base, cumpre visualizar que a *Smart Regulation* compreende uma teoria que decorre das premissas da regulação responsiva, mas que acaba por expandir sua substância para detalhar os instrumentos regulatórios e suas funções e os agentes envolvidos no processo e sua pertinência, o que vem a se denominar de pluralismo regulatório.

No retrocitado estudo de Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998), os autores, em trabalho direcionado para a regulação ambiental, retomam a preocupação com a onda de desregulamentação que se experienciava nos anos 1990, para propor um arranjo de governança regulatória para o futuro. Com isso, trazem argumentos para a composição de um mix de políticas regulatórias, inspirado no pluralismo legal, que viabilizaria um desenho institucional apto a combinar instrumentos regulatórios e ações de agentes envolvidos no mercado e de sua sinergia e complementariedade, montar um arcabouço eficiente de gestão do meio ambiente. Alguns autores entendem nesta modelagem um guarda-chuva pelo qual se busca racionalizar um *design* regulatório com soluções intermediárias entre a técnica do comando e controle e a desregulação (WOOD e JOHANNSON, 2008, p. 359).

Vale aqui repisar que a tese central desta doutrina reside no argumento de que a agregação de um conjunto de agentes relacionados à regulação para a implementação de uma combinação de instrumentos complementares, personalizados para específicos objetivos e circunstâncias voltadas à proteção ambiental tenderia a produzir resultados mais efetivos e eficientes para o mercado (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 15). É dessa proposta que deriva um conceito de teoria tridimensional da regulação, visto que para cada um dos grupos de agentes envolvidos com o setor haveria uma coleção de ferramentas regulatórias,

o que ensejaria, em combinação com a regulação responsiva, uma pirâmide (ou diamante) de múltiplas faces que contemplaria várias faces indicando a interpelação entre Poder Público, Regulados e terceiros interessados ou afetados pela regulação (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017, p. 266).

No bojo desta teoria, que compõe o marco central da presente pesquisa, utilizou-se como base para a proposta da política de *design* regulatório o substrato normativo (normas públicas e privadas), no critério de avaliação, uma verificação pragmática da eficiência e efetividade dos indicadores de proteção ambiental e a metodologia ainda foca nas experiências regulatórias dos Estados Unidos da América, Europa ocidental, Canadá e Austrália. Após discutirem os referidos autores os instrumentos e meios regulatórios para a proteção ambiental na época e o papel dos agentes relacionados no processo de regulação, propôs-se uma análise sob essa perspectiva nas indústrias química e agrícola (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998), para se demonstrar a utilidade dos preceitos afiançados.

Considerando a relevância da *Smart Regulation* para a corrente tese, todos os componentes valiosos desta teoria serão abaixo esmiuçados. Entretanto, indispensável comentar que um dos focos lançados pelo raciocínio composto restou em propor uma passo-a-passo para a configuração do processo regulatório, bem como enunciar princípios aptos a orientar o desenho da política regulatória (em termos materiais e adjetivos), que viriam a assegurar seu sucesso. O propósito de delinear meios para que se estabeleçam os processos regulatórios, assim como o de identificar os princípios fundamentais para a organização de um arcabouço normativo responsivo baseado no pluralismo regulatório, também deteve um claro viés pedagógico, no sentido de oferecer aos Governos Nacionais meios para que dispusessem sua própria regulação setorial para a proteção ambiental. Nada obstante, como já se verá logo a seguir, o desenho proposto pode servir para a análise da regulação de qualquer setor econômico, ante sua generalidade e abstração, inclusive para os transportes, que constitui o objeto de estudo que ora se persegue. Os estudos de caso, que se fará mais ao final deste trabalho, devem mostrar, por sua vez, em que medida essa teoria é permeável, em termos pragmáticos.

Seguindo essa linha, Gunningham e Sinclair (1999, p. 889) apontaram que para se deflagrar o processo regulatório seria essencial uma avaliação profunda e minuciosa do campo regulado, além de identificar:

- os objetivos almejados para a política e as necessárias convenções e compromissos que precisam ser atingidos;

- as características específicas dos problemas que devem ser endereçados (no texto, relativo à questão ambiental);
- a gama de agentes relacionados e instrumentos eventualmente aplicáveis; e
- os itens que devem ser levados ao escrutínio social, em processos de audiências ou consultas públicas.

Por sua vez, propugnam os seguintes princípios para a construção do novo arcabouço institucional-normativo, para levar a uma regulação exitosa (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 1999, p. 891):

- Princípio 1. *Preferir uma combinação de políticas regulatórias, agregando instrumentos e arranjos institucionais*: a utilização de uma estratégia “mono-instrumental”, sob a tutela única do Poder Público tende a ter pouco eficiência e efetividade, além de se mostrar ultrapassado, para ponderar que a combinação de ferramentas permite um tratamento mais direcionado das questões regulatórias, bem como a delegação de atribuições regulatórias para outras autoridades constituídas como facilitadores e intermediadores do processo regulatório poderia engajar mais tanto atores regulados como terceiros interessados no cumprimento normativo, até pelo reforço mútuo para o atendimento da diretiva;
- Princípio 2. *Preferir medidas menos interventivas (prescritivas e coercitivas) no mercado*: a redução de ações impositivas e pressões negativas, conforme a opinião externada pelos autores, traria melhores índices de eficiência (menor emprego do esforço estatal da fiscalização ativa do mercado), efetividade (regulados tendem a responder melhor a incentivos econômicos positivos) e aceitação (mercados fortemente regulados geram resistência natural), sendo certo que medidas pouco interventivas viáveis asseguram maior flexibilidade para a resposta das empresas, que agem com menos resistência (até porque são parte da resolução do problema), e desenvolvem meios mais legítimos, de rápida decisão e palatáveis ao mercado, a menores custos;
- Princípio 3. *Promover a escalada de ações conforme uma pirâmide de instrumentos na medida necessária para atingir os objetivos almejados pela política regulatória posta*: na qualidade de teoria que aprofunda alguns aspectos da regulação responsiva, a *Smart Regulation* também considera a possibilidade do emprego de medidas intervencionais, até porque as ferramentas regulatórias



devem se adequar aos diferentes comportamentos dos regulados e algumas ações podem não funcionar como pensadas inicialmente (logo, a multiplicidade de instrumentos se impõe), por isso adotam a pirâmide de conformidade para organizar a responsividade regulatória de forma sequenciada (da medida menos intervencionista até a mais intrusiva) e prover alertas que evidenciariam a não efetividade de instrumentos mais brandos utilizados, como gatilho para escalada ao próximo estágio;

- Princípio 4. *Empoderar agentes estratégicos da cadeia de regulação, que possam atuar como reguladores sub-rogados*: cabe reconhecer que o ambiente regulatório com terceiros interessados, tanto constituídos por agentes comerciais como por entidades paraestatais e não-governamentais, que atuam com liderança no setor, como quase-reguladores, cujas ações (geralmente tomadas dentro da dinâmica do mercado) acabam por ter mais efetividade e até legitimidade que as medidas do Poder Público, o que gera resultados menos dispendiosos, sobretudo para governos com recursos limitados e que não podem se fazer onipotentes;
- Princípio 5. *Maximizar oportunidades para gerar resultados ganha-ganha*: apesar de não tratarem diretamente da pirâmide de incentivos, os autores reconhecem por este princípio a sua funcionalidade, ao indicar a necessidade de estimular as empresas do setor a atingirem níveis mais elevados de desempenho, ao mesmo tempo em que aumentam a sua produtividade, cumprindo aos reguladores assegurar oportunidades para que os agentes setoriais otimizem seus ganhos, inclusive pela via das recompensas àqueles que superarem as expectativas postas.

Como ressoa, as orientações dadas por esta escola consubstanciam linhas gerais de ação, para a fundação de uma nova abordagem regulatória de um setor econômico, que pode ocorrer tanto quando se dá a criação de um mercado, como quando se quer reorientar a atuação do Poder Público no mesmo. Pragmaticamente, como acima mencionado, esses postulados foram direcionados para que os Governos Nacionais deles se apropriassem e utilizassem para constituir um novo momento da regulação ambiental, valendo aqui o exemplo trazido pelos regulamentos de penalidades ambientais do Governo de Ontário (WOOD e JOHANNSON, 2008). Van Gossum *et al.* (2010, p. 253) chegam inclusive a propor um fluxo para a implantação dessa política regulatória, reforçando seu caráter prático, de aplicação imediata.

Pelas características generalistas dos postulados expostos, tanto na constituição do processo quanto para o desenvolvimento da política regulatória, nota-se que as recomendações podem ser testadas e aproveitadas para outros setores econômicos. Vale repisar que a *Smart Regulation*, seguindo a linha da regulação responsiva, vem para trazer uma perspectiva ampla sobre o manejo da regulação, gerando lições, sobretudo a partir de casos práticos, que permitem o seu aproveitamento até em mercados menos transversais, como soa ser a matéria ambiental. Por outro lado, seus conceitos também permitem uma avaliação das políticas regulatórias aplicadas, sob o viés do pluralismo regulatório, para que se investigue se em determinado setor o Poder Público tem buscado meios e instrumento alternativos de regulação e em qual medida se dá o envolvimento de terceiros interessados no processo regulatório e até dos próprios regulados, por vezes aliados de participar das decisões que tem pertinência com o futuro da indústria da qual integram.

Cabe recordar que se testemunhou abertura de novos mercados, nas concessões de infraestruturas de transportes, iniciadas em meados do 1990 e que seguem até os correntes dias, para os terminais portuários, rodovias, ferrovias, aeroportos, e, mais recentemente, portos públicos. Para estas hipóteses, houve a substituição de empresa pública ou autarquia que organizava o setor, realizando a regulação e a prestação dos serviços, pela constituição de autoridades reguladoras, com a outorgas dos serviços a entidades empresariais privadas. De outra sorte, em relação aos serviços de transportes, não atrelados às infraestruturas, observou-se igualmente seu rearranjo mais a partir dos anos 2000, como foi o caso dos transportes aéreos e rodoviários de passageiros, o que igualmente exigiu uma nova postura do Estado em relação ao mercado, atualizando sua relação com os regulados, padrões de qualidade de serviços e atendimento aos usuários, entre outras ações. Ao se lançar um olhar crítico sobre alguns desses fenômenos, permite-se compreender em que medida os preceitos ora elencados foram seguidos, o que será considerado para os estudos de casos que se quer ao final apresentar.

Antes de se adentrar mais profundamente no objeto de estudo, uma última teoria que merece ser aventada é a regulação baseada em riscos. Diferente da proposta levada pela regulação responsiva e pela *Smart Regulation* por não focar na resposta do agente, mas sim em numa análise de riscos das atividades desenvolvidas por esse regulado, o que acaba por gerar uma estrutura de supervisão da Agência Setorial e direcionamento de seus recursos humanos conforme uma matriz decisória e de procedimentos relacionados aos objetivos regulatórios (BLACK, 2010).

Nesse sistema acaba-se por exigir uma governança ativa da gestão de riscos dos integrantes do setor econômico, o que permite um alinhamento contínuo dos riscos e direcionamento da fiscalização pública. É útil tratar desse viés de ação pública, que destaca o desafio posto para a governança regulatória em torno da ampla variedade de ameaças que tem para mitigar (HAINES, 2017, p. 190). Chama-se, nesse caso, atenção para o objeto da regulação e a estratégia de seu atingimento, dentro da gama de possibilidades, que devem ser bem sopesadas, sendo certo que uma atividade de fiscalização de todas as obrigações do regulado mostra-se inviável.

Assim, consegue-se estabelecer prioridades que tornam as decisões públicas claras, além de prover uma estrutura lógica que concedem justificativa para as escolhas realizadas. Enfatiza-se, assim, o percentual de risco decorrente da gravidade de um dano ou impacto potencial e a possibilidade de sua ocorrência (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 282). Nota-se, nesse modelo que segue a linha da meta-regulação, que não se desenvolvem a priori, nem ferramentas regulatórias, nem uma sequência de ações da Autoridade Pública, nem o papel dos terceiros relacionados com o objeto regulado, mas especificamente como serão eleitos os elementos que terão a atenção pública mais acirrada (considerada a sua evolução e acomodação no tempo).

Feitas essas considerações iniciais, interessa para o presente estudo olhar justamente os elementos que compõe o objeto do pluralismo regulatório, que servirão de parâmetro para avaliação posterior das políticas regulatórias de transportes selecionadas. Ainda, serão trazidas correlações setoriais, que demonstram a pertinência da teoria com elementos das indústrias dos transportes, o que no limite justifica a ideia central trazida à baila.

## **2.1 A relevância dos instrumentos regulatórios e sua variedade**

Como acima mencionado, na presente seção se dedicará a descrever os instrumentos de regulação ambiental, dentre eles os descritos por Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998). Por seguirem viés bastante pragmático, defendiam que a configuração ótima seria aquela distante tanto dos elaboradores de políticas públicas, quanto dos teóricos da regulação, que oscilavam entre os extremos do comando e controle e da desregulação, aqui tratada como a mais efetiva face do “livre mercado” (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 46).

Na visão dos autores, nenhuma das opções postas traria repostas para os desafios ao tempo apresentados pela questão ambiental, o que obrigava a perquirição por alternativas de

intervenção mais amplas, que envolvessem os mecanismos econômicos, a autorregulação e estratégias baseadas em informação. Por isso, descreveram uma gama de ferramentas, de forma a demonstrar algumas iniciativas já em curso, mas também para deixar claras as opções viáveis e a inevitabilidade de um redesenho do arcabouço regulatório. Quis-se, neste contexto, demonstrar as vantagens de cada instrumento e suas limitações na condição estratégia única, assim como destacar a sua pertinência com *players* setoriais, o que acabaria por determinar também o sucesso da medida.

Para além de retomar essa perspectiva, ainda se propõe a atualizar as modalidades aventadas, mediante revisão bibliográfica sobre o tema, bem como trazer a correlação que indique a pertinência desse mix de medidas também para o setor de transportes. Não se está, com isso, querendo simplesmente emprestar os meios aventados pelo marco teórico, mas sim evidenciar sua aplicabilidade para o setor, nos mesmos termos ou em modalidades similares, conforme a prática corrente.

Assim, no texto de Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 37-91.), foram abordados os seguintes instrumentos:

- Regulação direta ou de comando e controle;
- Autorregulação e Voluntarismo;
- Instrumentos de educação e informação (educação e treinamento; relatórios operacionais das empresas; acesso à informação à sociedade dos relatórios das atividades reguladas; certificação de produtos; premiações);
- Instrumentos econômicos (restrições ao direito de propriedade; criação de mercados; tributação e tarifação; financiamentos e responsabilidade civil; garantias de execução; sistemas de compensação; remoção de incentivos perversos); e
- Livre mercado, na perspectiva ambiental.

Note-se que, por esta teoria, os instrumentos regulatórios representam exatamente os meios que virão a mudar a relação regulatória. Por certo que tem uma pertinência significativa quanto aos agentes inseridos no contexto, vez que o binômio ferramenta-ator regulatório centraliza todo o foco de discussões nesta seara. Portanto, dentro da teoria da *Smart Regulation*, há sempre que se falar em múltiplas ações regulatórias ocorrendo conjunta e paralelamente, para o sucesso do modelo. Por isso essa primeira coluna de sustentação da teoria traz o primeiro elemento da simbiose, que juntamente com os agentes reguladores, regulados e interessados e

com a articulação institucional, levarão o modelo a bom termo. Esta é a relevância que se relega aos instrumentos regulatórios.

Considerando tratar-se de medidas que devem responder a comportamento de regulados e terceiros interessados, impreterivelmente devem ser consideradas em sua variedade e eventual sobreposição de ações – é conceber que o arcabouço público virá a trabalhar com diversas ações regulatórias para fazer valer a regulação lançada, atacando de várias maneiras e por múltiplas fontes a conduta indesejada. Até certo ponto, esse aprofundamento em torno dos estágios das pirâmides da regulação responsiva acima caracterizadas parece levar a um experimentalismo do Poder Público, o que merece ser compreendido como um modelo em que se persegue a efetividade da regulação.

Portanto, a leitura que se faz é que os autores não propõem testes a esmo, mas sim criatividade regulatória em torno de um propósito maior determinado. Compreende-se, aqui, a ideia de criatividade ligada com reponsabilidade e economicidade, sendo certo que aos regulados, terceiros interessados e usuários, não se pode impor ônus indevidos, sob o argumento de experimentalismo regulatório.

Com isso, passa-se a tratar de cada uma das ferramentas elencadas, avaliadas dentro da perspectiva do setor de transportes.

### 2.1.1 Regulação de comando e controle

A regulação direta ou de comando e controle é descrita como meio antigo e estabelecido na regulação ambiental, que também se observa em diversos outros mercados regulados, relacionado a uma proibição ou restrição, com parâmetros facilmente caracterizados, como a limitação da emissão de poluentes na água ou no ar (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 38) e a imediata atribuição de punição, caso a conduta irregular seja verificada, geralmente materializada em por uma multa pecuniária.

Esse tipo de ação representa o modelo típico de regulação em qualquer setor econômico, que se aproxima do direito penal inclusive, gozando de uma estrutura normativa hipotético-condicional que descreve no seu antecedente a hipótese interdita e no seu conseqüente a pena aplicável: Se o regulado não atingir os níveis de desempenho estabelecidos, então deverá pagar a multa indicada em tabela referenciada.

Segundo os autores relacionados (1998, p. 39-40), duas seriam as formas de comando e controle, a que se estabelece por padrões e a que se apoia em permissões e licenças. Por esta técnica, os padrões operacionais consubstanciam-se na sistematização de requisitos uniformes, de forma ampla, indicando-se o atingimento de determinadas metas. De seu lado, as permissões e licenças servem para reconhecer a implementação de uma condição exigida e abrir uma determinada atividade para seu requisitante, funcionando como uma via de comando e controle de execução prévia para a abertura de um espaço no mercado.

A pretensa infalibilidade seria a principal qualidade do comando e controle, o que depende de severo monitoramento e verificação de cumprimento das obrigações prescritas. Considerado o parâmetro estabelecido, o regulador detém condições de coletar evidências, avaliar a infração e impor a repreensão. Não por acaso, esse instrumento materializa bem a sanha punitiva do regulador, pois permite mostrar que o infrator sofrerá, em tese, consequências. O que não se expõe são os custos de processo administrativo envolvidos, tampouco os recursos aplicados para a coleta judicial das multas aplicadas. Quando mal dosada, esse tipo de ação pode acabar por gerar um custo regulatório contínuo, que pode não se reverter em mudança de comportamento do regulado, tampouco em aumento de arrecadação da Administração, mas simplesmente num aumento do valor cobrado do usuário-consumidor do serviço.

Vale argumentar, já antecipando o tema que será discutido no próximo capítulo, que um apoio da comunidade de usuários e de afetados pelo serviço regulado, em torno da supervisão dos serviços prestados, pode em muito potencializar o monitoramento e efetividade desta ferramenta, calcada na ameaça executiva. Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 43) destacam que essa ferramenta tem boa efetividade contra empresas identificadas e acessíveis, considerado um cenário de regulação ambiental.

Por outro lado, o comando e controle também evoca uma série de críticas, muito relacionados à ineficiência econômica que atrai. Isso porque esse utensílio regulatório exige pesados recursos humanos e tecnológicos para promover o acompanhamento da conduta dos agentes sob supervisão, para que se assegure o cumprimento da norma. Conforme o tipo de indústria que se cuida, pode vir a representar um significativo montante de recursos públicos.

Além disso, esse meio também pode despertar resistência e antagonismo, por tornar a relação com os agentes do setor mais beligerante e aguerrida, uma vez que a relação gira em torno da vigilância, desconfiança e castigo. Um terceiro elemento que agrega negativamente ao aparato é a ausência de espaço para incentivos neste ambiente, sabendo o regulado que a sua

principal interação com a autoridade reguladora será em torno da ocorrência das infrações e mensuração das multas aplicadas. Quando se coloca este como o principal (e às vezes único) instrumento regulatório, gera-se um jogo não-cooperativo, em que ambas as partes tendem a perder, pois a norma não será cumprida a contento, as multas não se reverterão em melhoria do comportamento e o seu saldo deverá ser pago ou judicializado.

Mister apontar que a técnica do comando e controle, tem sido bastante criticada, sobretudo pelos defensores da desregulamentação, em razão de seus altos custos para o mercado e para o Poder Público (GUNNINGHAM, 2009, p. 183), além de remeter a uma face negativa da regulação, legadas a normas mal direcionadas, rigidez, inflexibilidade, tolerância zero e ações super ou subestimadas, com consequências indesejadas (BLACK, 2002, p. 2). Isso se refletiu também em movimentos de unidades administrativas de regulação que trocavam o modelo baseado em comando e controle para opções centradas em regulação responsiva (JOB, STOUT e SMITH, 2007). Apesar da ferramenta de fato incentivar a assimetria de informação entre regulador e regulado (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 210), há de se reconhecer que, quando não utilizada como único instrumento, mas sim inserida em um mix de ações, de forma a constituir a *ultima ratio* (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012, p. 63), pode representar ação bastante útil para o setor regulado, por incentivar a adoção de novas tecnologias ou esquemas operacionais que visem evitar a sanção prescrita.

No setor de transportes, este também se mostra um dos principais mecanismos para a busca do *compliance*. Por exemplo, no caso dos transportes terrestres e aquaviários, a política pública de conformidade delineada no art. 78-A da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, indica seis modalidades de sanção em seus incisos. Entretanto, a modalidade preponderante utilizada pelos agentes públicos se deu em torno da multa, conforme exemplo emblemático, no setor de infraestrutura rodoviária, ditado pela Resolução da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) nº 4.071, de 3 de abril de 2013, que é o principal instrumento de “incentivo” ao cumprimento do contrato de concessão de rodovias federais, sob a tutela da ANTT. Por sua vez, o setor aéreo extrai o fundamento de suas penalidades do art. 289 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que também indica hipóteses similares à outra lei referida. Não obstante, a Agência Setorial dispôs um rito mais responsivo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos termos da Resolução nº 599, de 14 de dezembro de 2020.

### 2.1.2 Autorregulação e Voluntarismo

A autorregulação representou o grande remédio regulatório indicado para salvar os Governos de se afundarem em normas com fiscalização deveras custosa para a indústria e o Poder Público e cujos resultados não eram tão suficientes como se precisava. Mas, deve-se também apontar que a autorregulação incide em diversos setores econômicos também no Brasil, como por exemplo no: publicitário<sup>3</sup>, bancário<sup>4</sup> e desportivo<sup>5</sup>.

Ao tempo do trabalho que representa o marco teórico para o presente estudo, a autorregulação ainda era significativamente desconhecida como instrumento regulatório, em relação ao qual se vislumbrava um papel muito promissor, tanto como alternativa, quanto como complementação à ação governamental direta, contra a qual pendiam diversas resistências, de ordem financeira, ideológica, política e econômica. Neste ínterim, propõe-se uma definição da autorregulação em torno de um grupo organizado que estabelece regras para seus membros.

Admite-se essa ferramenta na sua modalidade pura ou voluntária, que não conta com envolvimento externo (mas que conta com orientações da categoria, como ocorre no caso dos códigos de boas práticas) e na modalidade híbrida, que se submete alguma parte desse arcabouço normativo à intervenção do Poder Público. Nesta conjectura determinam-se os comportamentos que devem ser controlados pela indústria, que propõe as regras para um aval final do Estado ou indicam-se algumas regras para tutela da indústria, restando as questões regulatórias estratégicas sob o manto do mesmo Poder Público. Há autores que denominam essa modalidade híbrida, que conta com a participação do Poder Público, de autorregulação regulada (AZEVEDO, 2020). De outra sorte, conforme a preponderância da atuação estatal, essa técnica também pode ser entendida como correção, conforme o papel de protagonismo que a indústria assume (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 103).

Conforme indicam Gunningham, Gabosky e Sinclair (1998, p. 63), por um lado a autorregulação permite agilidade, flexibilidade, eficiência, acomodação com as condições do mercado, o que acarreta uma atuação menos ostensiva da autoridade pública. Dado que a indústria setorial, que domina o *métier*, pauta as regras para seus atores, incide um domínio da técnica e praticidade necessários, para a atribuição das responsabilidades, favorecendo

---

<sup>3</sup> Vide Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, disponível em [http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021\\_6pv.pdf](http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf), acesso em 15/01/2023.

<sup>4</sup> Sobre tudo no que se relaciona ao oferecimento de crédito consignado e portabilidade de crédito. Disponível em <https://www.autorregulacaobancaria.com.br/pagina/52/34/pt-br/apresentacao-portabilidade-credito>, acesso em 15/01/2023.

<sup>5</sup> Vide Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.



inclusive a cobrança entre os pares, dado que o crescimento do setor depende do comportamento desejado, o que rende até o aprimoramento do código de ética partilhado. Dessa forma, identifica-se uma ferramenta bastante responsiva aos anseios de uma indústria que deseja se desenvolver perante a sociedade.

Contudo, como bem alertam os referidos autores, a autorregulação, galgada em interesses egoístas da indústria e não focada na entrega ao cliente, pode acabar falhando na transparência de suas ações e vindo a decepcionar tanto consumidores como outros grupos de interesse que transitam em torno da indústria. Este tipo de cenário coloca inclusive em cheque a postura do Governo, que parece não fazer nada em face dos desmandos da indústria, o que acaba movendo os grupos de pressão pela exigência de uma regulação mais repressiva, gerando o efeito contrário do esperado. Por esse motivo, que o instrumento é indicado como complementar à regulação estatal, visto que seu funcionamento autônomo pode não captar o melhor empenho da indústria. Alerta-se, ainda, que a autorregulação tende a ser mais efetiva nas hipóteses em que a indústria e os interesse público convergem, proporcionando situações favoráveis para ambos os lados (ganha-ganha), como ocorre para o caso da implantação de novas tecnologias.

Dentro do tema da coincidência dos interesses, os autores utilizam o conceito de comunidade de destino partilhado (*community of shared fate*), para o tema da regulação ambiental (indústrias nuclear e química), que também pode ser pertinente para o contexto dos transportes. Essa concepção foi inaugurada por Joseph Rees (1994), ao avaliar as ações Governamentais em resposta ao acidente ocorrido na central nuclear *Three Mile Island*, próxima a Harrisburg, no Estado da Pennsylvania, nos Estados Unidos da América. O referido autor evoca a comunidade de destino partilhado para indicar hipóteses em que a falha de um agente setorial pode comprometer o futuro de toda a indústria, o que obriga uma situação de regramento e vigilância entre os pares para que se evite a extinção do mercado.

Ao analisar o claro problema de segurança operacional revelado no setor de energia nuclear (houve suspeitas de que cortes de custos em manutenção e a utilização de materiais inferiores podem ter sido a causa do incidente), que poderia comprometer o futuro do setor, o comitê de serviço nuclear, em conjunto com a indústria, decidiu pela criação de um aparato privado de regulação, o Instituto de Operações de Energia Nuclear (*Institute of Nuclear Power Operations - INPO*). O referido instituto trouxe um aprimoramento significativo, sobretudo utilizando-se de ferramentas como educação, persuasão, pressão de pares, ações insistentes, constrangimentos e outros instrumentos de controle social (sendo certo que o Poder Público

ainda precisou apoiar com os agentes recalcitrantes de maneira mais enérgica). Uma das razões ao qual o designado autor relega o sucesso, além do interesse comum em torno da própria sobrevivência da indústria, foi justamente a formação dessa comunidade de destino partilhado, que seria composta por agentes desta indústria que seriam profundamente afetados com a desídia de uns poucos, e por isso teriam interesse em uma supervisão coletiva da indústria.

De forma mais precisa, está a se ocupar de agentes econômicos que dependem do setor e que detém poder de mobilização e influência, inclusive *lobby* junto a agentes políticos, cujo movimento destrutivo de fornecedores, tomadores ou usuários-consumidores pode vir a arruinar o seu negócio e até mesmo comprometer a indústria. Este *player*, notadamente, tem amplo interesse em obter um pacto amplo que assegure, não só as condições de continuidade de sua atividade, mas, principalmente, uma sinalização, para a sociedade-cliente final, de que não só o mercado corrige seus próprios erros, como ainda intenta se aprimorar continuamente. De outra sorte, também podem ser vistos como grupos de pressão em relação aos pares, contribuindo para mudanças nos mercados a jusante e a montante.

Observa-se que a identificação destes agentes tem significativa pertinência no processo de regulação, uma vez que constitui categoria apta a pleitear uma postura profissional da indústria e a colaborar com o Poder Público, pelo aprimoramento dos padrões técnicos e operacionais em curso no mercado. Assim, apurada a possibilidade de trabalho conjunto em torno de um interesse comum entre indústria e sociedade, que pode até abranger um evento temporário, vale que essa comunidade seja percebida e fomentada.

Com efeito, como se verá nos estudos de caso específicos, a autorregulação não está tão clara no setor de transportes, como uma ferramenta evocada, ainda que episodicamente, na regulação corrente. Entretanto, ao se cotejar a dinâmica da logística dos transportes, permite-se vislumbrar, de forma bastante transparente, possíveis integrantes de comunidades de destino partilhado, que dependem seus destinos uns dos outros. Talvez a mais relevante categoria que se pode incluir nesta caixa seriam os caminhoneiros, que constituídos como agentes econômicos e na qualidade de vetores logísticos que permeiam a quase totalidade dos modais, demonstraram, já por duas oportunidades (as greves de 1999 e em 2018), os impactos negativos que podem impor ao setor, assim como às demais cadeias de produção.

Uma campanha levada por esses *players*, por exemplo, para melhores condições de rodovias ou de carregamento e transbordo em portos e aeroportos, poderia vir a impor um caminho de aprimoramento a esses modais, mesmo com reflexos em ações legislativas (vide Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015). Sua capacidade de vigilância e crítica é bastante notável

e pode servir de maneira significativa em esquemas de autorregulação que venham a se conceber nesse mercado. Não obstante, esse tipo de iniciativa jamais foi formalizado.

Quando esse tipo de categoria é malconduzido, abre-se até espaço para a formação do rentismo e outras medidas paternalistas, como ocorreu no caso da Lei nº 13.711, de 24 de agosto de 2018, na qual se estabeleceu a isenção, em todo o território nacional, da cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de transporte de cargas que circularem vazios. Outros dois grupos que poderiam também ser analisados sob este aspecto são os pilotos, em relação ao mercado da aviação civil, e os práticos, no caso da atracagem em portos nacionais.

Em suma, a autorregulação pode despertar excelentes ações internas ao mercado, com reflexos na entrega que é feita. Contudo mostra-se pouco aconselhável como instrumento único, por mais efetiva que seja, sendo certo que a força coercitiva do Poder Público deve ter seu lugar de destaque na estratégia regulatória delineada.

Ao lado da autorregulação, que constitui instrumento galgado em normas, ainda que privadas, pode-se alocar o voluntarismo, que se refere à adoção espontânea e unilateral da conduta desejada, sem ser compelida por normas ou ações estatais. De outra sorte, o Poder Público atua como um facilitador ou coordenador de acordos não vinculativos, no qual se indicam incentivos ao invés de sanções para garantir o seu cumprimento.

Geralmente, as ações de voluntarismo se concretizam na adesão a programas, em que os agentes regulados se comprometem a atingir determinados objetivos, que se revertem em ganhos materiais ou imateriais, por vezes relacionados a proteção ambiental (proteção de animais ou desenvolvimento sustentável), ações sociais (política de contratações inclusiva) e governança corporativa (atendimento a melhores práticas indicadas pelo mercado). Representam oportunidades de ações integradas em prol de um objetivo comum, cuja adesão normalmente envolve baixos custos de transação para ambas as partes.

Enquanto meio pouco intervencionista, o voluntarismo tende a ser bem aceito pela indústria e pode ainda reforçar ações éticas na indústria (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 56). Assim como na autorregulação, depende de forte interesse comum comungado entre as partes ou mesmo interesse próprio do regulado, que por ser útil ao setor, acaba por ser fomentado pelo Poder Público. Por vezes, a sua verificação pode depender de auditoria externa, para verificar o cumprimento dos elementos acordados. No setor de transportes, uma ação com claro viés de voluntarismo é o Índice de Desenvolvimento

Ambiental (IDA), que atualmente mede o comprometimento socioambiental do setor de infraestrutura de transportes<sup>6</sup>.

Com isso, fecham-se as considerações sobre os instrumentos menos interventivos e passa-se para ações mais relacionadas à informação entregue aos regulados e aos terceiros interessados, que age de forma a influenciar a boa conduta empresarial, assim como disponibilizar as chaves de acesso aos bens e serviços gerados pelo setor.

### 2.1.3 Mecanismos de educação e informação

Outros instrumentos regulatórios de cunho informacional também foram ventilados por Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 60). Preocupou-se, sobretudo, em entender o funcionamento e finalidade das ferramentas regulatórias baseadas em informação e educação, bem como discutir sua eventual sobreposição e eventuais efeitos.

Em verdade, as agências reguladoras no Brasil parecem não atentar para a importância das informações direcionadas aos regulados e terceiros interessados nos mercados, sendo certo que poucas foram as iniciativas direcionadas a tornar o jargão regulatório mais simples, o que chegou a decorrer até em projeto de lei para que publicações setoriais fossem disponibilizados em linguagem acessível para a população<sup>7</sup>. Não se pode olvidar, como pregam os referidos autores, que ações de educação e treinamento facilitam para mudar atitudes e comportamentos e gerar capacidades consistentes com as práticas desejadas.

Aqui deve se perceber duas fontes de educação com focos distintos: o Poder Público, com campanhas de conscientização e disseminação de boas práticas, para aumentar o conhecimento e complementar os conceitos da regulação. De outra sorte, cada indústria também tem a possibilidade de entabular campanhas educacionais adaptadas para sua realidade e trazendo informações, sobretudo, para os pequenos e médios empresários. Neste contexto, são identificados dois claros objetivos: a internalização das boas práticas e a responsabilização pelas decisões tomadas pelos agentes da indústria.

Assim como no voluntarismo e na autorregulação, essas campanhas têm mais efetividade quando coincidem com os interesses dos regulados ou permitem uma acomodação destes com ações de terceiros, que podem afetar o desenvolvimento da atividade econômica.

---

<sup>6</sup> Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/ida>, acesso em 15/01/2023.

<sup>7</sup> Vide Projeto de Lei 4366/2021, da deputada Ângela Amin, para alterar a Lei nº 9.427/1996. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2311518>, acesso 29/09/2022.

Nos transportes, há uma longa tradição em ações educativas, que podem servir, por exemplo, para alertar sobre os perigos do tráfego<sup>8</sup>, para explicar o uso do serviço e o direito dos usuários<sup>9</sup> ou a relação entre os lindeiros e a infraestrutura de transportes. Enquanto ferramentas regulatórias, são notórias, entre outras, as ações educativas sobre: perigo aviário ou risco de fauna<sup>10</sup>, em que se orienta a evitar o acúmulo de lixo em torno de aeroportos; orientações para usuários de drones<sup>11</sup> e os cuidados necessários nas áreas de segurança nacional ou próximas a aeródromos; e alerta para os riscos de transporte rodoviário de passageiros pirata<sup>12</sup>.

Já no caso de treinamento aos agentes setoriais, o setor de transportes costuma utilizar-se de entidades parceiras para prover a instrução aos obreiros do sistema, que acabam por gerar um mercado próprio dentro das diferentes indústrias do setor. A formação de condutores de automóveis ou capitão, mestre e arrais de embarcações por escolas privadas autorizadas e a preparação de pilotos, comissários de voo, mecânicos de voo, despachantes operacionais de voo e mecânicos de manutenção aeronáutica pelos Centro de Instrução de Aviação Civil (CIAC), conforme Regulamento Brasileiro de Aviação Civil nº 141, de 29 de abril de 2019<sup>13</sup>, revela esta relevante relação de estabelecimento de um aparato próprio voltado à capacitação de condutores nas diferentes áreas.

De outra sorte, o treinamento sobre a aplicação dos regulamentos editados pelos agentes privados regulados ou terceiros interessados ainda não compõe uma tradição no setor, sendo certo que se verifica, por vezes, um mal entendimento e aplicação das normas em razão da falta dessa instrução. Neste ponto, ressoa uma carestia no processo de produção normativa das agências reguladoras deste setor, que deveriam prever uma fase obrigatória de disseminação do conteúdo disposto.

---

<sup>8</sup> São bastante relevantes os avisos sobre a chegada de trens em cruzamento com rodovias (vale lembrar da sinalização com os dizeres *Pare, Escute e Olhe*), os avisos para utilização de passarelas ou faixas de pedestres, direcionadas a transeuntes que precisam atravessar rodovias urbanas e os sinais de alerta para que os condutores de embarcações ou jet-skis fiquem atentos aos banhistas.

<sup>9</sup> Vide cartilha “Direitos e Deveres dos Passageiros do transporte aquaviário – ANTAQ”, disponível em [https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/passageiros/antag-cartilha\\_direitos\\_deveres\\_passageiros.pdf](https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/passageiros/antag-cartilha_direitos_deveres_passageiros.pdf) e cartilha “Transporte Aéreo – fortalecendo a cidadania e reduzindo a litigiosidade (CNJ)”, disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/cartilha-transporte-aereo-CNJ\\_2021-05-20\\_V10.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/05/cartilha-transporte-aereo-CNJ_2021-05-20_V10.pdf), ambos acessados em 15/01/2023.

<sup>10</sup> Vide, por exemplo, cartilha “Risco na Aviação”, elaborada em parceria entre a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero e Governo do Estado de Alagoas, disponível em: [http://www.residuossolidos.al.gov.br/vgmidia/arquivos/199\\_ext\\_arquivo.pdf](http://www.residuossolidos.al.gov.br/vgmidia/arquivos/199_ext_arquivo.pdf), acesso em 15/01/2023.

<sup>11</sup> Disponível em [https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/drones/orientacoes\\_para\\_usuarios.pdf](https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/drones/orientacoes_para_usuarios.pdf), acesso em 15/01/2023.

<sup>12</sup> Disponível [https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset\\_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/171436](https://portal.antt.gov.br/resultado/-/asset_publisher/m2By5inRuGGs/content/id/171436), acesso em 15/01/2023.

<sup>13</sup> Disponível em [www.gov.br/anac](http://www.gov.br/anac), acesso em 29/09/2022.

Os relatórios operacionais das empresas reguladas são outra ferramenta que Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 62) exploram, para reconhecer sua importância na disseminação do desempenho ambiental dos agentes regulados. A própria elaboração do relatório permite aos agentes privados uma reflexão sobre as oportunidades de melhoria de suas atividades. Denotam-se ganhos na apresentação destes materiais na possibilidade de cognição pela sociedade e avaliação da coerência dos relatórios, que são legitimados por entidades independentes.

No setor de transportes, os relatórios operacionais também estão regularmente presentes, por exigência contratual-regulatória. A título de exemplo, a empresa Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos (GRUAIRPORT) divulga, mensalmente, informações sobre movimentações aeroportuárias e segurança operacional<sup>14</sup>. No mesmo sentido, o Porto de Santos publica informações sobre operações portuárias e dragagem<sup>15</sup>. Logo, cuida-se de um mecanismo já utilizado pela Autoridade Regulatória, de forma estratégica, que acaba por compor ações regulatórias, assim como planejamento para o desenvolvimento do setor. Válido, no entanto, que seja expandido e divulgado, para que mais pesquisadores e cidadãos venham a conhecer e usufruir desses tipos de fonte.

O terceiro instrumento que merece destaque nesse quesito é o acesso à informação à sociedade dos relatórios das atividades reguladas. A regulação exige, inexoravelmente, o levantamento e organização de um conjunto de dados, para sua atuação. Por sua vez, abertura da informação supervisionada para a coletividade mostra-se essencial para viabilizar a decisão de política pública e regulatória. Os autores observam que, no caso da regulação ambiental, vários foram os países que obrigaram a abertura de dados sobre poluição e desastres químicos, de maneira a informar a população sobre os impactos ambientais causados pelas empresas identificadas (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 63).

Neste caso, visualizou-se que a informação provida à comunidade permitiu: a melhoria da percepção do risco e influência política; a exposição das deficiências regulatórias, alavancando a cobrança pelo cumprimento das normas; uma prevenção das ações poluidoras, por expor as empresas à pressão social; acordos de boa vizinhança entre comunidades e empresas; melhoria na qualidade do debate político público; a realização de compromissos da indústria em torno da redução da atividade poluidora, aptos a reduzir a necessidade de

---

<sup>14</sup> Disponível em <https://www.gru.com.br/pt/institucional/informacoes-operacionais/movimentacao-aeroportuaria>, acesso em 15/01/2023.

<sup>15</sup> Disponível em <https://www.portodesantos.com.br>, acesso em 15/01/2023.

regulação; e influência direta sobre o valor das ações das empresas, inclusive para premiar aquelas de bom desempenho ambiental e punir a poluidoras. Apura-se, portanto, a grande utilidade desta abertura para aquele setor.

Interessante fazer um paralelo dessa ferramenta regulatória com a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, designada por Lei de Acesso à Informação, pela qual se obrigou a abertura de dados e informações detidas pelo Governo, consubstanciando-se, assim, um marco da democratização dos dados públicos. A materialização desta política pública deu-se pela constituição do Portal Brasileiro de Dados Abertos<sup>16</sup>, onde se centraliza a busca e acesso a esse arcabouço.

Com o advento dessa Lei, as Agências Reguladoras de Transportes, assim como o Ministério Setorial, também passaram a disponibilizar dados para a sociedade. Contudo, como se observa a respeito desse setor, as informações estão sendo veiculados de forma pouco palatável para as comunidades, sem maiores esclarecimentos sobre o seu significado e, em alguns casos, sem justificativa sobre a sua função na atividade regulatória. Seria pertinente que uma análise crítica acerca dos dados disponibilizados na referida plataforma e sua utilização pela sociedade. Esse tema merece, inclusive, ser objeto de pesquisa acadêmica mais aprofundada, que indique a real efetividade da Lei de Acesso à Informação.

Não obstante, note-se que os relatórios de monitoração são bastante utilizados nos contratos de concessão de infraestruturas de transportes como elementos que dá suporte à avaliação do cumprimento de obrigações pelos agentes regulados. Essa informação, entretanto, não vem sendo franqueada de forma ampla e direta aos usuários das infraestruturas, por não figurar de maneira clara e direta no portal de dados abertos ou mesmo nos sites das Agências Reguladoras. Efetivamente, hoje não se sabe o percentual exato de adimplemento desses contratos de concessão.

O quarto instrumento discutido nesta categoria pelos autores é a certificação de produtos ou serviços. Consoante esclarecem, a confiança dos consumidores nos mercados depende, em parte, da informação que lhes é franqueada. O Poder Público pode facilitar essa oferta de referências aos consumidores e terceiros interessados criando padrões em relação aos produtos e serviços do setor, que devem vir a ser atendidos pela indústria. A aferição desses padrões se dá por um procedimento de auditoria denominado inspeção acreditada, que, caso bem-sucedida, leva à certificação do produto ou serviço. Com isso, consegue-se garantir aos consumidores um

---

<sup>16</sup> Disponível em <https://dados.gov.br>, acesso em 15/01/2023.

nível de informação da qualidade dos bens e serviços oferecidos pelos integrantes da indústria, apurados de forma isenta por um Organismo de Inspeção Acreditado (OIA).

Ao tempo em que o marco teórico do presente trabalho foi composto, a utilização da certificação como mecanismo regulatório ainda era, de certa forma, incipiente, motivo pelo qual as ponderações lançadas não se aprofundaram na amplitude do instrumento. Lachaud (2018), ao tratar do Regulamento Geral de Proteção de Dados<sup>17</sup>, destacou que a norma elevou a certificação ao nível de instrumento regulatório, que servirá para demonstrar o acatamento aos *standards* técnicos estabelecidos.

Com isso, a ferramenta deixa de ser mera ação voluntária, passando a representar uma obrigação dos agentes do mercado, para que provem a execução do correto procedimento para a proteção dos dados. O referido autor ainda discute a natureza regulatória do instrumento, em vista da alta flexibilidade do procedimento de certificação, ponderando sua maior abrangência ao longo do tempo. Considerando que o ateste da conformidade decorra de um processo exitoso de verificação do atendimento dos requisitos técnicos estabelecidos, o que garante a execução de um procedimento adequado por parte do agente avaliado. No caso estudado por Lachaud (2018, p. 254), em que a certificação se coloca para resguardar direitos fundamentais da proteção de dados, o autor observa que a medida aloca-se entre a autorregulação e a regulação direta, corroborando o fato de que a utilização de ferramentas diversificadas, que utilizem da cooperação do regulado na busca do cumprimento da norma, tendem a ser menos onerosas ao Poder Público.

No âmbito dos transportes, a Portaria nº 367, de 20 de dezembro de 2017<sup>18</sup>, do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), veio para dispor sobre o Regulamento para Inspeção Acreditada de Projetos de Engenharia e de Obras em Empreendimentos de Infraestrutura. Fruto de um amplo debate entre Ministérios, Agências Setoriais e Empresas Públicas, Bancos e o TCU, a norma tem por escopo sua aplicação aos projetos de engenharias e execução de obra de infraestrutura previstos nos contratos de concessão, parceria ou contratação pública para a acreditação de organismos de inspeção na área de empreendimentos de Infraestrutura, entre eles, nos setores de Aeroportos, Rodovias, Ferrovias e Portos.

---

<sup>17</sup> Regulamento nº 679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que trata da proteção das pessoas naturais em relação ao processamento, uso e movimentação de dados pessoais. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>, acesso em 15/01/2023.

<sup>18</sup> Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002485.pdf>, acesso em 15/01/2023.



Com isso, os contratos públicos referenciados passam a contar com a possibilidade de que a concessionária entregue seus projetos de engenharia e execute suas obras após uma avaliação do organismo de inspeção acreditada, o que poderá assegurar uma análise mais célere por parte do Poder Público e liberação da obra para gozo dos usuários em prazo mais expedito.

Afinal, para a corrente categoria, os autores da teoria analisada abordam os programas de premiação de regulados (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 66), como forma de educação e informação do consumidor sobre suas práticas. A publicidade gerada em torno da premiação pode alertar a sociedade sobre os critérios relevantes considerados pela regulação, além de o impacto ocasionado pelo anúncio de um vencedor poder ser mais relevante que a denúncia de um mal comportamento, visto que os produtos e serviços do premiado passam a ser exemplares no mercado. De fato, quando não utilizados de maneira indiscriminada, sendo certo que muitos programas podem levar a uma descrença no reconhecimento dado, a premiação pode até influenciar no mercado de ações, visto que trabalha a imagem do agente regulado.

Em contraponto, uma variação deste modelo também surgiu como instrumento regulatório, sobretudo após a crise financeira mundial de 2008, materializada na publicação de listas de empresas inadimplentes com o pagamento de tributos. A técnica, conhecida como *Name & Shame*<sup>19</sup>, tem por pressuposto a exposição pública de agentes que não caminham em conformidade com a regulação posta, levando a informação para que a sociedade tenha consciência do comportamento social da empresa. Ao analisar diversos países da Europa que se utilizam dessa ferramenta para apontar os infratores perante o sistema nacional de regulamentos fiscais, Olivares (2019) concluiu que Espanha, Grécia e Portugal visam enfatizar o processo de execução fiscal em curso, enquanto Inglaterra e Irlanda tentam, efetivamente, incentivar o público a um comportamento mais eficiente. Neste segundo caso, incide o conceito de diversificação regulatória em torno de instrumento criativo, menos oneroso para o Poder Público, que influencia consumidores com informação e pode vir a mudar a postura do regulado perante as normas postas.

---

<sup>19</sup> Em tradução literal livre, poderia ser colocada como *Identifique e Exponha* ou *Nomeie e Responsabilize*. Cuida-se de uma estratégia pela qual a autoridade responsável pelas normas expõe os infratores mais contumazes, de maneira a constranger a empresa a se adequar aos regramentos, sob pena de ter a sua imagem exposta e arranhada perante seus clientes. Uma das entidades mais conhecidas por esta prática é a *Food Authority* do Estado de *New South Wales* na Austrália, onde fica a cidade mais populosa do país, que é Sydney. A entidade publica uma lista de empresas que efetiva ou supostamente infringiram leis de segurança alimentar. Vide <https://www.foodauthority.nsw.gov.au/offences>, acesso em 15/01/2023.

O então Ministério da Infraestrutura (MInfra) mantinha dois prêmios anuais para reconhecimento de boa gestão no setor, designados *Portos + Brasil* e *Aviação + Brasil*<sup>20</sup>. Existem movimentos para que essa iniciativa venha a se expandir para as rodovias e ferrovias também. Conquanto a iniciativa seja bastante valorosa, por abordar diversos critérios da gestão da infraestrutura, não se utiliza como ferramenta regulatória, mas sim como uma divulgação de boas práticas setoriais.

Feitas essas considerações, conclui-se que a educação e a informação têm papel fundamental junto aos agentes regulados e terceiros interessados, com potencialidade de influenciar comportamentos e maximizar os retornos do setor. Por isso, não pode ser sobrepujado ou minorado o seu valor intrínseco como instrumento regulatório que exige baixo orçamento, mas que pode apresentar alto custo-efetividade. Dependem, entretanto, da organização e disponibilidade de dados de qualidade.

Como visto, o setor de transportes já se utiliza de diversos desses elementos em sua regulação, apesar de precisar se aplicar para buscar funções regulatórias mais diretas em suas ações. Estas ponderações valem sempre que se considera a informação e educação dentro de um mix de ações regulatórias, para que corroborem com o sistema estabelecido e jamais como uma estratégia isolada, sobretudo quando verificadas tensões entre o interesse público e os agentes privados. A coordenação das diversas áreas envolvidas neste contexto também se faz fundamental para a boa instrumentalização das ferramentas. Com isso, passa-se ao próximo tópico em que se abordarão os instrumentos econômicos.

#### 2.1.4 Instrumentos econômicos

A utilização de instrumentos econômicos na regulação sempre foi considerada em teoria, mas na prática nunca esteve à disposição das agências reguladoras no Brasil, visto que, na maioria dos casos, depende de iniciativas legais, o que está fora de seu domínio direito. Conquanto a regulação contratual pudesse dispor de maneira mais livre destes instrumentos, os decisores se mostravam, em geral, também relutantes em lançar mão de tais ferramentas, sobretudo em face das modelagens econômico-financeiras desenvolvidas para esses projetos de parcerias.

---

<sup>20</sup> Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-03/aviacao-brasil-2022-premia-melhores-aeroportos-e-aereas-do-pais>, acesso em 15/01/2023.

Na década de 1990, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), passou a indicar mais claramente que, no esforço para o aprimoramento da qualidade regulatória, os Estados deveriam expandir sua gama de ações para a implantação de políticas públicas, de forma a considerar meios alternativos como os instrumentos econômicos, acordos voluntários e divulgação de informação (OCDE, 1995). Com esse movimento da OCDE, os instrumentos econômicos tomaram a forma de incentivos positivos e negativos. Seguindo a linha mestra até aqui adotada, passaremos por essas ferramentas, sempre buscando um paralelo em relação às ações adotadas nos transportes.

São vantagens dos instrumentos econômicos (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 69):

- a) influencia diretamente o comportamento do agente, por impactar no preço do bem ou serviço ou por estabelecer sistema de propriedade, sem a exigência de intervenção direta nas atividades da indústria;
- b) incentiva os agentes a buscarem soluções mais eficientes, com melhor custo-efetividade;
- c) transfere a decisão do setor público para o privado, que tem mais condições de resolver problemas e reduzir custos;
- d) reduz os custos de *enforcement* do Poder Público, assim como os custos de *compliance* dos regulados, diminuindo a burocracia estatal; e
- e) assegura aos prestadores de serviço ou fabricantes de bens um incentivo para buscar continuamente a efetividade do setor a menores custos.

Nota-se, ante os argumentos, que os instrumentos econômicos funcionam como uma mola propulsora dos setores, pois movem seus agentes na perseguição dos ganhos oferecidos e na mitigação de possíveis contingências financeiras, resultantes de desempenhos abaixo dos demandados. Se os instrumentos econômicos forem corretamente delineados, os custos gerais da indústria tendem a ser reduzidos. Isso porque, por decorrência, os regulamentos são menos necessários, já que as condutas desejadas serão induzidas pelos ganhos prometidos.

O primeiro instrumento econômico aventado por Gunningham, Gabrosky e Sinclair (1998, p. 70) diz respeito à limitação ao direito de propriedade, sob uma perspectiva de incentivo à preservação ambiental. Conforme o benefício ou obrigação oferecida neste caso, esta ferramenta costuma prover resultados mais efetivos.

Em geral, este gênero de ação foi bastante aplicado no Brasil, em especial, mediante a concessão de redução da carga fiscal, como se visualiza no Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), o IPTU Verde, e no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o ICMS-Ecológico (MAY, 2016), em que a renúncia fiscal viabiliza as boas práticas ambientais. De forma mais repressiva, a legislação ambiental também tem vasta tradição neste caminho, como se vê na Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que trata da proteção da vegetação nativa.

No caso dos transportes, também vige este instrumento, em geral no aspecto negativo do incentivo. A Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispôs sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), determinou que as *propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais* (art. 43). Com base neste dispositivo, o Comando da Aeronáutica expede normas de limitação de construções em torno dos aeroportos, para que não interfiram na operação aérea. De seu lado, o Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), define em seu art. 50 que *o uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via*<sup>21</sup>. Portanto, também se opõe obrigações em face dos lindeiros da rodovia, para que não afetem as operações rodoviárias. Em ambos os casos, visam a proteger os usuários do serviço de transporte, garantindo a segurança das operações. Contudo, pela inexistência de incentivos positivos, são da espécie de obrigação que exige o comando e controle para ser efetivada, do contrário, a falta de vigilância do Poder Público em relação ao gestor da infraestrutura pode resultar no aparecimento de edificações que venham a atrapalhar a operação de transportes.

Por sua vez, outro instrumento comentado é a criação de mercados, que consiste em uma estratégia para o Governo gerar um comércio até então inexistente. Na hipótese, cabe à autoridade regulatória determinar os parâmetros da atividade, com base na necessidade do setor, alocando então o intercâmbio de direitos ou quotas até o nível desejado. O mercado de créditos de carbono é bem representativo dessa ferramenta, pelo qual determinada indústria financia a proteção ambiental em outras áreas ou outros países, para que possa desempenhar a suas próprias atividades com limites mais convenientes. Considerando que a compensação de CO<sub>2</sub>

---

<sup>21</sup> “Define-se como ‘Faixa de Domínio’ a base física sobre a qual se assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, com limites definidos conforme projeto executivo da rodovia, decretos de utilidade pública, ou em projetos de desapropriação”. Disponível em <https://www.gov.br/dnit/pt-br/rodovias/operacoes-rodoviaras/faixa-de-dominio>, acesso em 15/01/2023.

foi tema da Agenda Regulatória da ANAC no biênio de 2021/2022<sup>22</sup> e que o tema é afeito ao transporte aéreo, há bastante pertinência dessa ferramenta com o setor de transportes.

Trata-se, assim, da atribuição de direitos comerciais, declarados pelo agente regulador, que controla o sistema por meio das “permissões” ou “licenças” emitidas e os agentes privados proveem o produto ou serviço. Nesta esteira, a criação de mercados constitui-se de forma híbrida, alocando-se entre o ambiente do livre mercado e a regulação direta (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 72).

Apesar do instrumento ter funcionado bem no caso da regulação ambiental, a geração de monopólios artificiais constitui tema significativamente complexo no setor de transportes. Conveniente, inclusive, lançarmos o olhar sobre esse ponto tendo em vista as cautelas lançadas pelos teóricos da *Public Choice*<sup>23</sup> (BUTLER, 2016), ao apontarem as vulnerabilidades dos reguladores à captura pelo *lobby* dos interesses privados ou mesmo de grupos de interesse inseridos dentro do próprio aparato do Estado (GIANNAKOS, 2017, p. 590), sendo certo que em ambos os casos as ações regulatórias serviriam interesses pessoais destes agentes e não o impositivo interesse público. Em especial, os efeitos negativos do *rent seeking* (TULLOCK, 2003) precisam ser bem entendidos para esse contexto (CRUZ, 2011), assim como os dos grupos de interesse especial, que influenciam os parlamentares (STIGLITZ, 2000, p. 178).

De fato, cada concessão de infraestrutura de transportes constitui um novo monopólio artificial, ao passo que entrega a tutela e organização do serviço público ao parceiro privado, escolhido em rigoroso processo de licitação, para exercer atividades em um mercado com forte demanda por obras e novas tecnologias, como a de identificação do fluxo de veículos (sobretudo, carros, aeronaves e navios), e pujante oferta de serviços de gestão de infraestrutura e de operações.

Neste cenário, o tutor da política pública de outorgas precisa estar muito atento para não constituir em edital condições de preferência regionais ou mesmo exigir critérios que somente um pequeno grupo possa vir a atender. Como se verá nos capítulos seguintes, as outorgas de infraestruturas de transportes se iniciaram nos anos 1990, com as concessões de rodovias, ferrovias e terminais portuários, nos anos 2010 passaram a contar com concessões de aeroportos e, mais recentemente, as concessões de portos vêm sendo conduzidas. Por isso, faz-se fundamental, para que o instrumento regulatório seja exitoso, que o processo de outorga seja

---

<sup>22</sup> Disponível em [www.gov.br/anac](http://www.gov.br/anac), acesso em 15/01/2023.

<sup>23</sup> Entre eles, Mancur Olson, George Stigler, Gordon Tullock, James Buchanan, Perelman, Becker, Tirole, Laffont.

conduzido com a tecnicidade e isenção mais apuradas. Não obstante, há uma percepção geral de que a política de concessões de infraestruturas de transportes tem sido efetiva.

De outra sorte, as outorgas de serviços de transportes, não atrelados a infraestrutura, em que as linhas de transporte rodoviário, aéreo e aquaviário são consideradas de propriedade de uso do outorgante, podem gerar sobrepreço aos passageiros do serviço. Enquanto o transporte aéreo aboliu essa modalidade entre 2001 e 2006, especialmente após o advento da Lei nº 11.182/2005, o rodoviário mantém o sistema de linha de ônibus interestaduais e internacionais, assegurados aos agentes autorizados (geralmente um por linha), mas sem um teto tarifário impositivo, depois de algumas sinalizações regulatórias em sentido oposto.

As ferramentas tributárias, fiscais e tarifárias são geralmente utilizadas para incentivar a produção ou o consumo, mediante exoneração fiscal ou compensação tarifária, o que tende a ser mais efetivo que a criação de direitos de propriedade, uma vez que os custos são internalizados nos agentes regulados. Em contrapartida, os custos da regulação também são reduzidos na indústria, com a redução dos relatórios e meios de comprovação do *compliance*, que a fiscalização costuma exigir. As ações dos agentes regulados funcionam, basicamente, para evitar a incidência do tributo ou para garantir benefícios do mecanismo tarifário, o que não depende de normas impositivas ao estilo do comando e controle. Perceba-se que os subsídios também podem ser abrangidos nessa conjectura, na qualidade de medida que incentiva um comportamento pelos efeitos econômicos que oportuniza.

Segundo Gunninham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 76), há três dificuldades na utilização destes instrumentos dentro da dinâmica regulatória: a dificuldade de acertar o montante do benefício, sendo que a dosagem poderá ser superficial ou exagerada na grande maioria dos casos; as peculiaridades dos mercados em que os preços são inelásticos, quando esses custos serão repassados aos consumidores; e a eventual sensação de legitimação que o pagamento do tributo ou da multa pode trazer para os agentes regulando, modulando seu comportamento para aceitar o ônus como um custo regulatório. Todos esses elementos dotam esses instrumentos de complexidade operacional e contestabilidade perante a sociedade. Ademais, cabe adicionar que a utilização do produto da arrecadação dos tributos e multas para outra finalidade, que não a regulação da indústria, constitui um desvio público da receita corrente auferida, negando a sua evidente referibilidade, o que pode anuviar a própria atividade do Poder Público no contexto.

No contexto da regulação ambiental, cuida-se de reduzir a poluição para não pagar o tributo ou fazer jus a um subsídio ou uma tarifa diferenciada em razão da proteção ambiental

promovida. Nos transportes, identifica-se mecânica semelhante, que na hipótese dos instrumentos tributários, vem de leis ditadas pelo Congresso Nacional e, no caso das tarifas, da política ditada pelo Ministério Setorial. Vale destacar três ações que se inserem neste ambiente.

O Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (Reidi), é um programa criado pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, pelo qual se suspende a exigência das contribuições para PIS/PASEP e COFINS, inclusive nas modalidades que incidem sobre importação, para os casos indicados em seu art. 3º, que se relacionam à mobilização para execução de obras objeto de contrato público. Logo, é um claro incentivo fiscal que beneficia concessionárias de infraestruturas de transportes, estimulando o cumprimento das obrigações pactuadas no contrato.

Outra ação que tem pertinente sentido para esse debate é o Fator de Qualidade previsto nos contratos de concessão de aeroportos. Com efeito, os fatores tarifários representam incentivos tarifários destinados a fomentar o atingimento de parâmetros de produtividade ou qualidade, entre outros. No caso do referido Fator Q, os indicadores de qualidade de serviço estabelecidos avaliam os serviços diretos e a disponibilidade de equipamentos aos usuários, as instalações do aeroporto para as operações aéreas e a pesquisa de satisfação de passageiros. A partir de uma avaliação pré-estabelecida, o Operador Aeroportuário pode obter ganhos ou perdas tarifárias conforme seu desempenho no serviço oferecido, mecanismo este bastante pertinente e efetivo para fins de indução ao *compliance*.

Pertinente para este tópico mencionar dois casos do transporte rodoviários de cargas, bem entrelaçados: a isenção, em todo o território nacional, da cobrança de pedágio sobre eixos suspensos de veículos de transporte de cargas que circularem vazios (Lei nº 13.711, de 24 de agosto de 2018); e a multa por excesso de peso, prevista no art. 231 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, o Código de Trânsito Brasileiro (CTB). No primeiro caso, o Governo Federal optou por conceder um subsídio financeiro, no formato de exoneração de tarifa de pedágio, para fomentar os transportadores rodoviários que não contam com a carga de retorno, ou seja, não detém fretes contratados na sequência da entrega feita. No segundo caso, que tem espúria relação com a primeira, o CTB dispõe sobre a multa aplicada na hipótese de o transportador transitar com excesso de peso, impactando o pavimento de maneira danosa, cujo valor pode chegar a mais de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em uma viagem, conforme a Resolução do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN)<sup>24</sup>. Contudo, há um permissivo para que o

---

<sup>24</sup> Vide Resolução CONTRAN nº 882, de 13 de 12 de 2021, disponível em [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br), publicado em 24/09/2022, edição 242, Seção 1, página 153, acesso em 15/01/2023.

transportador use até o limite de sua capacidade ou passe um pouco, porque as baixas multas iniciais compensam esse exagero e a eventual multa legítima a operação irregular.

As ferramentas de financiamento, de responsabilidade civil, de garantia de execução e de sistemas de compensação, mencionados no marco teórico, são aplicadas no campo ambiental para trazer mais recursos financeiros, ou ameaçar a sua retirada, aos agentes que aderirem à conservação e à proteção do ecossistema. A criação de fundos verdes para o fomento de projetos é uma das ações regulatórias mais reconhecidas neste campo que premia as condutas desejadas. A responsabilidade civil mais intensa sobre os poluidores, para impor um grau aceitável de gerenciamento e controle de riscos, trabalha na ameaça velada às empresas do setor. Os sistemas de compensação, por fim, funcionam como um depósito para a entrada na atividade que será restituído ao agente econômico, caso ele proceda com a alocação de resíduos no local indicado. Em especial, a garantia de execução serve para assegurar uma performance acordada com o Poder Público.

Nem todas essas ferramentas têm paralelo nos transportes. O financiamento e a garantia de execução são instrumentos corriqueiramente utilizados, um para amarrar os investimentos contínuos, que condicionam a liberação dos recursos e o outro para assegurar que as obras não realizadas ou inacabadas terão recursos para sua conclusão, para que as multas administrativas sejam salgadas e para que o acerto de contas final da concessão seja assegurado. Os financiamentos dependem de aval da Agência Reguladora para ter seu devido encaminhamento, portanto passam por um imprescindível compromisso de comportamento do agente regulado. A garantia de execução, prevista pela própria Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e orientada pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, constitui elemento essencial de todos os contratos de concessão de infraestrutura para assegurar o adimplemento contratual. Esses mecanismos serão mais bem explorados ao tempo da apresentação de um dos estudos de caso.

O último instrumento financeiro aventado por Gunninham, Gabrosky e Sinclair (1998, p. 80), é a remoção de incentivos perversos, materializados nas falhas regulatórias e falhas de governo. Está a se tratar de mensagens trocadas que o Poder Público lança, criando barreiras à entrada desnecessárias no mercado, gerando custos dispensáveis e apoiando ações contraditórias. Infortunadamente, não são incomuns intervenções públicas nos mercados, de cunho econômico, sem que se considere todas as implicações da ação adotada, o que decorre em distorções e aumentos de custos internos e repassados aos consumidores.

Em verdade, está entre as missões do Poder Público revisar periodicamente suas normas e atualizar, com vistas a reduzir o fardo regulatório. A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de



2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, passou a impor, em seu artigo 5º, a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório, deixando claro que as propostas de edição e alteração de atos normativos públicos de interesse geral dos agentes econômicos ou dos consumidores, *serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico*. Portanto, a preocupação elencada pelos referidos autores já está na agenda pública brasileira, que inclusive impulsionou a ação de revisão geral dos atos normativos públicos inferiores a decreto, determinada pelo Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019.

#### 2.1.5 Livre mercado, na perspectiva ambiental e *Sandbox* regulatório

O livre mercado, na perspectiva ambiental, como tratado no texto de alusão (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 83), versa sobre a alocação de direitos comerciais ou de propriedade sobre recursos naturais para entidades privadas e regras de responsabilidade civil em razão de danos ao ambiente, contendo a discussão de que o papel da autoridade reguladora residiria no monitoramento e garantia das relações comerciais entre indivíduos. Trabalha-se a ideia da ausência de intervenção como o instrumento de ação do Estado para o setor.

Ainda que este conceito não tenha tanto sentido para a indústria dos transportes, há nichos de mercado que poderiam se acomodar somente com regras técnicas gerais, sem uma supervisão regulatória, como é o caso do transporte rodoviário de cargas. Conquanto a atividade, para ser desenvolvida, depende do aparato regulatório para se viabilizar, o serviço prestado se dá num ambiente quase puramente comercial e a fiscalização da Agência Setorial somente entra em fatores de impacto na infraestrutura (como o excesso de peso ou dimensão do veículo), operando, por isso, em um meio mais próximo ao livre mercado.

Uma ferramenta que não foi listada pelos autores sob estudo, mas que merece ser comentada pelo valor intrínseco à regulação que vem assumindo é o *Sandbox* regulatório. Conforme esclarece Harris (2022), o *Sandbox* regulatório é uma disciplina, já regulamentada em algumas Agências Reguladoras, que concede às empresas um período e tempo para testar novos produtos ou serviços, sem que tenham de se sujeitar à plena regulação do Poder Público. Com isso, cria-se um ambiente seguro para inovações, sobretudo ligadas a novas tecnologias, com menor risco de que o regulado seja punido pela Agência Setorial, demandando essa em

troca que o incumbente pelo teste aplique as devidas salvaguardas, para isolar o mercado dos riscos da inovação proposta e que apresente os resultados apurados no prazo combinado, para que se avalie a expansão do produto ou serviço testado para o restante do mercado. Com efeito, pode representar uma ferramenta essencial para guiar alguns aspectos da política econômica e das ações regulatórias, bem como gerar incentivos para determinada atividade.

O instrumento foi inicialmente trabalhado em 2014 no contexto das Políticas de impulsionamento das *Fintechs* do Reino Unido, sendo o primeiro *Sandbox* regulatório conduzido pela Autoridade de Condutas Financeiras da Inglaterra. Apesar de ter vindo deste setor, a ferramenta regulatória foi acolhida por outros setores da regulação, como os de proteção de dados, energia e telecomunicações (RANCHORDÁS, 2021). Este autor alerta que, apesar do *Sandbox* regulatório ser um *locus* experimental, deve seguir rigorosa metodologia com objetivos, transparência e padrões definidos, sob pena dos resultados não poderem ser devidamente apurados e implementados.

#### 2.1.6 Conclusões parciais

Feitas essas considerações, é de se arrebatrar indicando que a teoria da *Smart Regulation* abre ao regulador um conjunto de possibilidades para o tratamento das mais diversas situações, muitas delas já sendo apropriadas de forma muito similar à utilizada pela regulação ambiental, conforme os instrumentos descritos e ilustrados. Imprescindível destacar que o regulador está forçosamente ligado aos instrumentos que detém, pelas bases normativas, e sobretudo que dos quais consegue se utilizar, para demonstrar e justificar sua ação (até para afastar o argumento da inércia do agente público).

Neste ponto, a figura do garotinho que ganha o martelo de brinquedo (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 89), é muito ilustrativa para que se entenda o comportamento do regulador, dotado somente da opção do comando e controle. Também notado por Kaplan (1998, p. 28), no âmbito das ciências comportamentais, indica-se por essa metáfora moderna que no caso do garotinho com o martelo de brinquedo na mão, todas as situações que ele venha a enfrentar serão resolvidas com uma cacetada. Do mesmo jeito, sem ferramentas mais inteligentes e legitimadas, o regulador somente conseguirá responder às ações dos regulados com ações desmesuradas, porque é justamente o meio que conhece para inibir a conduta, não obstante seu custo-efetividade possam demonstrar uma baixa relação de vantajosidade.

Ante essa evidência, pode se verificar que a regulação dos transportes também se encontra em movimento, já trabalhando com uma diversificada gama de ferramentas de *enforcement*, o que permite que se vislumbre mecanismos de *design* regulatório. Não obstante, como visto, sua incidência parece ser mais episódica e sistêmica, como se verá nos estudos de casos.

Vale, inclusive, que seja considerado para a regulação dos transportes esse caminho de transição iniciado na regulação direta pura ou de comando e controle, para a utilização de um *mix* de instrumentos regulatórios, direcionados para os objetivos da indústria, com vistas a produzir uma regulação mais efetiva.

Dito isto, passa-se a uma análise dos agentes setoriais envolvidos na regulação de transportes e seu papel no cenário da indústria e institucional.

## 2.2 Agentes setoriais envolvidos na regulação e seu potencial

A teoria da *Smart Regulation*, como acima apontado, é estabelecida sobre dois elementos fundamentais para garantir a efetividade regulatória, quais sejam: a utilização de um conjunto diversificado de instrumentos para a regulação e a interação dos múltiplos atores setoriais na dinâmica da indústria. Isso significa que, para além dos diferentes meios de busca do *compliance* expostos, há que se compreender que os múltiplos agentes integrados ou afetados pelo processo regulatório também têm uma função potencial e podem até vir a operar ferramentas, tornando a ação regulatória mais efetiva.

Neste cenário, deve-se ter em consideração que o jogo do mercado não se resume, absolutamente, à relação bidimensional entre Poder Público e agentes regulados (tradicional dualidade estabelecida entre o Estado e os agentes privados diretamente regulados). Uma fauna muito maior povoa essa interação, que é afetada pelos regulamentos, porque se relaciona e até depende da indústria.

Do outro lado, o Governo também lida com os grupos de interesse público, que anseiam influenciar este processo, com vistas a beneficiar ou tornar mais efetiva a prestação para terceiros afetados pelo negócio. Ainda há de se considerar que pode incidir a tutela de mais de uma agente público sobre uma mesma indústria, o que não é tão profundamente analisado na literatura que se recorre, mas que precisa ser ventilado no presente estudo, em razão da realidade brasileira e do próprio setor que se escolheu avaliar sob a perspectiva da teoria da *Smart Regulation*.

Com isso, cabe avançar na teoria para identificar os agentes envolvidos no processo regulatório de maneira mais precisa, registrando suas possíveis formas de interação e apontando as combinações entre instrumentos e instituições, que se mostrem auspiciosas para o mercado. Nesse mister, há que se considerar a oportunidade que o Estado tem de fomentar a ação de entidades paraestatais e empresas privadas relacionadas ao setor, para materializar o cumprimento da regulação e das políticas públicas setoriais.

A potencialização das habilidades desses grupos, para que operem como quase reguladores, tende a viabilizar uma atividade regulatória mais plural e inovadora (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 93), de maneira a caracterizar a tridimensionalidade do campo regulatório estabelecido, permitindo-se que se vislumbre uma face da pirâmide de *enforcement* coordenada para cada um desses grupos nomeados. Além disso, o Poder Central também precisa, sobretudo no caso brasileiro, orientar as autoridades com atribuições tangenciais à regulação da indústria, a trabalharem de forma alinhada e cooperativa com o processo regulatório.

Ressalte-se que até o momento designou-se estes agentes, que não são diretamente regulados, por terceiros interessados ou afetados pelo mercado. No corrente subcapítulo tem-se a oportunidade de detalhar estes atores, bem como as suas funções e os instrumentos regulatórios que mais podem interagir com os mesmos. De certa forma, pode-se conceber todos estes como agentes setoriais, totalmente ou parcialmente relacionados ao mercado regulado que se mira. Contudo, a teoria é bastante clara ao tratá-los como terceiros relacionados à regulação ambiental.

Assim como no subcapítulo anterior, serão traçados paralelos com a regulação dos transportes, demonstrando-se a viabilidade de um teste de sobreposição da teoria de base a algumas indústrias de transportes selecionadas. Há de se antecipar que, se no campo dos instrumentos já incide uma profícua difusão na regulação dos transportes, por outro lado, não há tantas interações positivas com os agentes setoriais e relacionados, como se verá nas constatações iniciais abaixo.

### 2.2.1 Organizações sociais e entidades paraestatais e o processo regulatório

O primeiro grupo identificado na teoria de base como relevante relaciona-se àqueles que buscam o interesse público, na condição de influenciadores do processo de regulação, por instrumentalizarem os temas ambientais de relevância na agenda política e manterem sua

efervescência, atuando de forma predominante para mover o Governo e a própria indústria no sentido almejado (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 94). A doutrina estudada espelha esta figura nas organizações não-governamentais de ativismo ambiental, seja com ação em nível mundial, tal qual o Greenpeace, ou mesmo regional, com a mobilização de comunidades que sofrem com a emissão de poluentes. Identificou-se, ainda, as seguintes contribuições que estes grupos designados de interesse público trariam para o cenário regulatório (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 95):

- a) disseminar educação, trazendo conhecimento sobre elementos do mercado, para seus agentes;
- b) prover informações para o Poder Público e para os regulados, disponibilizando dados para as casas legislativas e para a média administração pública, que facilita a análise e providências sobre temas setoriais;
- c) supervisionar o setor, de maneira a alertar sobre deficiências e irregularidades na aplicação da política pública, de forma a pressionar tanto a indústria como o Poder Público;
- d) reforçar ações para o cumprimento das normas, enquanto agentes privados, complementando as atividades públicas de *enforcement*;
- e) buscar indenizações para agentes setoriais prejudicados e impedir danos, de maneira a prevenir ou inibir a continuidade de atividades perniciosas ao mercado;
- f) propor alteração de leis e regulamentos, para mudar as regras do jogo em prol da categoria defendida;
- g) levantar itens e realçar sua intensidade para inclusão na agenda pública, influenciando as mudanças políticas e regulatórias.

Deve-se ponderar que há uma suposição de coincidência entre as ações destes *players*, mesmo no caso dos regionais, com o interesse público, dando-se um sentido muito particular a este último, ao que seria típico da ação das comunidades engajadas no propósito específico. Sem que isso possa se consistir em crítica à teoria, é de se compreender que há uma visão parcial em torno do bem que se quer proteger, o que pode vir a aparecer no amoldamento que se está por fazer a seguir.

Cabe ressaltar que grande parte dessas funções podem ser exercidas por associações ativistas ou mesmo por indivíduos, munidos do direito de petição, disposto no art. 5º, XXXVI, *a*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), perante a Administração Pública

e o Poder Judiciário. Assim como apontam Gunninham, Gabrosky e Sinclair (1998, p. 99), forçoso reconhecer que a manifestação em sede administrativa ou judicial, independente do resultado, materializa um meio de expressão política, capaz até de mobilizar o Poder Público e demarcar uma demanda, às vezes suficiente para gerar um debate público em torno da causa.

Cumprir registrar, considerando este modelo, a existência de entidades da sociedade civil, para a defesa de interesses locais ou de direitos sociais em geral, com atuação bastante marcante em relação às infraestruturas e serviços de transporte, como as rodovias concedidas<sup>25</sup>, aeroportos<sup>26</sup>, portos<sup>27</sup> e serviços de transporte em geral<sup>28</sup>. Evidenciam-se em ações esporádicas, mas que efetivamente impõe pressão sobre os prestadores de serviços, os políticos regionais e a autoridade reguladora setorial.

Apesar de se registrar várias ações especializadas, no campo dos transportes, que atendem aos requisitos da disseminação de informação, supervisão do setor, busca do cumprimento das normas pelos prestadores de serviços e pleito de indenizações por danos potenciais ou incorridos e até tentativa de influência na agenda pública, não se visualiza no cenário atual um esforço concentrado por parte destas entidades para o desenvolvimento contínuo do setor. Também não se identificam associações ou ações de nível nacional com esse escopo. Em geral, a linha de conduta dessas organizações sociais visa defender um conjunto de direitos muito particulares, inerente aos integrantes da agremiação ou do grupo de tutelados, eventualmente até viabilizadas por demandas judiciais de compensação (que teriam até uma função política extroversa de coibir ações indesejadas pela infraestrutura ou serviço de transporte e chamar a atenção da sociedade).

Tampouco há uma articulação dos agentes reguladores com tais representações, de forma a criar parcerias ou redes de apoio à boa regulação, o que poderia ser revisto na esfera da

---

<sup>25</sup> Vide, por exemplo, notícia sobre manifestação da associação de Moradores de Resende contra a cobrança de pedágio. Disponível em <https://institutobrasiltransportes.org/moradores-de-resende-farao-manifestacao-contracobranca-de-pedagio/>, acesso em 15/01/2023.

<sup>26</sup> Vide, por exemplo, notícias sobre associações de moradores, nas capitais de São Paulo e Minas Gerais, em relação à movimentação de aeronaves e ruído aeronáutico, disponível em <https://www.saopaulo.sp.leg.br/blog/comissao-de-politica-urbana-debate-ruídos-provoados-pelo-fluxo-de-avioes-do-aeroporto-de-congonhas/> e [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/10/25/internas\\_economia,911414/associacao-de-moradores-promete-reagir-contraretomada-de-voos-na-pamp.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/10/25/internas_economia,911414/associacao-de-moradores-promete-reagir-contraretomada-de-voos-na-pamp.shtml), todos os acessos em 15/01/2023.

<sup>27</sup> Vide, por exemplo, protestos da sociedade civil organizada contra a atracação de Navio Porta-Aviões no Porto de Suape, disponível em <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2022/11/sociedade-civil-repudia-atracacao-forcada-de-porta-avioes-no-porto-de.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>28</sup> Vide, por exemplo, Associação Nacional em Defesa dos Direitos dos Passageiros de Transporte Aéreo – ANDEP, disponível em <http://www.andep.com.br>; Instituto Brasileiro de Direito do Consumidor – IDEC, disponível em <https://idec.org.br>; e Proteste, disponível em <https://www.proteste.org.br>; todos os acessos em 15/01/2023.

atuação institucional pública. Cuidam-se de instituições com bom potencial para executar uma fiscalização complementar e fornecer elementos para a abordagem regulatória, que, no entanto, são pouco ou nada acionados pelo Poder Público, aqui incluídas as Agências Reguladoras, as Empresas Públicas e o Ministério setorial formulador da política pública. A composição de uma rede de vigilância do serviço poderia ser muito útil para dar efetividade às finalidades públicas às quais o serviço se propõe.

Por outro lado, relevante paralelo também pode ser traçado, para a realidade brasileira dos transportes, com as entidades paraestatais, que acabam por abarcar significativa parcela destas funções. Considerando as lições de Carvalho Filho (2017, p. 488-90), que ressalta que esta denominação recebeu ao longo do tempo muitos significados, deve-se esclarecer que utiliza-se o termo para indicar pessoas jurídicas de direito privado que atuam em colaboração com a administração estatal, com vínculo jurídico formal, ao lado desta e fora de sua hierarquia, mas atuando de acordo com o interesse público e suas metas.

Sob esta alcunha, três entidades que tem direta relação com os transportes e efetivamente exercem a função de grupos de interesse público são as Confederações Nacionais dos Transportes (CNT), da Indústria (CNI) e da Agricultura e Pecuária (CNA). As confederações são entidades sindicais de grau superior, organizadas nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conforme art. 533 e ss., do Anexo do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, representando, por isso, as vontades setoriais, como categorias econômicas, mas com atuação diversa das associações de empresas, em especial pelo cunho de atuação social que carregam. A rigor, cada uma dessas entidades é composta por um colegiado superior e outros especializados, serviços sociais e de aprendizagem (esses fomentados pela receita de arrecadação de contribuições sociais, de natureza tributária<sup>29</sup>) e institutos de educação.

Tanto a CNT como a CNI estão previstos na CLT, conforme enquadramento sindical disposto no seu art. 577 e anexo. A CNA, por sua vez, foi reconhecida pelo Decreto nº 53.516, de 31 de janeiro de 1964. Se a CNT atua diretamente na busca de recursos para o setor de transportes e meios para fortalecer a atividade, agindo diretamente na agenda pública, a CNI e a CNA, por outro lado, compõe setores diretamente dependentes dos transportes e, por isso, também acabam por se envolver no seu desenvolvimento político, social, financeiro e econômico.

---

<sup>29</sup> Conforme Paulsen e Velloso (2010, p. 298-301) e Soares de Melo (2006, p. 129-35).

Por sua vez, deve-se pontuar que a CNT, na sua condição, coordena os interesses do setor, e detém em sua estrutura o Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT), criados pela Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993 (que especifica sua manutenção também por contribuições compulsórias de empresas de transporte rodoviário e de trabalhadores autônomos, conforme seu art. 7º, que estão alinhadas com o art. 195, incisos I e II, e o art. 240 da CRFB). Ainda compõe este sistema o Instituto de Transporte e Logística (ITL), que executa ações de educação, inovação e pesquisa setorial.

Entendido isso, pode-se dizer que a CNT defende os interesses gerais dos transportes nas esferas política, social, econômica e regulatória. De seu lado, a educação profissional e sobre elementos setoriais está alocada nas ações do SENAT e ITL. A CNT ainda publica, correntemente, um conjunto de estudos e pesquisas sobre o setor<sup>30</sup>. A supervisão do setor e da regulação é bastante exercida pela CNT na via judicial, especialmente quando se utiliza da garantia constitucional assegurada pelo art. 103, IX, da CRFB, que reconhece às confederações sindicais a possibilidade de proporem ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade<sup>31</sup>. Anote-se que nessa militância, pode-se identificar o desempenho de todas as funções afeitos aos grupos de interesse público, exceto a busca de indenizações, que acaba sendo exercido pelas associações setoriais.

A despeito dessa potencialidade, ainda são tímidas as iniciativas do Poder Público de firmar acordos mais sólidos com a CNT, de forma a constituí-la como uma autoridade regulatória complementar ou mesmo dotado de posição privilegiada em relação ao reporte de eventos para a fiscalização. Em 2020 a ANTT firmou acordo de cooperação técnica com a CNT, com vistas ao desenvolvimento e aperfeiçoamento de atividades de interesse público no setor rodoviário de cargas, com vistas ao intercâmbio de informações, fiscalizações e elaboração de estudos de viabilidade técnica e econômica e análises de impacto regulatório, entre outros.

Com ações similares à CNT, mas não detendo o transporte em seu foco central, como acima dito, podem ser identificadas as atividades da CNI e a CNA, posto que tem nesse serviço um meio fundamental para veicular as industriais setoriais. Com fundamento de existência e

---

<sup>30</sup> Vide <https://www.cnt.org.br/pesquisas>, acesso em 15/01/2023. Entre os estudos, desatacam-se dados sobre oferta e demanda de serviços, acidentes, fluxos de serviços, capacidade infraestruturas, entre outros.

<sup>31</sup> Vide, por exemplo: ADI 7096/DF, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se questiona a ampliação da aplicação do regime do Simples Nacional; ADI 7248/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, na qual se questiona as alterações no auxílio alimentação e no Programa de Alimentação do Trabalhador; e ADI 7059/DF, sob relatoria do Ministro André Mendonça, na qual se contesta Lei do Estado de Pernambuco que proíbe o uso de veículo licenciado naquele Estado em outras unidades da Federação. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/>, acesso em 15/01/2023.



organização similar à CNT, também produzem informações referenciais para a política, a sociedade e a regulação dos transportes<sup>32</sup> e tem ação junto às principais instituições públicas que lidam com o tema, notadamente, o Congresso Nacional, o Ministério Competente e as Agências. Com isso, além de informar, dissemina educação e denota uma supervisão setorial contínua e ações voltadas à proposição de leis e regulamentações (mostrando influência na agenda política, inclusive nos transportes<sup>33</sup>).

Da mesma forma, registra-se sua atuação judicial contra movimentos que ameacem o desenvolvimento do mercado<sup>34</sup>, devendo ser apontado que neste caso também não se encontraram o manuseio de ações de indenizações individuais. Cumprem, de maneira complementar, essa relevante função de tutela do setor de transportes, pois seu bom andamento afeta diretamente os mercados de atuação da indústria e da agricultura.

Na teoria de Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 100) também se chama a atenção para a contínua ação desses grupos de interesse público, sobretudo para pressionar a indústria a assumir escolhas mais favoráveis, em especial para exemplificar que essa sorte de interação pode vir a bem regulação. Isso porque representa uma relação entre particulares, em que o grupo vai agir como um sensor informal da empresa regulada, para que esta cumpra justamente a regulação.

Perceba-se que nos transportes há exemplos dessa forma de interação, como no caso da campanha de segurança viária da CNT, conduzida pelo SEST e SENAT<sup>35</sup>, pela qual, entre outras ações, se reforçaram os deveres correlatos das concessionárias de rodovias. Destaque-se que essa relação tanto pode ser de cooperação entre o grupo de interesse social e a industrial, como pode ser de oposição, revelando uma ação de pressão por um aprimoramento no setor. Em especial, essas relações denotam um diálogo entre a sociedade e a indústria, nem sempre

---

<sup>32</sup> Cabe mencionar o Relatório Infraestrutura, publicado pela CNI desde 2012, que consolida dados de política e produção de transportes, energia e telecomunicações Disponível em [www.portaldaindustria.com.br](http://www.portaldaindustria.com.br). Outro exemplo é a Nota Técnica Nº 20/2018-CNA, que trata da tabela de preços mínimos de fretes, para apontar aumento de até 51% para o transporte de grãos. Disponível em [www.cnabrazil.org.br/publicacoes](http://www.cnabrazil.org.br/publicacoes). Ambos acessados em 15/01/2023.

<sup>33</sup> A título de exemplo, cabe comentar o apoio da CNI ao Projeto de Lei nº 4.199, para instituir Programa de Estímulo ao transporte de Cabotagem (BR do Mar). Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/25/segue-para-a-camara-projeto-de-incentivo-a-navegacao-de-cabotagem>, acesso em 15/01/2023.

<sup>34</sup> Como nos casos: da ADI 6031/DF, manejada em face da Lei nº 10.209/2001, que instituiu o vale-pedágio; da ADI 5.964/DF, que contestou a Medida Provisória nº 832/2018, que instituiu a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas (depois convertida na Lei nº 13.703/2018); e da ADI 5959/DF, que tem o mesmo objeto da anterior, sendo esta manejada pela CNA. Processos disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 15/01/2023.

<sup>35</sup> Disponível em <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/sest-senat-realiza-grande-campanha-nacional-por-mais-seguranca-nas-rodovias>, acesso em 15/01/2023.

mediado pela Autoridade Reguladora e suas normas, mas profícuo para a regulação na maioria das vezes.

Não obstante, vale compreender que o reconhecimento jurídico-institucional destas entidades, que em relação às confederações foi disposto em leis especiais trabalhistas e até na CRFB, encontra atenção especial na teoria da *Smart Regulation*. Conforme Gunningham, Gabrosky e Sinclair (1998, p. 101-02), identificam-se cinco formas de o Poder Público viabilizar a participação dos grupos de interesse público no processo regulatório, por meio de:

- subsídio direto, inclusive com políticas públicas governamentais direcionadas para esse resultado;
- incentivos financeiros ou fiscais, via política tributária ou recompensar por ações judiciais bem-sucedidas que aproveitem ao interesse público;
- informações estratégicas para as demandas regionais e nacionais desses grupos, o que facilitaria suas ações;
- ações judiciais próprias, designadas para a busca de direitos coletivos e até difusos; e
- ações de autoridades públicas, em política e regulação, para incentivar e promover a construção de relações contínuas entre os grupos de interesse público e a indústria, não deixando de reconhecer que essa relação deve se dar no âmbito as interações privadas).

Como se verifica, também neste contexto as Confederações acima citadas enquadram-se na modelagem proposta. Não obstante, a leitura que ora se faz não afasta que outras entidades poderiam ser nominadas no emprenho das atribuições em referência, ressalvando-se a particular leitura que se faz de interesse público quando se observa a atividade desses agentes.

Há que se registrar que na teoria também se discute a hipótese de grupos de interesse que acabam por se desviarem para o sensacionalismo, divulgação de *fake news* e deturpação de fatos (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 103). Em vista desse eventual cenário, aponta-se que o Poder Público deve considerar fomentar uma variedade de grupos de interesse público, oportunizando sua participação equânime e concorrente nas diferentes fases processo regulatório (da iniciativa regulatória à fiscalização), inclusive pela ampla divulgação das informações setoriais úteis e de qualidade.

Por isso, vale escorar-se no conceito exposto para a identificação de entidades que podem ser legitimadas como grupos de interesse público nos transportes, aptas a participar do

processo de regulação, ainda que de forma lateral, que atualmente são pouco envolvidos nas ações diretas de coação e incentivo ao cumprimento das normas setoriais. Com isso se permitiria constituir uma rede de apoio à regulação, com custos mínimos ao Estado. Na qualidade de interlocutores diferenciados, poderiam assumir funções privilegiadas neste curso, para cobrar postura dos integrantes das categorias que defendem. Exemplos claros seriam a atuação junto aos transportadores de cargas e indústrias rodoviária, ferroviária e aeroviária. Contudo, as Agências setoriais aparentemente não despertaram para esse potencial, como mencionado.

### 2.2.2 O papel dos agentes econômicos relacionadas ao mercado e suas associações

Como se anota na teoria da *Smart Regulation* (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 106) e se verifica de forma pragmática em diversos campos da regulação, os agentes comerciais que se relacionam ao setor são raramente envolvidos no processo regulatório. Enquanto *players* econômicos não-governamentais, detém potencial influência nas ações da indústria regulada, de forma a somar forças para o seu controle social. Cinco categorias de agentes podem ser identificadas nesta condição: consumidores-usuários; fornecedores e clientes; investidores institucionais; financiadores e seguradoras; e auditorias.

Na perspectiva da *Smart Regulation*, que assenta suas bases na regulação ambiental, como já dito, a contribuição dos consumidores é avaliada quanto à sua consciência em relação às ações de sustentabilidade das empresas reguladas e a sua aptidão e musculatura, para denunciar produtos e serviços que não reflitam os valores desejados. Apesar de geralmente serem mais exigentes que o estabelecido nos regulamentos do Poder Público (ressaltando-se inclusive o real impacto que um boicote de produto ou serviço é capaz de impor ao setor), podem representar um bom termômetro do nível de serviço oferecido ou da qualidade de bens entregues. Nesse ponto, um direcionamento governamental através de um selo de qualidade ou mesmo instrumentos econômicos, como tributos e tarifas (vide item 2.1.4 acima), para discernir as empresas que atendem ou não ao *compliance* esperado pode ser uma sinalização preciosa para orientar os consumidores mais responsáveis.

Nos transportes, o paralelo é bastante cabível, considerando a figura dos usuários-consumidores. Conforme já destacado em outro estudo (FEITOSA, 2009) e seguindo a designação do art. 175, Parágrafo único, III da CRFB c/c art. 6º da Lei nº 8.987/1995, o usuários seriam toda a categoria que se utiliza do serviço público, dentro de uma relação comercial e,

por outro lado, os consumidores estariam mais afeitos ao grupo de usuários que usufrui deste serviço como destinatário final, consoante prega a orientação doutrinária finalista ou subjetiva. A diferenciação é útil, quando se avalia que os consumidores podem ser socorridos dos benefícios materiais e processuais da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC), dado encontrarem-se em uma clara relação de hipossuficiência. Aos demais usuários, insertos em um vínculo de onerosidade com o fornecedor da infraestrutura de transportes, está reservada a disciplina da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro (CCB) e o esteio geral do Estatuto Adjetivo disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC).

Neste ponto, configuram-se meramente usuárias as empresas de transporte e logística, representadas por fortes associações comerciais, como a Associação Nacional dos Usuários de Transporte de Cargas (ANUT) e a Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC&Logística). Por outro lado, visualizam-se os consumidores em face dos serviços massificados dos transportes aéreo, aquaviário, rodoviário e ferroviário e ainda diante das infraestruturas, que foram destacados no subcapítulo acima, entre os agentes da sociedade civil organizada, mas que poderiam também figurar na presente categoria.

Os usuários têm sido, em certa medida, envolvidos no processo de regulamentação dos transportes, sendo recorrentemente convidados para contribuir em consultas e audiências públicas sobre as propostas de normas das Agências Reguladoras e de políticas públicas do Ministério Setorial. Cuida-se de uma etapa razoavelmente hermética da elaboração normativa, pela qual as propostas são testadas antes de passarem pela aprovação para sua existência, vigência e aplicabilidade. Os consumidores, por outro lado, precisam ficar atentos aos avisos publicados no Diário Oficial da União (DOU) ou nos sítios eletrônicos das Agências Reguladoras de Transportes e do Ministério correlato, sendo que a captação de suas percepções ocorre de forma eminentemente pulverizada e menos frequente (salvo quando há uma associação envolvida). Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 152) reconhecem a relevância da consulta social direta e seu envolvimento na tomada de decisão, que a despeito de parecer ineficiente pelo tempo que toma, tende a levar a uma maior efetividade da norma.

De qualquer sorte, há uma oportunidade sendo evidentemente desperdiçada no caso, ao não se aproveitar mais das possibilidades de atuação desses usuários-consumidores tanto para contribuir de maneira mais efetiva com o processo de elaboração normativa, mas especialmente nos sistemas de fiscalização, em que cada um desses usuários pode vir a identificar condutas inadequadas ou inoportunas do prestador e comunicar à autoridade, compondo banco de dados

para a utilização das Agências. Enquanto clientes que recebem a prestação contínua do serviço de transporte, indubitavelmente tem muita informação por agregar e compartilhar, que seriam úteis para a regulação e fiscalização.

Uma ferramenta que poderia ser mais bem utilizada, neste contexto, são justamente os registros dos Serviços de Atendimento ao Consumidor (SAC), regulamentados pelo Decreto nº 11.034, de 3 de abril de 2022. Em verdade, o SAC das prestadoras de serviços de transportes consubstancia a porta de entrada do relacionamento de pré e pós-venda dos usuários, em que se dá os relatos acerca das dúvidas sobre a prestação ou defeitos e erros ocorridos ao longo da experiência de utilização ou consumo. Contudo, não se encontraram notícias acerca do aproveitamento de tais elementos para uma atuação inteligente das Agências ou do Ministério. De outra maneira, a plataforma consumidor.gov.br, canal oficial da administração pública federal para a autocomposição de controvérsias em relação ao consumo, disciplinada pelo Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020, já vem sendo usado como base da regulação do transporte aéreo de passageiro, como se verá em um dos estudo de caso desta Tese.

Destarte, verifica-se no caso dos consumidores-usuários, que seu envolvimento no processo regulatório ainda é muito tímido e, quando se aborda a ação de fiscalização, cuida-se de participação quase inexistente, a despeito de representarem elemento central das cadeias de logística.

Outro grupo que atrai a atenção da *Smart Regulation* são os fornecedores e os clientes (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 109). Os autores alertam que nessas relações há uma influência recíproca entre os agentes econômicos da cadeia de produção, que afeta seu comportamento e até sua performance. É inclusive de se notar que grandes empresas podem moldar, através do seu poder de mercado ou posição estratégica, o comportamento dos agentes alocados nos mercados a montante e a jusante, ditando a característica de seus produtos e processos de produção. Esse diferencial é bastante valioso na regulação ambiental, pois grandes agentes regulados podem vir a exigir um *compliance* dos demais elos da cadeia, ainda que estes não sejam tão facilmente atingidos pelo Poder do Estado, como no caso das pequenas empresas. Nota-se que a influência da grande empresa pode inclusive ser mais eficaz que as normas estatais e assegurar uma conduta de cumprimento voluntário das regras postas, pois garante uma inserção no mercado face ao *player* estratégico.

Transpondo essa figura para a realidade dos transportes, percebe-se que os clientes deste mercado têm relação direta com os prestadores de serviço ou provedores de bens e são capazes de influenciar por sobremaneira o seu comportamento, quando bem-organizados, sobretudo no

que toca ao acatamento das normas públicas. De fato, parte significativa dos contratantes de frete rodoviário, ferroviário, aéreo e marítimo constituem-se em conglomerados de porte expressivo, motivo pelo qual a Autoridade Reguladora e o Ministério Setorial devem visar o diálogo contínuo com estes contratantes, com vistas a buscar apoio e fomento às boas práticas e *compliance*, que acabam por contribuir para que os serviços de transporte avancem no sentido desejado.

Destaque-se que esse tipo de estratégia foi, aparentemente, ensaiada ao tempo da licitação das concessões de ferrovias, entre 1995 e 1997, quando as gigantes da mineração e siderurgia nacional, como Vale do Rio Doce (Vale), Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas), Minerações Brasileiras Reunidas (MBR), Companhia Siderúrgica da Guanabara (COSIGUA), entre outras (Ultrafértil S.A. e Celato Integração Multimodal S.A.), foram vocacionadas para a gerir um dos lotes de concessões de serviços de transportes ferroviários, dos quais seriam as próprias clientes. Com isso, tinha-se a infraestrutura atrelada ao serviço de transporte ferroviário sendo controlada por diversos de clientes estratégicos, que tinham interesse no seu pleno funcionamento, essencial para sua produção, o que substituiria uma necessidade de regulação e fiscalização mais ostensivas. Esse foi o caso da concessionária MRS Logística S.A., cujo contrato de concessão teve início em 26 de novembro de 1996.

É fato que, quando se foca nas infraestruturas de transportes, quais sejam os portos, aeroportos, rodovias, ferrovias e hidrovias, nota-se que o mercado da construção civil teve, historicamente, importantes laços com o desenvolvimento e gestão desses terminais. Isso porque os serviços de transportes exigem um contínuo de obras de manutenção e conserva das estruturas para sua operação. Perceba-se que se está a considerar uma perspectiva diferente destes mercados, sem que se negue a qualidade de monopólio natural<sup>36</sup> que exercem, mas sim entendendo-se a infraestrutura numa cadeia de produção de serviços, com as ações construtivas

---

<sup>36</sup> “Monopólio Natural é aquela situação de monopólio criada naturalmente e não em função da ação de agentes econômicos para sua constituição. Tal situação se verifica naqueles setores em que a competição é impossível, física ou economicamente. (...) as causas do monopólio são econômicas e podem ser teoricamente elaboradas. A primeira e principal delas é a forte prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, tornando possível a obtenção de expressivas economias de escala com o aumento da quantidade produzida. Se a essas economias de escala se somar uma grande proporção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), a entrada de competidores no mercado torna-se absolutamente inviável. Imagine-se, por exemplo, o transporte ferroviário. Seu custo fixo consiste em nada mais nada menos que a construção de linhas férreas. Mesmo que seja livre a sua construção, os custos para que um novo competidor entre no mercado através da construção de uma linha férrea alternativa são proibitivamente altos em relação aos da empresa operando a linha férrea já existente, à qual basta colocar um trem adicional em circulação.” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 222-23). O conceito pode ser estendido para todas as infraestruturas de transportes.

funcionando como insumos essenciais para a indústria de transportes. Nesse diapasão, as empresas de construção são relevantes vetores para a regulação de transportes, valendo que se estabeleça também com elas vínculos e compromissos que resguardem os elementos para segurança e fluidez, com reflexos nos serviços, o que acaba sendo feito pelo Ministério Setorial de forma não institucionalizada.

Não por acaso, os contratos de concessão de infraestrutura rodoviária, ferroviária e aeroportuária, além dos de arrendamentos portuários, costumam trazer compromissos para um desenvolvimento contínuo desses serviços, com comandos direcionados para os executores das obras. A definição das intervenções e dos mecanismos de sua atualização ao longo do tempo são bastante relevantes neste sentido<sup>37</sup>. Dessa forma, tenta-se viabilizar um engajamento verticalizado, de forma indireta, em prol do setor de transportes, em relação àqueles que virão a agregar às infraestruturas.

De outro nível seria a articulação com as indústrias que fornecem elementos para a composição dos serviços, e cumpre perceber que, em alguns casos, são elas atingidas diretamente pela regulação. No caso do transporte aéreo, há uma farta produção normativa direcionada aos produtos aeronáuticos e à aeronavegabilidade. Em especial, cabe citar os Regulamentos Brasileiros de Aviação Civil (RBAC): nº 21, que dispõe sobre a certificação de produto e artigo aeronáutico; nº 33, sobre requisitos de aeronavegabilidade para motores aeronáuticos; e nº 39, que disciplina as diretrizes de aeronavegabilidade. Com isso, há ampla gama de regras que a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer) deve cumprir (ou qualquer outra que tenha interesse em exportar aeronaves para o uso no Brasil), para poder lançar seus produtos no mercado brasileiro. No domínio terrestre, nota-se, *mutatis mutandis*, similar nível de exigência com a indústria automotiva, por parte das normas de trânsito, expedidas pelo CONTRAN, como, por exemplo, no caso das Resoluções: nº 951, de 28 de março de 2022, sobre requisitos de instalação e os procedimentos de ensaios de cintos de segurança, ancoragem e apoios de cabeça dos veículos automotores; nº 939, de 1º de abril de 2022, sobre os requisitos de segurança para veículos de transporte de passageiros tipo micro-

---

<sup>37</sup> Novamente, os contratos de concessão de rodovias, ferrovias e aeroportos são bem exemplificativos dessa técnica. As concessões de rodovias e ferrovias (no caso destes, após os recentes aditivos) detalham todas as obras que devem ocorrer ao longo do período da concessão. Nas rodovias ainda há o mecanismo da revisão quinquenal, atualmente regulamentado pela Resolução ANTT nº 5.859/2018, que permite uma reavaliação das obras planejadas e inclusão de novas intervenções. No caso dos aeroportos concedidos, os gatilhos de investimentos funcionam como uma mola propulsora dos investimentos. Os contratos estão disponíveis nos sítios eletrônicos da ANTT ([www.gov.br/antt](http://www.gov.br/antt)) e da ANAC ([www.gov.br/anac](http://www.gov.br/anac)). Ambos acessados em 15.01.2023.

ônibus, categoria M2, de fabricação nacional e importado; e nº 573, de 16 de dezembro de 2015, sobre os requisitos de segurança dos quadriciclos<sup>38</sup>.

Pode-se afirmar que essas iniciativas visam a melhoria do ambiente regulatório, pois ao se comprometer outros agentes da cadeia produtiva, cria-se uma sinergia positiva em torno do serviço de transporte que será entregue. Não se pode cravar, contudo, que tais ações se destinam a constituir uma função de correção ou uma atribuição de apoio à regulação, situação que a teoria defende como virtuosa (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 112). É de se reconhecer que algumas medidas até se aproximam deste caráter, como no caso dos prêmios a fornecedores e inspeção acreditada para projetos e obras, mas ainda não perfazem, em primeira vista, um sistema responsivo.

Investidores institucionais constituem outra categoria de agentes econômicos identificados como relevantes pela *Smart Regulation*, porque detém, em muitos casos, responsabilidade social em seus investimentos, assim como, esperam uma administração séria e confiável da entidade que recebe seus recursos (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 113). Ressalte-se, aqui, o papel fundamental dos Governos em assegurar fontes de informação confiáveis para a tomada de decisão desses investidores, sobretudo ressaltando o nível de *compliance* que as empresas se encontram.

No caso dos transportes, muitas das grandes empresas deste setor estão listadas na Bolsa de Valores do Brasil (B3 S.A.) e são fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), quanto à sua atuação no mercado de valores mobiliários (Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 e alterações posteriores). Desde as primeiras concessões, restou estabelecido nos editais a obrigatoriedade de que as concessionárias tivessem capital aberto, sobretudo para fins de transparência e *accountability*. Não obstante, verifica-se que os grupos econômicos, que geralmente detém mais de uma concessão, acabam por concentrar os principais papéis negociáveis em bolsa. É o caso das empresas Ecorodovias, CCR, Rumo, Vale, Invepar, Porto Sudeste, Hidrovias do Brasil, entre outras.

A despeito das informações sociais estarem à disposição dos investidores, vale considerar que as informações sobre o desempenho perante as Agências Reguladoras têm pouca notoriedade. De fato, apesar de boas iniciativas sobre o desempenho operacional das empresas

---

<sup>38</sup> As normas da ANAC podem ser encontradas no site [www.gov.br/anac](http://www.gov.br/anac) e as do CONTRAN, no site [www.gov.br/infraestrutura](http://www.gov.br/infraestrutura), acesso em 15/01/2023.



do setor<sup>39</sup>, não se vislumbra maiores alardes sobre a performance ante as regras regulatórias, como um índice de execução contratual ou de *compliance* com as normas, ressaltando-se a iniciativa do Prêmio da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que divulga anualmente as três melhores empresas avaliadas para cada uma das categorias que fiscaliza<sup>40</sup>. Portanto, a interação com esse tipo de agente que poderia influenciar nas indústrias de transportes é bastante tímida ainda.

A teoria também considera o papel das instituições financeiras e seguradoras e seu influxo, como potencial elemento de apoio à regulação (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 115-20). Em ambos os casos, o risco do financiamento ou do seguro acabam tendo um papel fundamental, sendo por isso a reputação da empresa ingrediente estratégico dentro do setor. Não por acaso, também se enaltece o papel do Poder Público em garantir a transparência de informações.

Quanto a esses agentes, essenciais para os transportes, a agregação de seu papel ao processo regulatório foi incrementada ao longo dos anos, sendo certo que tanto financiamento, quanto seguros são elementos essenciais ao desenvolvimento dos transportes. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é um grande financiador da infraestrutura brasileira de transportes, pelo menos desde 2008 (MARCHETTI e DALTO, 2018, p. 14-15), e com isso pode impor a sua dinâmica para a liberação dos recursos para as concessionárias de infraestruturas, até com o suporte das cláusulas dos contratos de concessão ou arrendamento. Outros bancos ou financiadores também se beneficiaram dessa estrutura estabelecida, que acaba tendo poderes para condicionar comprovação de desempenho para a liberação de parcelas do financiamento.

Mais recentemente esse mecanismo acabou por ser aprimorado com a inovação dos acordos tripartites, previsto nos contratos de concessão de rodovias firmados pela ANTT e pela Agência de Transportes do Estado de São Paulo (ARTESP), a partir de 2021. Por esse novo sistema, deve ser firmado um termo de troca de informações entre a Agência Reguladora, os investidores e os financiadores, de forma que seja disponibilizado alerta, de maneira prioritária a esses agentes, em caso de eventos relevantes (como a instauração de processo de caducidade ou intervenção ou o descumprimento de obrigações relativas ao financiamento). Diante desse alerta e uma vez que a concessionária não venha a sanar os eventos que deram causa ao

---

<sup>39</sup> Neste sentido, vide <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas>. Acesso em 15/01/2023. Com efeito, o transporte aéreo tem as mais bem organizadas publicações sobre dados e estatísticas.

<sup>40</sup> Vide <https://www.gov.br/antag/pt-br/central-de-conteudos/premio-antag>; acesso em 15/01/2023.

problema identificado, os agentes poderão optar a exercer os direitos que o acordo triparte abre, entre eles, a possibilidade de assunção do controle ou da administração temporária da concessionária (nos termos do art. 27-A, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995) ou ainda provocar a transferência da concessão, como medida para proteção do seu crédito. Desta forma, supre-se bem os anseios trazidos pela teoria, ao passo que se constitui um poder diferenciado aos financiadores, que vem para confluir com os interesses da Agência Reguladora.

Na hipótese das seguradoras, também se identificam diversas funções desempenhadas, como atores que escoram a regulação. Em relação aos serviços de transporte, em todas as suas modalidades, o seguro constitui um elemento essencial, sem o qual a prestação sequer pode ser executada. Logo, essa primeira função dos riscos na operação acaba por ser realizada pelas seguradoras, aqui envolvidos elementos de segurança e, por vezes, pontualidade.

No caso das infraestruturas, essa função tem ainda dois vieses: a condição de execução do contrato e a realização de obras e operações de transporte. A garantia de execução, geralmente contratado na forma de seguro garantia, tem por escopo cobrir obras ou obrigações não realizadas pelo concessionário e multas definitivas, configurando-se como uma ameaça de penalidade pecuniária sobre os regulados que infringirem as cláusulas contratuais. No outro lado, os seguros de responsabilidade civil, risco de engenharia e risco operacional constituem condição para cada uma das ações contratuais previstas, sem os quais não podem ser deflagradas. Assim, dá-se uma forte amarração com as seguradoras, que balizam o mercado de transportes, de maneira a se evidenciar uma complementariedade às atividades de regulação.

Os últimos agentes econômicos apontados por Gunningham, Grabosky e Sinclair são os auditores independentes, que na hipótese por eles estudada tem relação com a inspeção do cumprimento de normas ambientais (1998, p. 121-22), que seria uma avaliação finalística acerca do acatamento dos regulados. Defende-se, em especial, um papel ativo do Governo no sentido de: subsidiar auditorias; dar incentivos fiscais e reduzir a fiscalização em relação às empresas que se submeterem voluntariamente a elas; conceder benefícios e tratamento preferencial; encorajar financiadores a usar auditores externos; manter junto com a indústria auditorias setoriais, em apoio à autorregulação ou com função corregulatória etc. Pela perspectiva colocada, as auditorias seriam um meio barato para se obter bom *compliance*, de forma rápida e direta.

É de se destacar que no setor de transportes as auditorias operacionais são muito utilizadas, sobretudo no que toca às infraestruturas cujo suporte se mostra fundamental para a atividade de fiscalização, apesar de não existir uma fórmula única entre os modais de

transportes. Se em alguns contratos, como o das concessões de aeroportos federais, essa auditoria restou a cargo dos regulados, nas concessões de rodovias federais ainda se tem um modelo de supervisoras custeadas pelo Poder Público.

Ademais, conforme mencionado acima, a inspeção acreditada de obras e serviços tem se configurado um instrumento cada vez mais utilizado, para que se avalie de forma expedita se essas atividades são executadas em consonância com as normas aplicáveis. Deste modo, também estes agentes têm sido bastante utilizados na atividade de regulação e fiscalização dos transportes.

Há que se perceber, assim, que muitas das propostas trazidas pela teoria já estão bem implementadas dentro da regulação dos transportes, havendo, contudo, amplo campo para que outros agentes econômicos sejam envolvidos numa condição de quase reguladores ou correguladores, para tornar mais colaborativas as ações voltadas ao atendimento das normas regulatórias.

### 2.2.3 Agentes públicos transversais e outros relacionados ao serviço de transportes

Uma peculiaridade, pouco abordada pelo marco teórico escolhido, reside na multiplicidade de autoridades regulatórias que podem incidir sobre uma mesma disciplina e seu dever de atuação conjunta e cooperação. Pelo foco na temática ambiental que a doutrina estudada detém, que acaba avocando uma autoridade própria, parece não ser um problema posto. De outra sorte, no caso brasileiro, esse fator é extremamente relevante, e merece ser ventilado.

De fato, a fragmentação administrativa no Brasil, que por um lado permite um diálogo mais plural no campo da Administração Pública, por outro introduz complexidade significativa para o arranjo regulatório. Basta verificar, por exemplo, que a própria CRFB elege matérias para competência comum de todos os Entes Federativos, como se dispõe nos arts. 23 e 24. Mas ainda dentro de cada Ente Político há, efetivamente, uma divisão de atribuições em relação aos aspectos que tocam a mesma atividade econômica, que se dá pelos fenômenos de desconcentração e descentralização.

Para que se entenda essa discussão e sua relevância, pode-se visualizar essa mutilação das atribuições em entidades com competências transversais e outras com obrigações concentradas. Ressaltando-se tratarem-se todos de agentes do Estado, no caso das primeiras autoridades tem-se um exercício geral, perfunctório e de caráter repressivo, quase emergencial,

e eminentemente não normativo. As outras, de forma distinta, atuam de maneira concentrada, aprofundada e majoritariamente de maneira preventiva, porque a disciplina integra o seu *core business*, geralmente enquanto normatização técnica *lato sensu*. Em ambas as hipóteses e em conjunto com estes grupos, é fundamental que se dê uma laboração coesa e concordante, sob pena de se prejudicar a política pública traçada e a regulação estabelecida.

Não está com isso a se sugerir que as entidades envolvidas devem se subjuar à política pública e à regulação. Muito pelo contrário, ideal que todos esses envolvidos trabalhem desde essa construção prévia, para que todos sejam contemplados no caminho da gestão pública do setor econômico. A partir disso, as diferentes vozes institucionais serão reverberadas pela atuação da pasta ministerial e das agências reguladoras, para depois darem margem a uma ação cooperativa entre os órgãos e entidades. Com isso, evitam-se disputas, internas e judiciais, que tendem a tumultuar o cenário socioinstitucional em torno do bem ou serviço regulado.

Para tornar essa discussão mais palpável, vale identificar as entidades com a indicada predisposição transversal entre as que detém competência mais ampla, por atuarem no controle externo, na defesa dos consumidores e do interesse social. Notadamente, cuidam-se dos Tribunais de Contas, dos MPs, das Defensorias Públicas (DP) e dos Órgão de Proteção de Defesa dos Consumidores (Procons). Todos esses agentes, que participam da formulação da política pública e da regulação, devem ser envolvidos nos rumos de ação das Agências Reguladoras, para que possam contribuir com suas atividades, ao invés de levantar oposições, gerando interações pouco ou nada cooperativas (CUNHA, 2017, p. 32-33).

Nos transportes, em específico, cumpre observar o papel ativo dos Tribunais de Contas no desenho das outorgas de infraestruturas atreladas a serviços, que constitui uma etapa da formulação da política pública, em especial para a concessão de aeroportos, rodovias, ferrovias, terminais rodoviários, entre outros. Mas, mesmo depois desta etapa, são comuns questionamentos desses controladores à Agência ao longo da gestão administrativa dos contratos de concessão<sup>41</sup>. Em verdade, a sua competência é bastante ampla, conforme

---

<sup>41</sup> Vale referenciar, como substancial, o Processo de Tomada de Contas nº 012.624/2017-9, pelo qual se promoveu auditoria operacional acerca das concessões no âmbito do Programa de Concessões Rodoviárias Federais (Procrofe), com o objetivo de avaliar a performance dos serviços públicos postos à disposição da sociedade, relacionados à qualidade, à segurança e à tempestividade dos investimentos, tendo em vista aspectos dos produtos entregues e seu real custo para sociedade brasileira. Conforme Acórdão nº 2190/2019 – TCU – Plenário, recomendou-se ao então Ministério da Infraestrutura, “desenvolver, em atenção ao Decreto 9.203/2017, planejamento estratégico para o Procrofe, com ferramentas de governança e gestão que proporcionem avaliação e informações gerenciais para orientação decisória dos gestores, contemplando, no mínimo, a definição das diretrizes, objetivos e metas mensuráveis do programa; a elaboração de indicadores de desempenho, a fim de proporcionar transparência à execução, ao acompanhamento e à avaliação do programa; a implementação do

respaldada nos arts. 70 a 75 da CRFB e respectivas leis orgânicas dos tribunais (como é o caso da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU). Diante disso, uma atualização *pari passu* da Corte de Contas relacionada, sobre as principais decisões e ações da regulação e fiscalização setorial, constitui medida imprescindível para manter um ambiente alinhado e cooperativo. Para os fins da regulação, a CGU igualmente participa do processo de formulação e aperfeiçoamento da política pública, sobretudo no que se refere à transparência das ações públicas, sendo extensíveis os comentários.

Outros legitimados que permeiam o setor tratado, com atividade notória, são os MPs e a DPs, que agem na defesa de direitos de grupos específicos, sob os auspícios das Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Conquanto entes dotados de elevado poder institucionalizado e amplo acesso à justiça, constituem agentes estratégicos, que merecem ser continuamente atualizados e esclarecidos pela autoridade de regulação setorial. Uma ilustração desta relevância reside na discussão das gratuidades de transporte, que tem recebido abordagens diversas nos diferentes modais de transportes, com certa falta de linearidade das políticas públicas e da regulação. Contínuos questionamentos vêm sendo levantados por estas entidades para fazer valer o direito fundamental, que tem escora nos arts. 230, §2º da CRFB, no caso do idoso. O exemplo denota falta de sinergia e sensibilidade quanto ao trabalho conjunto que pode ser desenvolvido com esses representantes da sociedade.

Afinal, para esta categoria, há que se tocar nas atividades dos Procons e da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), que são guardiões direitos dos direitos dos consumidores, provendo-lhes atendimento e orientação, tanto de forma individual, como agindo em causas coletivas, sempre de acordo com o CDC. Quando se cuida de serviços públicos, conta-se com essa ampla base de proteção e defesa dos consumidores, que também tem por função debater a modelagem e o alcance da prestação dada pelo Poder Público. Com isso, compreendem agentes públicos aptos a fornecer subsídios valiosos para a política, regulação e fiscalização. Logo, precisam ser convidados a integrar esses processos, sob pena de ser gerado um estranhamento ao tratamento público dado e, por isso, virem a representar resistência difusa ante a própria condução pública setorial.

Esses agentes representam muito bem a miríade de autoridades públicas que podem influenciar no processo regulatório, que tem atuação geral e não aprofundada, mas com legitimidade de ação até para impedir o andamento de políticas públicas e medidas regulatórias

---

sistema de gestão de riscos”. Isso denota uma aparente carência de fundamentação da política pública, que inclusive se verá nos estudos de caso desta Tese. Processo disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 15/01/2023.

(devidamente fundamentadas em estudos técnicos), se não houver uma aproximação da autoridade reguladora setorial e da pasta ministerial, com o objetivo de estabelecer um diálogo prévio e demonstrar os ganhos que se deseja. Portanto, a inclusão desse contingente no processo é essencial para o sucesso da agenda dos transportes. Também podem ser entendidos neste grupo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em suas diversas subseções, e os Conselhos de Classe.

Sob outra perspectiva, também podem ser observadas entidades e órgãos que tem competências concentradas em relação a uma determinada indústria, com forte correlação e até confusão em relação às atribuições da Autoridade de Regulação, porque detém atribuições normativas relevantes. Nos diferentes setores de transportes essa realidade é muito patente e até, em alguns casos, aparentemente sobreposta, motivo pelo qual a articulação pública setorial se torna, dentro do conceito de regulação responsiva e *Smart Regulation*, ainda mais imprescindível.

Os exemplos, novamente, são bem visíveis nas indústrias das infraestruturas de transportes. Quando se observa a dinâmica da regulação de rodovias concedidas, verifica-se além da competência atribuída ao Ministério Setorial e à ANTT, nos termos do art. 24 e 26, da Lei nº 10.233/2001, ainda atribuições: da Polícia Rodoviária Federal (PRF), conforme Lei nº 9.654, de 2 de junho de 1998, que cuida, principalmente, da segurança pública e operacional; dos entes do Sistema Nacional de Trânsito (SNT), em especial do Conselho Nacional do Trânsito (CNT), conforme Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 2007 (Código Nacional de Trânsito), que tem competências normativas técnicas e de coordenação do SNT; Departamento Nacional de Infraestrutura Rodoviária (DNIT), que submete-se à mesma Lei da ANTT, aqui com atribuições em relação às normas construtivas de rodovias; Secretarias de Estado Fazenda Pública, responsáveis pela emissão de documentos fiscais de transportes de cargas; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), nos termos da Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, em relação às desapropriações e ampliações de capacidade e, especialmente, construção de trechos ou contornos rodoviárias em local *green field*<sup>42</sup>; entre outros que podem ser mapeados, caso se considere inclusive o processo de exportação ou importação que pode alocar-se em uma das pontas do serviço ou a construção à margem de

---

<sup>42</sup> Não se ignora que entidades como o Ibama e Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMbio) poderiam ser alocadas como agentes transversais, pelas amplas atribuições que desempenham. Não obstante, seu papel é tão fundamental e especializado em relação às infraestruturas de transportes, que merecem destaque pela responsabilidade que carregam ao cancelar a possibilidade de instalação e operação do empreendimento, de maneira segura para o ambiente.

áreas ocupadas por povos indígenas. Constituem, destarte, uma gama de agentes públicos que devem trabalhar de maneira coordenada, para que a indústria possa avançar de forma contínua. Quando se observa as infraestruturas portuária e aeroportuária, percebe-se igual complexidade na quantidade e diversidade de agentes públicos, ainda com a presença militar, que tem atribuições sobre a navegação aérea e segurança marítima.

Contudo, um caso de convivência entre autoridades públicas, que tem funcionado de maneira harmônica e colaborativa, pode ser observado na produção aeroportuária, especificamente na gestão do aeroporto internacional. Com efeito, naquele ambiente convivem com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), regida pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e o Comando da Aeronáutica (COMAER), conforme CBA, que compõem as autoridades de regulação aeroportuária e de defesa nacional e navegação aérea: a Polícia Federal (PF), na parte de segurança pública e migração (art. 144, §1º, III, da CRFB); o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e a Vigilância Agropecuária Internacional (Vigiagro), que tutela a entrada de animais, vegetais e produtos derivados, promovendo o fitossanitário e zoonossanitário (Lei nº 9.972, de 25 de maio de 2000); a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), com ações na área da vigilância epidemiológicas (Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999); e a Receita Federal, com a fiscalização e o controle aduaneiro (at. 237, da CRFB, Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009). Neste ambiente, todas essas instituições têm que agir de maneira muito articulada, para que o aeroporto internacional possa ter a sua regular produção, com a entrada e saída de pessoas e bens. Admitindo o aeroporto como indústria que precisa gerar fluxo, qualquer gargalo ocorrido por um desses mencionados acarreta prejuízos financeiros significativos para toda a cadeia logística, motivo pelo qual a ausência de diálogo e reciprocidade determinaria a falência da atividade aeroportuária, pela sua perda de capacidade de serviço. Por outro lado, o que se vê é o contrário – as instituições mencionadas têm trabalhado de forma colaborativa nos aeroportos internacionais, para garantir o trânsito eficiente de pessoas e bens.

Posto isso, volta-se aos fundamentos anteriormente exposto, para indicar que, apesar de a teoria de base não ter se debruçado sobre o papel de outros agentes públicos com competência tangencial ao da autoridade reguladora, serve-se da presente tese para registrar esse ponto e a importância que detém no processo regulatório brasileiro, sobretudo para gerar um melhor acatamento das normas. Se as ações e regulamentações convergem para que umas apoiem as outras, cria-se um ambiente virtuoso, inclusive sob os auspícios da *Smart Regulation*, para que

a regulação seja mais efetiva, sem a necessidade de utilização de regulação intrusiva. Ressalte-se, ainda, que as inter-relações entre agentes públicos com função regulatória econômica e técnica representa temática que merece ser aprofundada em futuras pesquisas.

#### 2.2.4 Relação entre Poder Público e os agentes setoriais

Considerando o potencial dos agentes acima comentados, Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 123) evocam um cuidado que merece ser tomado para a mobilização desses agentes. Com razoável certeza, uma iniciativa voluntária no sentido de assumir responsabilidades relacionadas à regulação não constitui a conduta mais comum a ocorrer. Por isso, os autores chamam a atenção para o papel do Estado em promover condições para que essa mobilização ocorra. Assim, considerando o movimento de reflexão sobre a atividade da regulação estatal, cumpre ao Poder Público identificar as oportunidades que surgem e fomentar a assunção desses novos papéis quase institucionais, a partir da potencialização da ação de agentes privados e de instrumentos legitimados dentro da própria política pública e regulação. Dessa forma, o Estado (materializado no Ministério setorial e na Agência Reguladora) pode passar a funcionar como um gestor do ambiente regulatório, que virá a contar com uma rede de atores constituída pelas entidades de interesse público, agentes comerciais e até com as autoridades públicas relacionadas ao setor econômico.

Com o esboço de sugerir meios de impulsionar esta nova fauna, os autores (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 124) indicam alguns mecanismos legislativos e administrativos que podem apoiar o engajamento dos agentes que não integram a administração pública nas artes da regulação, apontando como convenientes as seguintes ações:

- incentivar ou determinar que os terceiros interessados contribuam com elementos úteis para o processo de regulação, como o fornecimento de relatórios e informações sobre o setor, que no caso dos transportes tem ecos nos estudos e relatórios ações da CNT;
- exigir que os instrumentos da regulação integrem a estrutura das entidades reguladas, como é o caso das auditorias especializadas e obrigatoriedade dos seguros de responsabilidade civil para desempenho da atividade, o que ocorre em larga margem nos contratos de concessão de infraestruturas de transportes;



- atribuir direitos a terceiros interessados perante os regulados, como forma de supervisão da atividade, como na hipótese da denúncia qualificada ante a discriminação de usuários;
- conceder incentivos para a adoção voluntária de instrumentos regulatórios, com vistas à adesão a boas práticas, ou fomentar ações de terceiros interessados, para a contribuição com ações de fiscalização, premiando, por exemplo, pela adoção de auditorias ou de serviços profissionais, que evidenciem o objeto regulado ou até fixar recompensas para os terceiros que indicarem os pontos fortes e fracos do regulados, para apuração da fiscalização, como convênios de transferências de recursos ou reconhecimento público da atividade realizada;
- buscar envolver consultorias privadas independentes ao invés de confiar em informações fornecidos por entidades interessadas no serviço, como realizado em relação aos estudos prévios às concessões aeroportuárias, contratados junto à McKinsey & Company (2010);
- aceitar e internalizar em normas públicas os parâmetros de boas práticas e *standards* reconhecidos pelo setor privado, até como medida de fomentar a autorregulação e constituir o espaço de regulação privado complementar ao público (o que, atualmente, não se visualiza claros exemplos nos transportes); e
- descontinuar, na medida do possível, o papel de regulador direito, nos domínios em que o mercado esteja bem-organizado, até em reconhecimento a esse desenvolvimento, restando ao Poder Público a monitoração do mercado e atuação na hipótese das falhas de mercado, como se dá nas ações de desregulamentação, valendo citar o setor de transporte aéreo como maior exemplo, como será visto é capítulo próprio de análise de caso abaixo.

Como se nota, a preocupação enunciada dos autores tem o viés de indicar meios para impulsionar uma reforma da organização estatal em direção ao pluralismo regulatório. Como visto, as orientações trazidas já vêm sendo, em certa magnitude, adotadas na regulação brasileira dos transportes. Cabe registrar, contudo, que é tímido a transferência de atividades regulatórias para os agentes privados, ainda que organizados em setores qualificados.

A lição, ademais, traz à reflexão o nível de compromisso que o Estado tem de assumir para conseguir implantar uma mudança regulatória que reposicione as funções dos agentes envolvidos com a regulação. Para tanto, cabe ao Poder Público visualizar a regulação como um sistema responsivo e colaborativo, identificando os instrumentos e as vocações, para dividir

atribuições complementares, em prol da eficiência da regulação. Mas não acaba aí, após, vem um exercício contínuo de acompanhamento e mensuração, para avaliar quais arranjos foram bem-sucedidos e quais precisam ser ajustados. A composição deste ciclo consubstancia, a nosso ver, o maior desafio a ser vencido.

Não por acaso a teoria nos levará a seguir a refletir sobre a natureza dessas interações institucionais, como meio para fechamento da lógica proposta no *design* regulatório da *Smart Regulation*.

### 2.2.5 Interações entre instrumentos e agentes

Depois de colocados os instrumentos e os agentes “não públicos” que podem ser envolvidos no processo regulatório, há de se perceber que a forma de sua interação será fundamental para ditar o sucesso ou fracasso do desenho regulatório posto. Nesta toada, Gunningham, Grabosky e Sinclair (1998, p. 125-30) tiveram a cautela de levantar os possíveis cenários resultantes dessas relações e seus eventuais impactos no curso da ação regulatória. Ressalte-se que a ponderação é também pertinente dentro da teoria de regulação responsiva, pois a forma de interação apurada será essencial para pautar a eventual reação da Autoridade Reguladora. Por isso, não basta a elaboração de instrumentos criativos e menos intrusivos e a mobilização de agentes, se o convívio entre eles não se mostra frutífero, o que denota a importância de também observar e entender os resultados gerados do cenário montado.

Neste contexto, sem deixar de reconhecer a influência da política pública dada, indicam três formas básicas de interação:

- Complementar, que produz interações positivas, em que tanto os instrumentos como as instituições funcionam de maneira efetiva, com bons resultados para a regulação;
- Coexistente, com interações neutras, na qual instrumentos e instituições convivem, sem maiores impactos nos desempenhos, sem maiores ganhos para a regulação;
- Contraproducente, observando-se interações negativas, em que os efeitos da ação dos instrumentos e das instituições são mitigados, em prejuízo à regulação desenhada.

Vale destacar que a teoria discute meios de se gerar as interações completares, introduzindo um conceito de ativação, com fins regulatórios, que traria essa ignição pelo

estímulo, dependência ou requisito de funcionamento entre os instrumentos e as instituições não públicas, remetendo a um modelo sistêmico. A ativação pode ser verificada quando um instrumento exige a implementação de outro, caracterizando a necessidade de uma execução coordenada e conjunta. A ativação pode ser movida tanto por ações do Poder Público, como pela organização de agentes privados, inclusive via provocação judicial.

Destarte, é justamente a combinação de medidas e planejamento sistêmico que levará à ativação das interações positivas e afastamento das negativas. Sobretudo, cabe reforçar a ideia lançada de que os instrumentos são compreendidos de forma comparativa, pois o incentivo se tornará ainda mais atraente diante da penalidade, que passará a ser extremamente indesejada no novo sistema (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 126). Aqui, ainda cumpre mencionar com o valioso conceito de *cross-compliance*, pelo qual a adoção de medidas estimuladas pelo Poder Público abre benefícios para os regulados, marcando essa interdependência virtuosa entre os instrumentos e as instituições.

Sob o tema das interações neutras se debate a duplicação de instrumentos ou instituições, que leva à sua coexistência, pela repetição de instrumentos dentro do mesmo setor (num cenário de autorregulação, por exemplo) ou o surgimento de grupos de interesse público com o mesmo escopo. Nota-se que quando a duplicação acaba por ter a função de redundância ou de reforço, a repetição pode ser positiva, como na hipótese de um grupo de interesse reforçando a ação de outro (podendo até se dar um contexto de litigância estratégica<sup>43</sup>), perfazendo-se até certa complementariedade.

Entretanto, quando essa reiteração se traduz em sobreposição de atividades, com o revolvimento do mesmo objeto sem a apresentação de resultados diferentes ou apenas com ganhos residuais, que se daria por uma adesão parcial dos regulados, nota-se que caberá ao Poder Público complementar os instrumentos, eventualmente até para inserir mecanismos sancionatórios, em busca da aderência do demais agentes submetidos ao *design* regulatório. Por isso, alertam os autores, os responsáveis pela política pública e os reguladores devem considerar conscientemente a dependência e reciprocidade entre os instrumentos para a concepção do desenho regulatório, caso visem a efetividade das medidas (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 128).

---

<sup>43</sup> Merece referência, pela didática exposta, o estudo de Trettel e Santos (2018, p. 214), no qual esclarecem a ação da litigância estratégica na busca do direito social à saúde, qualificando essa judicialização em massa como meio para provocar o Poder Público a tutelar determinado direitos, como forma mais eficiente que a contestação individual de cada ação.

As interações negativas ou contraproducente, por sua vez, partem da possibilidade de que um instrumento possa enfraquecer outros, neutralizando seus efeitos regulatórios. Essa estratégia pode mesmo ser pensada como uma forma de evitar a concentração de poder em um dos agentes do mercado, para criar uma tensão criativa entre interesses concorrentes e não um impasse político (GUNNINGHAM, GRABOSKY e SINCLAIR, 1998, p. 129). Contudo, a diluição dos efeitos dos instrumentos aplicados, a rigor, pode ocorrer por acaso, talvez como produtos de regimes regulatórios concorrentes ou tangenciais.

Também pode se falar em interações negativas no caso dos agentes não estatais, quando uma entidade bloqueia ou retarda a ação de outras, por exemplo, via litigância judicial, intentando impedir questionamento conta a atuação do agente econômico. De outra sorte, qualquer disputa que vise restringir práticas de outros agentes em prol da regulação posta, pode ser considerada como uma interação negativa.

É de se ponderar que a formulação dos possíveis resultados que advirão do *design* regulatório lançado constitui valiosa medida de planejamento, pois já antecipa as reações necessárias do Poder Público, para incentivo ou redução de danos. De toda sorte, contribui para a discussão sobre a postura da Autoridade Reguladora e a forma de acompanhamento que deve considerar exercer. Por outro lado, repisa-se o caráter sistemático que a regulação responsiva requer, para que dê os melhores resultados.

Exposta essa essencial análise das reações à montagem do sistema regulatório e finalizada a parte geral da teoria que importa para o presente estudo, passa-se às conclusões do capítulo.

### **2.3 Considerações gerais sobre a teoria e motivação de sua escolha**

Ao tempo em que se finaliza este capítulo, quer-se ter deixado claro que a teoria da *Smart Regulation* supera os limites da matéria ambiental e serve como bússola, tanto para os formuladores de políticas públicas e regulatórias, na concepção de sistemas normativos, como para aqueles que buscam uma visão crítica sobre regulamentações vigentes. Pela didática em como apresenta um modelo de *design* regulatório, que parte dos princípios para a construção de um arcabouço institucional-normativo exitoso, perpassa pelos instrumentos regulatórios e pelas partes que podem ser envolvidas no processo, para chegar a uma reflexão sobre suas possíveis interações e resultados, a teoria abre uma visão privilegiada sobre o processo regulatório, que materializa uma reflexão teórica e prática sobre a matéria de atuação estatal.

De fato, tão importante quanto examinar o custo regulatório das medidas isoladas é avaliar se a atividade regulatória poderia, com ações mais diversificadas e o envolvimento de outros agentes setoriais, tornar-se mais fluida e aceitável. O valor da *Smart Regulation*, assim como de outras teorias responsivas, resta justamente no olhar crítico que se deflagra.

Considerando as características indicadas, cabe afirmar que o ferramental acima exposto pode ser utilizado como espectro de análise de qualquer setor econômico minimamente regulado. A moldura que se vislumbra servirá para testar se os instrumentos regulatórios foram utilizados ou adaptados e os agentes estratégicos envolvidos, tendo em vista ainda o contexto sistêmico que precisa ser verificado. Vale dizer que a utilização de elementos episódicos da regulação responsiva não torna a regulação setorial responsiva, sendo condição primordial para essa consequência que todas as pontas do processo regulatório estejam alinhadas com a nova teoria.

De outra forma, esse tipo de comparação também possibilita medir a influência que as teorias de regulação responsiva vêm exercendo e se as regulações setoriais vêm seguindo efetivamente o modelo teórico proposto ou se adaptações para as realidades regionais têm sido promovidas para compor sistemas mais híbridos. Com efeito, dada objetividade com o qual se enunciam os postulados da *Smart Regulation*, sua utilização como parâmetro crítico faz-se bastante simples.

Por esses motivos, escolheu-se a teoria sob estudo como ponto de partida para se escrutinar outro setor que, como já anunciado, é o dos transportes. Para tanto, faz-se essencial demonstrar que a regulação dos transportes constitui um sistema estabelecido, com autonomia didática própria, apta a ser submetida a tal provação, o que se espera fazer no capítulo seguinte. Para além disso, advogar-se-á que os transportes representam direito social e fundamental (neste caso, em algumas hipóteses), o que relega ainda maior peso sobre sua forma de regulação. Ademais, como mencionado, alguns subsetores de transportes, que caracterizem parcela relevante da indústria, serão provados pelos preceitos da teoria de forma mais aprofundada.

Cabe uma palavra sobre a *Smart Regulation* e o risco de captura. Enquanto teoria regulatória que prega a utilização de outros meios que não a punição direta e imediata, é comum que se questione se esse movimento não endossaria uma certa leniência da Agência Reguladora com os agentes regulados. Para essa discussão, merece menção a noção de captura, modernamente desenvolvida por Stigler (1971), que traz por hipótese o uso potencial, por grupos econômicos, do poder estatal para a obtenção vantagens econômicas. Como destaca

Boehm (2005, p. 247), a teoria da captura foi aprimorada na escola de Chicago e depois desenvolvida na escola de Toulouse, inclusive enquadrando-o ao modelo principal-agente.

Conquanto nenhuma Agência Reguladora esteja imune às investidas dos grupos privados de interesse especial, que tentem buscar na sua regulamentação barreiras à entrada de novos entrantes ou mesmo a fixação de preços, que impeça a competição, não parece que a proposta da *Smart Regulation* contribua para tanto. Apesar da teoria regulatória sob estudo incentivar a aproximação de entidades privadas, que possam figurar como quase-reguladores, a formalização desses papéis, sua supervisão e mesmo a chancela de eventuais regulamentos privados (pela via da autorregulação regulada) denota a cautela que se impõe para a interação com tais agentes. Em momento algum a teoria sugere uma entrega, pura e simples, da tutela de aspectos estratégicos do setor a entidades privadas. Muito pelo contrário, impera a identificação dos interesses dos parceiros, para verificar se sua atualização estará em consonância com os preceitos do interesse público. Por isso, independente do porte do parceiro privado que se coloca numa posição de corregulação, essa atribuição deve ser precedida de uma avaliação acerca das condições e direcionamentos que serão assumidos no novo caso, sendo certo que partir para um modelo regulatório que prejudique usuários não é uma opção defendida pela *Smart Regulation*.

Cabe ainda ser destacado que as ilustrações já realizadas com o setor de transportes tiveram por escopo principal estabelecer um diálogo entre a teoria e a pragmática, para fazer notar que um olhar mais desatento poderia admitir que a responsividade já permeia, em alguma medida, esse setor. Isso, contudo, não pode ser tido como verdade sem antes levantarem-se os instrumentos aplicados e os agentes envolvidos, e suas eventuais interações. Ou seja, e deve-se insistir nisso, se a maioria dos elementos elencados pela teoria não estiver posto na regulação, não se pode dizer que a prática está aderente à enquadramento teórico delineado.

### 3 PROCESSO REGULATÓRIO DOS TRANSPORTES

Como dito acima, os serviços de transportes foram inicialmente lastreados por contratos, convenções e leis esparsas, disciplina geral essa que garantia o escopo da atividade desempenhada<sup>44</sup>. Não obstante a complementaridade das formas de transporte ser uma realidade, a abordagem jurídica dos fenômenos sempre mirou em um dos meios de transporte, de modo que não se vislumbrou epistemologicamente um Direito dos Transportes consolidado que viesse a descrever os institutos jurídicos de atividade essencial num país de dimensões continentais<sup>45</sup>.

Com o advento da última onda de outorgas de serviços públicos de transportes<sup>46</sup>, as relações entre os agentes econômicos nesta seara assumiram significativa complexidade (movimentos desestatizantes que requereram segurança jurídica para os investidores), obrigando-se o exercício de uma profícua atividade legislativa e infralegal (SUNDFELD, 2014, p. 250-51). Dado o plexo de normas ora estabelecido, nos diferentes planos normativos, que conta com dispositivos constitucionais, decretos federais, portarias, normas das Agências Reguladoras de Transportes<sup>47</sup>, entre outros, cabe questionar, inspirado na lição de Nusdeo (1995), se pode se identificar na ordem jurídica os fundamentos de um Direito dos Transportes, por autodeterminação constitucional (BINENBOJM, 2014, p. 37). A hipótese de autonomia também poderia ser reforçada pela relevância e peculiaridades do serviço, considerando sua aptidão para a materialização de direitos fundamentais, como se verá no capítulo 4 abaixo, ou ainda os altos investimentos demandados ou o valor dos bens transportados, no caso das pessoas pode ser até considerado como inestimável.

De outra sorte, reconhecida esta autossuficiência no ordenamento originário, é missão do cientista jurídico avaliar se a lei foi concebida com conteúdo compatível e suficiente,

---

<sup>44</sup> Neste ponto, desde o tratado de Tordesilhas (com cláusulas restritivas de serviços de transporte), passando pela Contratação de Cabral pela Corte Portuguesa, pelas leis que viabilizavam as concessões ferroviárias no século XIX e o transporte ferroviário (por exemplo, Lei nº 987, de 1852 e Lei nº 2.540 de 1872), leis de regulamentação de atividades portuárias (como a Lei nº 907 de 1902 e a Lei nº 8.630 de 1993), leis de transporte aéreo (Decreto-Lei nº 483 de 1938, Decreto-Lei nº 32 de 1938, Lei nº 7.565 de 1986), até as modernas leis das Agências Reguladoras (Lei nº 10.233 de 2002 e Lei nº 11.182 de 2005), entre outras, nota-se uma ampla atividade legislativa sobre a contratação de serviços de transportes.

<sup>45</sup> Algumas obras neste sentido: Martins (2013), Souza (2003), Oliveira (2005), Garcia (2004), Motta (2007), Leurquin (2016), Truxal (2012), Schirato (2012) e Silva (2013).

<sup>46</sup> Trata-se das outorgas inseridas no atual modelo de desestatização, inaugurado com o Programa Nacional de Desestatização, disposto inicialmente na Lei nº 8.031 de 1990 e posteriormente na Lei nº 9.491 de 1997, que fundamentou as rodadas de concessões de rodovias e ferrovias e arrendamentos portuários, a partir de 1995, e as concessões de aeroportos, a partir de 2011.

<sup>47</sup> Refiro-me à ANTT, à ANTAQ e à ANAC.

(*parâmetros substantivos, detalhes institucionais e exigências processuais*), para se avaliar a relação de adequação entre o suporte legal e a ação administrativa (SUNDFELD, 2014, p. 269).

Somente após este severo crivo, pautado em sólida doutrina administrativista, pode-se afirmar, categoricamente, se realmente há *ratio juris* em pressupor uma autonomia dos Direito dos Transportes, que abarque preceitos aplicáveis a todos os modais. Vale ir além para avaliar ainda se os diversos ramos dos transportes tiveram garantido o devido suporte legal para estabelecer, por regulamentos autorizados, preceitos de direito material, orgânico e processual, que permitiu ao legislador infralegal inovar o arcabouço jurídico nos conformes da lei (SUNDFELD, 2014, p. 278-79), para estabelecer marco regulatório robusto para a segurança jurídica das relações comerciais que envolvam serviços de transportes.

Para tanto, inicialmente pretende-se reconhecer os conceitos que permitem afirmar os fundamentos de um subsistema constitucional dos transportes, bem como a sua fragmentação temática para fins de regulamentação específica. Ato contínuo, avaliar as leis setoriais conforme quesitos de suficiência substantivo e adjetivo que se proporá, quanto à consistência para suporte da ação normativa administrativa. A seguir, analisar, em termos gerais, as normas autorizadas editadas, verificando a configuração de uma organização administrativa, um processo regular e a cobertura dos conteúdos delegados, para cada modal segmentado pela CRFB. Afinal, equacionar a utilidade da segregação que se propõe, visto o moderno direito administrativo.

### **3.1 Conceito Constitucional Brasileiro de Direito dos Transportes**

Conquanto o elemento central da presente discussão reside na identificação de um conjunto de normas vigoroso, que sirva de esteio jurídico para a gama de contratos de serviços de transportes estabelecidos, portanto a regulamentação provida pelo Administrador Público (Agências Reguladoras), ao alicerce maior de todo este contexto não pode ser relegado papel desprezível. Com efeito, a autonomia de uma segmentação de disciplina jurídica exige um escore constitucional como ponto de apoio, para que possa se erigir enquanto instituto próprio, digno de recorte e atenção científica.

A despeito deste tipo de atividade nem sempre ter a atenção merecida, é fato a dificuldade em estabelecer um método hábil para se eleger um subsistema constitucional consubstancia barreira para essa abordagem. Prevenidos desta mazela, pode-se verificar na obra de Nusdeo (1995) parâmetros seguros para tal missão, uma vez que o exercício lá efetuado perquiria o reconhecimento do Direito Econômico, que também representa uma forma de



intervenção no domínio econômico específico, logo regulação econômica (SALOMÃO FILHO, 2008), como ora se faz.

Importantíssimo alertar que as disposições sobre transportes não são daquelas que se permite categorizar como subseção de direito privado ou público, como classicamente realizam os manuais de introdução ao direito, sendo certo que permeia ambos os ambientes jurídicos. Em verdade, o vocábulo *transporte* pode ser verificado 26 no texto da CRFB, em sítios específicos, revelando sua simbiose com o atual sistema constitucional e aspirando assumir ares de subsistema. Consta, portanto, entre os direitos e garantias sociais, atribuições específicas da União e Municípios (política pública), Ordem econômica e Responsabilidade Social. Ainda que em títulos e capítulos diversos, sua alocação estratégica na CRFB permite uma interpretação conjunta, que aponta para pilares de composição um *Direito dos Transportes*, na qualidade de disciplina geral que abrange subdivisões nas suas modalidades.

O pilar central do *Direito dos Transportes*, que se pode extrair por esta análise, pode ser depreendido da combinação dos arts. 6º c/c 21, XII, 22, IX a XI, 30, V e 177, IV e §§3º e 4º, todos da CRFB. Partindo-se da assunção do transporte ao nível de direito social, pela Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, pode-se depreender uma atribuição positiva ao Poder Executivo (Federal, Estadual e Municipal) para que organize sua política pública de forma a assegurar o gozo deste direito, seja mediante exercício direito ou seja provendo infraestrutura e prestadores de serviços privados para esse desempenho. O arcabouço constitucional parece bem claro no sentido de desenhar o fim e os instrumentos necessários para seu atingimento. Portanto, o legislador ordinário foi dotado com o dever de legislar, criando os *standards* suficientes (SUNDFELD, 2000, p. 27) sobre os serviços de transportes (art. 22, IX a XI, da CRFB), no sentido assegurar que seja explorado diretamente ou por terceiros os serviços de transportes (art. 21, XII e 30, V, da CRFB), inclusive com investimentos em infraestrutura (art. 177, §4º, da CRFB), no intuito de alcançar o transporte como direito social para os cidadãos.

Destarte aí se coloca o pilar principal do Direito dos Transportes, elegendo-o para tratar das normas voltadas à materialização do transporte como garantia social. Entretanto, esse direcionamento deve se dar conforme outros preceitos constitucionais específicos, que veremos a seguir.

Quatro outros pilares constitucionais do Direito dos Transportes podem ser apanhados no conteúdo da CRFB, como condicionantes da atividade do legislador ordinário. Se o primeiro pilar enunciado dá amplitude à materialidade que se apreendeu, esses vêm para ditar os limites

do exercício dessa substância, nas dimensões da livre iniciativa, responsabilidade civil, observância da ordem internacional e responsabilidade social.

Nesta esteira, o pilar seguinte que há de ser mencionado reside na livre iniciativa, livre contratação e livre concorrência entre os prestadores de serviços de transportes. Considerada a opção da Administração Pública de promover a outorga dos serviços, nos termos do art. 21, XII, alíneas *c, d, e e f, c/c arts. 170, III a V, e 175, todos da CRFB, seja na modalidade pública (concessão ou permissão) ou privada (autorização), deve assegurar tanto o acesso dos concorrentes ao mercado (no regime público pela participação no certame e no privado, pela entrada livre de barreiras), como a livre escolha dos usuários. Essa combinação afiança um mercado plural, onde caiba a multiplicidade de *players*, assim como a escolha dos mais habilitados gestores das infraestruturas de transportes (monopólios naturais típicos).*

À frente desse conjunto, bem sintetizado pela livre iniciativa, e como reflexo espontâneo e decorrente deste, aloca-se o pilar da Responsabilidade Civil. É bastante natural assimilar ao agente que guarda ou carrega coisas alheias uma responsabilização intrínseca por eventuais sinistros que ocorram à carga. Inviável pensar que a liberdade de prestação de serviços, que envolvem alto valor agregado, viria desapegado de um dever intrínseco de responder por prestações imperfeitas. Se os pilares anteriores estariam afeitos aos ramos do direito público, este, essencial para a sustentabilidade dos contratos de transportes, está inteiramente inserido na realidade do direito privado, sendo certo inclusive que, como veremos posteriormente neste estudo, o CCB se ocupou sobremaneira desta função, em termos sistêmicos (considerando a atividade de transporte em sua totalidade). Por conseguinte, foi outorgado ao legislador ordinário (ou regulamentar) dispor sobre as obrigações de responsabilidade civil às quais o outorgado dos serviços de transporte deve necessariamente se submeter, para que se mantenha o equilíbrio e segurança jurídica do sistema de serviços sob orientação constitucional (SANTIAGO, 2000, p. 153-54).

Tanto a garantia da livre iniciativa, quando a imposição de responsabilidade civil aos serviços de transportes, constituem delineamentos constitucionais afeitos ao ambiente comercial que há de se estabelecer. Sob outra perspectiva, entretanto, reside o acatamento ao ordenamento jurídico internacional, conforme disposto no art. 178 da CRFB. É que o transporte não constitui exercício relegado às fronteiras do país, como fornecimento de energia elétrica ou saúde suplementar, por exemplo. Na realidade, até por força da adesão a tratados internacionais

em matéria de transportes<sup>48</sup>, o Brasil passou a integrar órgão internacionais e se obrigar perante suas normas.

Em 2017 essa matéria foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), originando o Tema 210, segundo o qual “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”<sup>49</sup>. Com isso, o Excelso Pretório não só reconheceu esse importante pilar constitucional necessário para o serviço de transporte aéreo internacional, bem como reduziu, em parte, o impacto da judicialização da qual o setor padece.

Afinal, fechando o rol de pilares constitucionais dos serviços de transportes, temos um agrupamento de disposições que orientam a responsabilidade social que deve recair sobre os prestadores de serviços de transportes. Considerando os dispositivos constitucionais alocados nos arts. 7º, IV, 187, 200, VIII, 208, VII, 227, §2º, 230, §2º e 244, temos que os serviços de transportes devem: figurar entre os direitos dos trabalhadores; manter conformidade com a política agrícola; apoiar o sistema único de saúde em relação substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; atender ao educando, no âmbito da política estadual de educação; assegurar a gratuidade para idosos e acessibilidade a pessoa com deficiência. Desta maneira, de um só fôlego cabe aos serviços de transportes, nos limites da lei, atender à essa miríade de atividades sociais, compondo diversas redes que viabilizam melhoria de condições comunitárias e até condição de acesso.

Assim, enunciados os pilares que denotam aos serviços de transportes a condição de subsistema constitucional, que reforça a doutrina da constitucionalização do direito (BARROSO, 2012, p. 32), e identificadas as reservas específicas de lei (SUNDFELD, 2014, p. 259-60), se permite estender um confortável assoalho apto a receber uma construção legislativa, que dispôs sobre as relações entre Poder Público, prestadores de serviços e usuários de transportes. Constitui-se, portanto, mais que um direcionamento impositivo aos legisladores infraconstitucionais, propriamente um vetor axiológico.

A visualização dos elementos dispersos no Texto Maior como um sentido único da vontade do Constituinte autoriza a interpretação de que o *Direito dos Transportes* tem assento

---

<sup>48</sup> Vide Decreto nº 52.493, de 1963, no qual se trata da Organização Marítima Internacional (IMO); Decreto nº 21.713, de 1946, no qual se trata da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI); e o Decreto nº 99.704 de 1990, no qual se trata Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

<sup>49</sup> Vide RE 636.331, Rel Min Gilmar Mendes, Pleno, DJE 13.11.2017.

primeiro na CRFB, como uma garantia social, balizada pelos institutos da livre iniciativa, da responsabilidade civil, da convergência com a ordem internacional e da responsabilidade social.

### **3.2 Processo Administrativo Brasileiro dos Transportes**

Identificado o arcabouço constitucional que mantém o *Direito dos Transportes*, enquanto categoria didaticamente autônoma, mas devidamente segmentada nas modalidades de serviços, providos nas infraestruturas e deslocamentos (aéreo – subdividido em doméstico e internacional, terrestre – subdividido em ferroviário e rodoviário – e aquaviário – subdividido em marítimo, fluvial e lacustre). Permite-se, assim, vislumbrar se as leis compuseram de maneira suficiente este domínio jurídico (com parâmetros substantivos, detalhes institucionais e exigências processuais, que permitam o exercício regular da criação normativa da Administração Pública).

Por um lado, discutir-se-á a suficiente densificação das leis (BACELLAR FILHO, 2014, p. 453) e do conteúdo das normas administrativas (fiel aos preceitos da lei). Neste caminho alerta-se acerca das leis incompletas, que não podem servir de base para os atos administrativos, representando o contrário, entretanto um dever de regulamentar por parte do Ente Administrativo que teve a competência legal atribuída (SUNDFELD, 2014, p. 263).

Para tanto, respalda-se no processo administrativo, na sua compreensão ampla, como instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais (BACELLAR FILHO, 2014, p. 373), e em especial do Poder Executivo, o meio pelo qual, nos limites da lei e da CRFB, os direitos dos serviços de transportes serão viabilizados. Dado que a compreensão do marco legal e normativo, no bojo do processo administrativo, consubstancia o ponto central da presente análise, previamente há que se compor os preceitos de direito administrativo que suportam a construção jurídica que se propõe.

#### **3.2.1 Processo Administrativo e normas da Administração Pública**

A moderna doutrina de direito já concebe a profunda integração entre o direito material e sua instrumentalização finalísticas (GRINOVER, 2018, p. 13), que serve exatamente para a realização das garantias asseguradas na CRFB e nas leis. De fato, o reconhecimento da extensão dos direitos consubstanciados nos art. 5º, LV e LVI da CRFB, se dá pelo processo administrativo (GRINOVER, 2018, p. 21-22).

Logo, a concepção de fruição de um direito, constitucionalmente garantido, exige do administrador que virá a promover a sua regulação a devida acuidade para conceber normas

substantivas imediatamente viabilizadas pela processualidade administrativa. Neste mister, os regulamentos autorizados (GRAU, 2008, p. 253) cumprem papel essencial, sobretudo para permitir a discussão acerca das atribuições executivas ou de inovação da ordem jurídica, dentro de limites outorgados em lei.

De fato, o processo administrativo, visto na atividade do Poder Público de fazer normas, gerir a organização e homenagear o devido processo legal, representa um elemento de debate com os cidadãos e intercâmbio, para a identificação dos interesses coletivos (SCHIRATO, 2010, p. 18). Nesta linha, necessário ressaltar, no âmbito do direito administrativo, que o processo vem assumindo o protagonismo antes encabeçado pelo ato (BACELLAR FILHO, 2014, p. 440), inclusive com função apaziguadora (DUARTE, 1996, p. 103). Significa que o processo administrativo funciona como um materializador de direitos, sempre que bem delineado.

Destaca-se que o processo administrativo assume funções muito claras de método, ferramenta de legitimação do ato administrativo, mecanismo de transparência, viabilizador de controle social e instrumento de segurança jurídica (SCHWIND, 2013, p. 377). Por isso, denota vultuosa relevância para a fruição de direitos fundamentais e sociais, assim como no estabelecimento de estrutura procedimental que vem a resguardar esse exercício de cidadania (SCHWIND, 2013, p. 379).

É imaginar que sem a ação da Administração Pública o direito ficaria inerte e intocado pelo administrado ou exercido à margem de critério mínimos de segurança e qualidade. Por obvio que o presente estudo não está a mirar no ato administrativo autista (MARQUES, 2011, p. 97) ou naquele que impõe exigências inúteis aos administrados (MEDAUAR, 2017, p. 290), mas sim o processo administrativo, sobretudo após a assimilação das práticas de transparência e participação (MEDAUAR, 2017, p. 294-311), que cumpre a missão constitucional para possibilitar o acesso amplo aos serviços públicos.

Feitas essas considerações, somente se poderá afirmar que a composição do direito administrativo dos transportes se transcorreu da maneira mais regular possível se presentes leis hígdas de conteúdo completo, aptas a pautar as três dimensões de processos administrativos enunciados, assim como, se os atos administrativos produzidos a partir dessas leis cumpriram todas ou a maior parte dos requisitos acima enunciados. Sob outra hipótese, seria frustrada a aplicação do auspicioso modelo de verificação da regulação administrativa idealizado pelo Professor Carlos Ari Sundfeld (2014) e complementado pelos conceitos de processo administrativo acima destacados, sobre o arcabouço normativo mirado.

### 3.2.2 Da composição de um direito administrativo dos transportes

Considerada a teoria de processo administrativo acima exposta, o primeiro passo está em aplicar as concepções firmadas ao arcabouço dos transportes, para julgar se as leis deste sistema detêm conteúdo mínimo para serem consideradas suficientes (SUNDFELD, 2014, p. 268). Uma vez que, como acima apontado, admitem-se as bases constitucionais do direito administrativo (MEDAUAR, 2017, p. 188), é missão da lei agir sobre o caminho estabelecido pelos pilares indicados.

Importante observar que apesar de se vislumbrar uma unicidade do Direito dos Transportes na CRFB, historicamente seu tratamento na legislação ordinária se deu de forma segregada por modal. Em parte, é possível depreender das prescrições independentes das alíneas do artigo 21, XII, acerca da prestação direta ou outorga dos serviços de transportes.

Pragmaticamente, o tratamento independente destes empreendimentos exigira menos esforços nos processos legislativo e dos Entes Administrativos dedicados à sua regulamentação. Sob outro viés, isso também refletira a baixa integração logística histórica no Brasil, pois o pensar desagregado impede uma perspectiva do todo.

Com efeito, a Lei nº 12.379, de 6 de janeiro de 2011 tratou em breves linhas do Sistema Viário Nacional e dos seus subsistemas, não para trazer regras impositivas, mas sim delinear princípios gerais de integração logística. Apesar da integração nacional não constar especificamente entre os comandos constitucionais, a promoção de diretrizes da política nacional de transportes está bem patente no art. 22, IX, da CRFB. Apesar de caso aparente de lei incompleta, demonstra, sob outra perspectiva, uma recente reação do legislador ordinário, no curso da integração, que inclusive encontrou ecos na organização do Poder Executivo Federal, com a criação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, em 2016, e posterior consolidação do modelo no então MInfra (arts. 19, VIII e 35 e 36, da Lei nº 13.844 de 2019).

Os parâmetros substantivos, adjetivos e orgânicos são principalmente identificados nas leis setoriais e de criação das Agências Reguladoras. Entretanto, qualquer avaliação deve considerar as regras gerais aplicadas aos transportes, no nosso caso, previstas no Capítulo XIV do Título VI do Livro I da Parte Especial do CCB.

Cabe reconhecer que o Estatuto Civil detinha o ofício de organizar a Teoria Geral do Direito (BARROSO, 2012, p. 42), motivo pelo qual dispôs de maneira unificada sobre o Direito

dos Transportes<sup>50</sup>. Dessa forma, coube ao Diploma Civil assumir esta regulamentação centralizada também em relação aos serviços de transportes, o que outrora fora realizado pelo Código Comercial (TEPEDINO, 2008, p. 443).

A regulamentação do CCB firmou-se nos elementos contratuais e de responsabilidade civil dos transportes. Não tem o condão de suplantiar, por força do princípio da especialidade, as regras específicas ditadas pelo Código Comercial, sobre comércio marítimo (principalmente arts. 566 a 632), e do Código Brasileiro de Aeronáutica, sobre transporte aéreo (principalmente arts. 222 a 266). Por esse motivo, acabou por ser bem adotado nos contratos de transportes terrestres, não obstante estampe um tratamento unitário para todos os contratos em todas as modalidades de transportes (TEPEDINO, 2008, p. 444), sem reconhecer suas distinções.

Enquanto regras genéricas, preferiu-se separar o tema no CCB em três seções, sendo a primeira geral, a segunda dedicada ao transporte de pessoas (com disposições bastante próximas da defesa dos consumidores) e a terceira voltada ao transporte de coisas (dispostas nos arts. 730 a 756 do CCB). Efetivamente, poucas dessas disposições foram destinadas à Administração Pública setorial, sendo certo que seu viés reside nas relações entre particulares. Por essa razão, tais normas foram pouco internalizadas nas regulações, que devem reinar sempre que o transporte for objeto de serviço público (GODOY, 2009, p. 717), não obstante a Resolução ANAC nº 400/2016 ter considerado o texto do CCB para firmar as novas Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA), que seria um estatuto dos passageiros<sup>51,52</sup>.

Outra norma geral bastante utilizada na regulação dos transportes é Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da CRFB. Esta legislação concede padrões para os processos de outorgas, que foram bastante exercidos no setor de transportes desde a criação das Agências. Para além de definir os requisitos gerais do serviço adequado (art. 6º) e os direitos e obrigações dos usuários (art. 7º), o regulamento legal ainda dispõe sobre a política tarifária e o procedimento específico de licitação (art. 9º a 22), assim como os critérios aplicáveis aos contratos de concessão (art. 23 a 39) e de permissão (art. 40).

---

<sup>50</sup> Essa tarefa, com tempo, acabou relegada à CRFB, como anteriormente exposto. No caso brasileiro, como o CCB demorou mais de 20 anos para ser promulgado (o projeto inicial é dos anos de 1980), ocorreu que houve certa duplicidade de previsões, com a CRFB e o CCB trazendo essas regras gerais. É fato que o CCB não se atém a normas principiológicas como a CRFB, o que evita uma sobreposição ou conflito aparente de normas.

<sup>51</sup> Vide documentos que instruem a Audiência Pública nº 3/2016 da ANAC, que tratou da proposta de revisão das Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA), disponível em <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/2016>, acesso em 15/01/2023.

<sup>52</sup> Todas as normas da ANAC aqui referenciadas estão disponíveis em <https://www.gov.br/anac>. Todas as normas da ANTT aqui referenciadas estão disponíveis em <https://www.gov.br/antt>. Todas as normas da ANTAQ aqui referenciadas estão disponíveis em <https://www.gov.br/antag>. Os sites foram acessados em 15/01/2023.

Neste âmbito, podem ser identificados os parâmetros substantivos e processuais ditados à Administração Pública, inclusive com significativo nível de detalhamento, que nem sempre se mostra positivo (SUNDFELD, 2014, p. 269), sobretudo quanto às cláusulas do contrato de concessão e sua possibilidade de transferência (respectivamente, arts. 22 e 27) e os procedimentos de intervenção e extinção da concessão (arts. 32 a 39). Em verdade, é uma lei que impôs significativas amarras ao processo de concessão de serviços públicos e que poderia ter deixado maior margem para a regulamentação administrativa.

Ademais, a nós interessam as fontes legais que orientam justamente a Administração Pública na atividade de regulação dos transportes. Nesse particular, as seguintes leis, principalmente, são essenciais para a presente avaliação:

- a) Lei nº 556/1850 – Código Comercial (CCOM), arts. 457 a 796;
- b) Lei nº 7.565/1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA);
- c) Lei nº 9.432/1997 – Lei de sobre a ordenação do transporte aquaviário;
- d) Lei nº 9.611/1998 – Lei de Transporte de Multimodal de Cargas;
- e) Lei nº 10.233/2001 – Lei de criação da ANTT e da ANTAQ;
- f) Lei nº 11.182/2005 – Lei de criação da ANAC;
- g) Lei nº 11.442/2007 – Lei de transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração;
- h) Lei nº 13.448/2017 – Lei que indica as diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal; e
- i) Lei nº 14.273/2021 – Lei de ferrovias.

Com efeito, as referidas normas representam o principal arcabouço jurídico sobre o qual a regulação dos transportes se estabelece. Conquanto a presente pesquisa não pretenda esvaziar o tema, com a análise de todas as leis setoriais, esse conjunto traz o sumo do marco legal setorial, com as leis mais representativas do setor. Logo, os parâmetros substantivos, organização institucional e critérios processuais serão abaixo analisados por modal, conforme as respectivas normas.

### 3.2.3 Parâmetros substantivos e processuais para as normas administrativas

Do rol acima elencado, dispõem sobre os transportes terrestres as Leis nº 9.611/1998, 10.233/2001 e 11.442/2007.



Inicialmente, constata-se que até o advento da lei de criação da ANTT, as normas regulatórias deste setor baseavam-se em leis gerais, como a Lei nº 8.987/1995<sup>53</sup>. Por outro lado, as Leis nº 9.611/1998 e 11.442/2007 são complementares aos dispositivos do CCB que dispõe sobre transporte de cargas (arts. 743 a 756), uma vez dão limites regulatórios para o registro dos transportadores comuns e multimodais de cargas e tratam de regime de responsabilidade civil. Neste mister, dispõem sobre parâmetros materiais e procedimentais para que a ANTT receba e guarde essas informações, por um lado, e pautam as cláusulas dos contratos privados com os casos e limites de responsabilização – nos moldes de um regime de responsabilidade aquiliana<sup>54</sup> (que, em certo ponto, até subtrai a liberdade de contratação dos usuários e prestadores).

No caso aquaviário, temos o Código Comercial (CCOM) e a Lei nº 9.432/1997, com substantiva gama de dispositivos sobre o direito material e processual dos transportes aquaviários (marítimo, lacustre e fluvial). Se o CCOM está bem direcionado para as relações entre particulares, a referida lei já traz importantes padrões para o regulador setorial, relativos ao afretamento de embarcações, apoio e desenvolvimento da Marinha Mercante e penalidades (respectivamente, arts. 8º a 15).

De outra maneira, a Lei nº 10.233/2001 traçou com razoável amplitude as indicações principiológicas (art. 11 e 12) e as competências materiais (arts. 13 a 27) sobre as quais a ANTT e a ANTAQ devem atuar. Por sua vez, as regras processuais, em especial para o controle das outorgas, também foram disciplinadas para essas instituições (arts. 28 a 47-C). Chama a atenção ainda os arts. 78 e 78-A a 78-K que minudenciam as possíveis penalidades e o procedimento de aplicação, evitando um debate acerca da legitimidade de os regulamentos administrativos disporem sobre normas restritivas e penalidades (SUNDFELD, 2014, p. 271).

Pelo que se avalia, incide um conteúdo mínimo indispensável (SUNDFELD, 2014, p. 273) e razoavelmente atualizado para aspectos processuais e materiais, nos casos terrestres e aquaviários. Ainda no âmbito material, entre legislação infralegal relevante que trata sobre parâmetros objetivos a serem seguidos pelos reguladores terrestres e aquaviários, destaca-se: Decreto nº 1.832/1996 (Regulamento de transporte ferroviário); Decreto nº 2.521/1998 (dispõe

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, vide Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre transporte rodoviários interestadual e internacional de passageiros.

<sup>54</sup> Na hipótese, essa é uma regra geral que se aplica a todos os meios de transportes. Observa-se, entretanto, que esse dirigismo público das relações privadas tem duas faces: as relações de consumo e as de onerosidade. Quando se trata, especialmente, do transporte de passageiros, incide uma relação de hipossuficiência entre o prestador e o usuário, aqui tutelado como consumidor, inclusive com todos os direitos decorrentes do CDC. Sob outra perspectiva, quando se trata de transporte de cargas, na maioria dos casos, há uma relação de onerosidade inserida no bojo de um contrato comercial, cabendo ao usuário exclusivamente os direitos indicados no CCB e na legislação específica.

sobre a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros); e Decreto nº 8.033/2013 e alterações subsequentes (Dispõe sobre a exploração de portos organizados e de instalações portuárias).

No caso dos serviços de transporte aéreo, o marco legal é mais amplo. Até bem pouco tempo o CBA ainda guardava dispositivos anacrônicos acerca da outorga de serviços aéreos (MARTINS e DANNI, 2008), pelo qual impunha amarras e barreiras legais para sua prestação de serviços, como era o caso da limitação de investimento estrangeiro (recentemente revogada pela Lei nº 13.842/2019). De outra sorte, a Lei nº 11.182/2005 se preocupou menos com serviços de transporte, que com a complexa realidade do setor aéreo, apontando poucos parâmetros sobre o direito material e adjetivo.

Isso denota um possível cenário de leis incompletas (SUNDFELD, 2014, p. 262-63), que deixou maior liberdade para a atuação da Administração Pública. Com efeito, o âmbito de regulação e criação administrativa teve menos parâmetros para o seu desenvolvimento, o que não representa a melhor prática legislativa.

Portanto, a partir da doutrina de Sundfeld (2014), visualiza-se um excesso da lei nos aspectos materiais e adjetivos dos serviços de transportes terrestres e aquaviários (que não prejudica, mas limita a liberdade de contratar), mas uma carência no setor aéreo, que pode ser vista como uma lacuna sensível ocupada pelos regulamentos administrativos.

### 3.2.4 Desenho Institucional Mínimo

Considerando a teoria do órgão, “a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 13), a atribuição de competências é fundamental para que a Entidade Pública desempenhe corretamente seu papel. Por isso, o desenho institucional que ora se propõe avaliar concerne aos fundamentos para estruturação da Agência Reguladora de Transportes e seu Poder Normativo (CUÉLLAR, 2001, p. 107-42). Sob a atribuição de servir de meio público para compatibilizar direito e economia (SILVA, 2014, p. 17), estas estruturas requerem amparo jurídico não só para se constituírem, mais ainda para dotarem suas manifestações de amparo técnico altamente especializado.

O fundamento constitucional das Agências Reguladoras, em geral, foi disposto no art. 174 da CRFB, considerada sua interpretação moderna em um cenário em que tais instituições estão devidamente estabilizadas. Para a época, houve razoável combate de alguns doutrinadores em relação a essas novas estruturas. Atualmente já se conta inclusive com a Lei nº 13.848, de

25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Interessante destacar que, no âmbito do direito orgânico, a estruturação das Agências Reguladoras de transportes foi disposta nas Leis nº 10.233/2001 e 11.182/2005, que vieram para complementar outras leis setoriais portadoras de regras materiais, em especial o CCB, a Lei de Portos (Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, substituída pela Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013) e o CBA. Assim, em seções próprias (arts. 52 a 77, da Lei nº 10.233/2001 e arts. 9º a 31 e 36 a 46, da Lei nº 11.182/2005) dispôs-se sobre estrutura organizacional, processo decisório, quadro de pessoal, receitas e orçamento das Agências de Transportes. Cuidam-se de Diretorias em regime de colegiado, nomeadas com mandatos não coincidentes, vedação de exercício de outras atividades profissionais, dispositivos sobre quarentena, devida instrução do processo decisório, entre outros. O propósito do formulador da política pública foi de dotar as Agência de estrutura reforçada para manter a devida independência e autonomia funcionais (SUNDFELD, 2000, p. 23-27), na qualidade de Autarquias especiais, em razão de sua relevante alçada voltada a estabilizar a prestação de serviços públicos.

Uma crítica deve ser colocada quanto ao corpo diminuto da diretoria da ANTAQ, que perdurou até o ano passado. Dentre as 11 Agências Reguladoras brasileiras atualmente existentes, era a única com 3 ao invés de 5 Diretores. Isso afetava a pluralidade das decisões, bem como enfraqueceu a independência da entidade. Felizmente essa falta foi suprida, afastando-se a limitação em relação à capacidade decisória da ANTAQ, pela Lei nº 14.465, de 9 de novembro de 2022.

Outro fator que merece ser melhor debatido é o papel institucional internacional desta Agência, que não foi constituída como Autoridade Marítima<sup>55</sup> (atualmente a cargo da Marinha Brasileira, nos termos do art. 17 da Lei Complementar nº 97/1991). Sem embargos ao trabalho desempenhado pela Marinha, relevantes funções regulatórias ficaram atribuídas a agente não orientado, precipuamente, para a regulação do transporte, mas sim segurança nacional, denotando desvio na finalidade da atribuição de competência.

Portanto, no quesito de organização administrativa, as Agências foram devidamente paramentadas de estruturas e regras suficientes para o desempenho de suas atribuições, ressalvados o caso da Diretoria da ANTAQ mencionado.

---

<sup>55</sup> O conceito é assim definido conforme o art. 2º, XXII da Lei nº 9.966/2000: “autoridade exercida diretamente pelo Comandante da Marinha, responsável pela salvaguarda da vida humana e segurança da navegação no mar aberto e hidrovias interiores, bem como pela prevenção da poluição ambiental causada por navios, plataformas e suas instalações de apoio, além de outros cometimentos a ela conferidos por esta Lei”.

Feita essa verificação acerca das leis e sua suficiência de parâmetros, cabe passar aos regulamentos, considerando seu acatamento aos preceitos constitucionais e às balizas da lei. Ressalte-se que, no escopo do presente trabalho, assim como no caso das leis, o objetivo está em buscar exemplos paradigmáticos, sem esgotar a ampla gama de hipóteses normativas produzidas pelas Agências de Transportes.

### 3.3 Normas regulamentares dos transportes

Como mencionado acima, o objetivo no presente capítulo está em identificar normas representativas das Agências setoriais observadas, que demonstrem a regulamentação de aspectos subjetivos, adjetivos e orgânicos. De fato, quer-se exemplificar a utilidade e importância do processo administrativo enquanto expressão da democracia, ampliação de direitos e realização de garantias fundamentais.

É de se ressaltar que a maioria das regras de direito orgânico e algumas de direito processual estão contidas nos Regimentos Internos das Agências de Transportes<sup>56</sup>, como se verá a seguir. Entretanto, nenhuma dessas Agências detém corpo processual tão robusto, como o disposto no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica<sup>57</sup> (CADE), que apresenta código detalhado dos procedimentos tratados pela Autarquia.

Vale alertar aqui que nos filiamos à tese, defendida por Sundfeld (2014, p. 255-60) e Schirato (2010, p. 22-29) de que o princípio da legalidade não pode ser interpretado como uma amarra estrita à atividade do regulador. Na verdade, como outrora já sinalizado, à lei cabe materializar em parâmetros os comandos constitucionais, de forma a indicar os caminhos para a Administração Pública pavimentar. Desse lado, admite-se a inovação da ordem jurídica, desde que sob o esteio das competências atribuídas e mediante processo administrativo regular.

Nesta senda, essencial ressaltar que todas as Agências de Transportes já contam com procedimento de elaboração de normas pautado pelos princípios da transparência e participação popular, incluindo a divulgação de Agenda Regulatória<sup>58</sup>. Isso tem garantido, em larga medida, uma gestão democrática do processo normativo destas entidades.

---

<sup>56</sup> Resolução ANTAQ nº 3.585/2014, Resolução ANTT nº 5.976/2022 e Resolução ANAC nº 381/2016.

<sup>57</sup> Resolução CADE nº 22/2019, arts. 32 e seguintes. Todas as normas do CADE aqui referenciadas estão disponíveis em <https://www.gov.br/cade>. Acesso em 15.01.2023.

<sup>58</sup> Vide Resoluções ANTAQ nºs 3.585/2014 (art. 52, I do Anexo, que estabelece o Regimento Interno) e 4.191/2015; Instruções Normativas ANAC nºs 61/2012, 74/2013 e 107/2016; e Resolução ANTT nº 5.976/2018 (art. 56, III e 82, V, *a* e 105, II e XII do Anexo I, que estabelece o Regimento Interno), Deliberação ANTT nº. 85/2016 e Deliberação ANTT nº 317/2019.

Dito isso, passa-se à análise dos regulamentos representativos de cada modalidade de transporte, ressaltando-se que para isso cabe uma imersão nos principais procedimentos de cada Agência Reguladora ora debatida. Ressalte-se que ora não está a se testar as normas sob o julgo da regulação responsiva ou da *Smart Regulation*, mas sim utilizá-la de forma a ilustrar a existência perene da institucionalização do processo administrativos dos transportes.

### 3.3.1 Do Processo Administrativo nos transportes terrestres (ANTT)

Entre todas as Agências referenciadas, a ANTT é a que conta com maior amplitude para regulação de serviços de transportes, porque recebeu atribuições para tutelar a prestação de serviços no: transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; transporte ferroviário ao longo do sistema nacional de viação; gerenciamento das infraestruturas rodoviária e ferroviária; transporte multimodal; e transporte de cargas especiais (SILVA, 2014, p. 87). Destarte, o espaço regulatório impõe desafio imenso a essa Agência.

Além disso, três políticas públicas setoriais são muito relevantes e merecem menção: o Programa de Concessões Rodoviária Federal (PROCROFE), a partir da qual se organizaram as outorgas de rodovias federais desde meados dos anos 1990 (que será detalhado no estudo de caso); o Decreto nº 2.521, de 20 de março de 1998, que versa sobre exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e a Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021, que estabeleceu a lei das ferrovias, para ditar a “política setorial, a construção, a operação, a exploração, a regulação e a fiscalização das ferrovias em território nacional” (art. 4º), o que vincula a regulação da Agência, até para que discipline a nova modalidade de exploração de ferrovias em regime privado (art. 19 a 36). Esse marco normativo expõe as principais fontes das políticas públicas do setor, além das leis de criação da ANTT.

Sob a perspectiva regulatória, faz-se básico focar relevantes normas materiais, adjetivas e processuais, demonstrando o aspecto democrático do processo administrativo conduzido na ANTT.

O Regimento Interno da ANTT, disposto pelo Anexo I da Resolução ANTT nº 5.976, de 7 de abril de 2022, estrutura o funcionamento orgânico da Entidade, seja designando os órgãos internos e suas atribuições (arts. 7º a 38), como compondo o processo decisório da Diretoria-Colegiada (arts. 39 a 87), disciplinado ainda processos de participação popular na elaboração de normas (arts. 88 a 104). Em complemento, na Resolução ANTT nº 5.977/2022

são detalhadas as competências comuns e específicas das áreas finalísticas da referida Agência. Desta maneira, a parte estrutural e decisória resta transparentemente enunciada.

Apontados os diversos “negócios” que a ANTT tutela, três são as resoluções de cunho material às quais, ilustrativamente, chamamos atenção: Resolução ANTT nº 5.944/2021, que dispõe sobre a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas aos usuários; Resolução ANTT nº 4.770/2015, que regulamenta a prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização; e as Resoluções ANTT nºs 1.187/2005<sup>59</sup>, 675/2004, 3.651/2011, 5.859/2019 e 4.071/2013. Este último grupo representa microssistema de regras de concessões rodoviárias, que concernem, respectivamente: à elaboração de projetos e execução de obras; aos reajustes e revisões tarifárias; e ao procedimento de fiscalização e de penalizações. Esses são 3 exemplos de regulamentos decorrentes de competência legal, exercidos nos parâmetros estabelecidos para a Agência.

A primeira norma material eleita (Resolução ANTT nº 5.944/2021) advém de competência disposta no art. 22, I e II c/c art. 25, da Lei nº 10.233/2001, que delimita a esfera de atuação da ANTT sobre o transporte ferroviários de cargas e a exploração da infraestrutura ferroviária. Na forma de regulamento da prestação de serviços públicos aos usuários, que deve ser provido pelo operador da referida malha, a norma tem por função assegurar a contratação do frete ferroviário, indicando seus elementos, os direitos e deveres dos contratantes e a responsabilidade que qualidade da entrega a ser realizada. Desta forma, inova a ordem jurídica criando direitos e deveres, conforme a outorga legal, de maneira a afiançar que os usuários não sejam surpreendidos por demandas desarrazoadas. Do lado comercialmente oposto, anuncia para os prestadores, que detém a outorga pública, suas mínimas obrigações em face dos clientes.

A segunda resolução de matéria substantiva que se propõe visualizar (Resolução ANTT nº 4.770/2015), encontra respaldo no permissivo do art. 13, V, e c/c art. 14, III, j e art. 22, III, todos da Lei nº 10.233/2001, com alterações da Lei nº 12.996/2014, no qual se atribui competência para a ANTT regular a prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização. Também com caráter de inovação da ordem jurídica, cria obrigações e procedimentos para que o transportador interessado possa obter uma outorga de prestação de serviços. Cumpre esclarecer

---

<sup>59</sup> A Resolução nº 1.187/2005 foi recentemente revogada pela Resolução nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022, que trata de bens, obras e serviços, referentes aos contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária sob tutela da ANTT. Contudo, como a nova resolução somente entrará em vigor em julho de 2023, continua-se considerando, para os fins da presente análise, a antiga como válida, sobretudo para fins de exercício crítico. A movimentação regulatória será mais bem explicada no estudo de caso.

que essa outorga se materializa em autorização regulatória, nos termos do art. 14, III, b, da Lei nº 10.233/2001. Destaque-se que ainda prevê a referida Resolução penalidades para quem descumprir as normas do transporte regular de passageiros, prescrevendo, inclusive, apreensão de veículos (art. 52, III, c), tudo isso dentro dos poderes desempenhados pela Agência.

Sobre esse tema, forçoso comentar, a Agência vem se debruçando desde 2020, ao menos, para promover a “revisão do Marco Regulatório do Transporte regular rodoviário coletivo interestadual de passageiros, com o objetivo de ampliar a concorrência, melhorar a qualidade do serviço, simplificação dos processos de atos de outorga e liberação econômica, melhoria da transparência, governança e *compliance*”. Conforme listado na Agenda Regulatória da ANTT desde 2019, busca-se tornar o mercado mais dinâmico e aberto a novas concorrentes, preservando-se o interesse dos consumidores dos serviços de transporte. Uma vez que revolve monopólios artificiais, constitui-se em tema espinhoso para reforma regulatória, dados os diferentes interesses políticos e econômicos que circundam a matéria<sup>60</sup>.

Afinal, neste domínio exemplificativo de normas substantivas, cabe menção ao microsistema de regras que balizam as concessões rodoviárias federais. Com efeito, seu universo, apesar de eminentemente contratual, abre espaço para regulação complementar, que versa, em especial, sobre as regras para composição de projetos de engenharia que virão a ser executados, considerados os prazos de execução. De outra sorte, presente também as funções que dão operacionalidade às revisões tarifárias, as quais são cruciais para manterem os contratos atualizados quanto ao seu equilíbrio econômico e financeiro. Ademais, a função punitiva resta por ser em essência uma atividade da Agência, que requer, para tanto, regras próprias assimiladas à dinâmica dos contratos de concessão. Atribuição disposta no art. 26, VI e VII e §2º, da Lei nº 10.233/2001, para a ANTT, confere deveres para gerir as concessões rodoviárias federais, bem como exercer a sua fiscalização e compatibilização tarifária. Esse mercado será visualizado com mais cuidado no estudo do capítulo 5.

Estas resoluções demonstram bem como a inovação no campo jurídico pode ampliar ou restringir direitos, sendo indubitável seu intuito de renovar o arcabouço normativo.

Quanto à regra processual, esmerou-se a ANTT em produzir norma razoavelmente detalhada sobre o processamento das demandas no âmbito administrativo, qual seja, a Resolução ANTT nº 5.083/2016. Pagando tributo aos preceitos da Lei nº 9.784/1999 (art. 1º), nesta norma processual se preocupou em estabelecer as fases processuais (art. 1º, §1º) e os princípios e linhas básicas de condução dos atos processuais (art. 1º, §2º). Para tanto, as etapas

---

<sup>60</sup> Mais informações podem ser obtidas nos documentos produzidos no âmbito das Audiências Públicas nº 04/2020 e 06/2022, disponíveis no site [www.gov.br/antt](http://www.gov.br/antt), acesso em 15/01/2023.

de Instauração (arts. 17 a 31), Instrução (arts. 32 a 53) e Decisão (arts. 54 a 70) restaram detalhadas, atentando-se, ainda, o legislador regulamentar, à informatização desse processo (arts. 71 a 80). A seguir, buscou-se criar procedimentos em espécie, mas sem grande caracterização, dispondo-se sobre o processo simplificado (arts. 81 a 87), o processo ordinário (arts. 88 a 93) e o processo para apuração de infrações (arts. 94 a 98). A norma, de cunho geral e abstrato suficiente (SUNDFELD, 2014, p. 264) atende às orientações legais das Leis nºs 9.784/199 e 10.233/2001 e assenta importante marco processual administrativo na seara da ANTT.

Em relação às normas punitivas, vale comentar sobre três veículos normativos básicos para a imposição de penalidades, que compõe o arcabouço da ANTT: os contratos de concessão e as resoluções, derivadas dos arts. 78-A e 78-F da Lei nº 10.233/2001. Dentre as resoluções, destacam-se: a Resolução ANTT nº 233/2003, que impõe de penalidades no caso de infrações ao transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, realizado por operadora brasileira; a Resolução ANTT nº 4.071/2013, que regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida; e a Resolução ANTT nº 5.831/2018, que regulamenta o estabelecimento, a revisão e a apuração das metas de produção e das metas de segurança das concessionárias que exploram a Infraestrutura e o Serviço Público de Transporte Ferroviário de Cargas. Essas três normas, que complementam instrumentos de outorga de serviços públicos, demonstram como a ANTT se organiza para materializar o *compliance* de seus regulamentos.

É interessante observar que a primeira norma foi delineada com uma dosimetria bastante objetiva e poucas regras processuais específicas. São quatro artigos, sendo que os dois primeiros estabelecem três faixas de penalidades (objetivamente consideradas), o terceiro cuida da reincidência e o quarto da comutação de outras penalidades (suspensão, cassação, decretação de caducidade da outorga ou declaração de inidoneidade) em multa. Enquanto norma oriunda de um período de uma Administração Pública, ainda não esclarecida acerca da importância do Processo Administrativo, a Resolução ANTT nº 233/2003 apresentada presume uma Gestão Pública autoritária, com fiscalização onipresente e emprego da força para melhoria da qualidade do serviço. Com efeito, não existem estudos demonstrando impactos deste tipo de política regulatória no bom desempenho do referido serviço público.

Por sua vez, a segunda norma observada, a Resolução ANTT nº 4.071/2013, traz igualmente um caso típico de comando e controle puro, em que são indicadas as etapas contratuais e penalidades pela mera incursão na conduta, independente do comportamento da concessionária. Isso leva a tratar de forma igual concessionárias com desempenhos contratuais



diferentes, o que gera uma sensação de desigualdade e injustiça. De outra sorte, esse tipo de norma, ao deixar de considerar o comportamento dos regulados para lhes impor sanções, acaba por contrariar as teorias de regulação responsiva, e trazer descrédito ao sistema, afetando inclusive o *compliance* de boas prestadoras de serviços. Com efeito, ao tempo de sua publicação a discussão acerca de instrumentos responsivos de regulação já estava presente no cenário nacional e poderia ter sido agregada ao instrumento.

Por outro lado, a norma referente ao desempenho ferroviário, apesar de também trabalharem com penalidades fixas (vide arts. 21 e 22 da referida norma), já indicam um procedimento processual específico, assim como margem para um julgamento ponderado, que há de considerar *a imprevisibilidade ou a inevitabilidade dos eventos, o nexo de causalidade entre a ocorrência de cada evento e o descumprimento das metas e (...) a quantificação da produção de transporte frustrada em razão da ocorrência de cada evento* (art. 25 da Resolução ANTT nº 5.831/2018). Isso revela uma evolução na forma de conceber a norma punitiva.

Não obstante, todas detêm um caráter eminentemente de comando e controle, o que vem em contrassenso com os instrumentos alternativos lançados nos contratos de concessão e termo de autorização. No estudo de caso da indústria de concessões rodoviárias esse achado ficará mais claro.

Sem embargos, observa-se que, em termos gerais, a regulação exercida pela ANTT está nos parâmetros autorizados pela Lei e segue os preceitos do devido processo administrativo.

### 3.3.2 Do Processo Administrativo nos transportes aquaviários (ANTAQ)

Dado que a amplitude regulatória da ANTAQ tem menor espectro, permite-se uma avaliação mais concisa das normas representativas, mas não menos aprofundada. Inicialmente, cumpre registrar que o art. 23, da Lei nº 10.233/2001, atribuiu a esta Agência cinco matérias para a regulação e fiscalização, quais sejam: a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas; as instalações portuárias privadas; o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas; e a exploração da infraestrutura aquaviária federal.

Dentro deste setor, ainda há que se fazer referência à Lei nº 14.301, de 7 de janeiro de 2022, que instituiu o Programa de Estímulo ao Transportes por Cabotagem (denominado BR do Mar), que representa um pacote de medidas voltadas ao fomento da atividade de cabotagem no Brasil. Conquanto o modal já seja bem representativo na movimentação de cargas, o programa ainda abre novos serviços, ao viabilizar o afretamento de embarcações estrangeiras

para serem usadas no transporte de cargas na cabotagem brasileira. Isso denota um claro direcionamento da política pública no setor.

Observando o cenário regulatório, é de se constatar que o regimento interno dado à Agência, disposto pela Resolução ANTAQ nº 3.585/2014, praticamente só trata de estrutura, pormenorizando suas atividades (arts. 6º a 71). Além disso, aponta o objeto, finalidades, competências (consolidando, principalmente, o disposto nas Leis nºs 10.233/2001 e 12.815/2015), destacando também os atos administrativos emanados pela referida Agência. Portanto, centra-se em ditar os órgãos e o funcionamento interno.

No âmbito material, toma-se por relevante a Resolução ANTAQ nº 912/2007, que dispõe os critérios e os procedimentos para *a outorga de autorização para prestação de serviço de transporte de passageiros e de serviço de transporte misto na navegação interior de percurso longitudinal interestadual e internacional*. A competência para a edição dessa norma pode ser dessumida do art. 13, V, *b* c/c art. 14, III, *e* e art. 27, XXIV, todos da Lei nº 10.233/2001. Também inovando dentro da ordem jurídica, a referida norma estipula o procedimento para obtenção da outorga de serviços, com a demonstração dos requisitos técnicos, jurídicos e econômico-financeiros (arts. 5º a 8º). Ainda dispõe sobre as condições de prestação dos serviços (art. 9º), obrigações do prestador com a ANTAQ (art. 12) e os direitos e deveres dos usuários (arts. 14 a 16), que representa, em grande parte, um estatuto de defesa dos interesses dos consumidores deste serviço. Nos arts. 18 a 20, prescreve-se um estatuto de penalidades, para os prestadores que ferirem os preceitos da norma. Logo, cuida-se de norma menos detalhada que a da ANTT, mas não menos adequado para a regulação que se presta. É fato que o procedimento de acesso à prestação de serviço poderia ser mais detalhado.

No campo repressivo, conta a referida Agência com a Resolução ANTAQ nº 75/2022, que disciplina a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas. Enquanto fruto do processo de consolidação normativo ditado pelo Decreto nº 10.139/2019, a mencionada resolução traça um grande panorama, que parte dos direitos dos usuários para chegar em cada penalidade devida aos diversos prestadores. Para tanto, perpassa pelos direitos e deveres dos usuários (arts. 2º e 3º), detalha o serviço portuário (art. 4º), as atribuições da autoridade portuária (art. 5º ao 11), do arrendatário (art. 12 ao 15), do operador portuário (arts. 16 ao 24) e dos autorizados (arts. 25 e 26). Ao final, dedica um capítulo para as infrações (arts. 27 ao 38) delimitando a imputação e os tipos comuns e específicos de cada um desses *players*. Observa-se que, no campo das penalidades, não há, aparentemente, tratamento responsivo, pois a cada conduta descrita é imputada uma multa, independentemente do perfil atitudinal do regulado.

Entretanto, faz-se relevante apontar que a ANTAQ trabalha a responsividade no campo da fiscalização. Conforme explicam Costa e Fonseca (2021), a partir de princípios de enunciados pela OCDE (2014), a ANTAQ iniciou projeto para desenvolvimento de novo modelo de fiscalização, baseado no comportamento das entidades alcançadas por seu espectro de regulação, para buscar maior conformidade regulatória. Para esse fim, modelou o gerenciamento do risco regulatório com base no perfil atitudinal dos regulados, passando a agregá-los por similaridade em três grupos, que consideram a propensão marginal à infração. Conforme a alocação o grupo em que o regulado é classificado, ele será submetido a frequência e intensidade de fiscalização, cujos planos têm abrangência de quatro anos de duração, que se tornam mais acirradas conforme a propensão à infração. Com isso, é possível direcionar os recursos da fiscalização para os casos mais latentes do setor, não perdendo assim energia com agentes que já detém o comportamento esperado. A iniciativa, que foi realizada sem esforço regulatório, mas somente mediante organização da fiscalização, devidamente institucionalizado e divulgado<sup>61</sup>, é elogiosa e demonstra que o empenho institucionalizado em direção à regulação responsiva pode ser materializado com rápida mobilização.

No campo adjetivo, detém a referida Agência a Resolução ANTAQ nº 3.259/2014, que disciplina a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ. Conquanto misture ações necessariamente distintas e obrigatoriamente distantes, a fiscalização e o julgamento das sanções, a resolução esmiúça o processo administrativo regido pela Entidade. Desta forma, trabalha elementos importantes como a Instauração do procedimento (arts. 23 e 24), Defesa do administrado (arts. 25 a 28), Provas e parecer instrutório (arts. 29 a 32), Julgamento (arts. 34 a 45), Sanções (arts. 46 a 62), Recursos (arts. 63 a 73), além de outras questões processuais nos artigos subsequentes (forma dos atos, prazos, intimações, representação legal, impedimento e suspeição e prescrição). Portanto, verifica-se uma norma bem completa que prestigia o princípio do devido processo legal, atraindo valores democráticos ao procedimento deslindado na ANTAQ.

Com isso, permite-se afirmar, com base nos indícios apontados, que o processo administrativo da ANTAQ está devidamente paramentado com as suficientes regras substantivas, adjetivas e orgânicas. Ademais, a iniciativa de fiscalização responsiva merece ser considerada como um grande e inteligente avanço, no sentido das melhores práticas regulatórias.

---

<sup>61</sup> Vide <https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/fiscalizacao/planos-de-fiscalizacao>, acesso em 15/01/2023.

### 3.3.3 Do Processo Administrativo nos transportes aéreos (ANAC)

Finalmente, a ANAC também agrega as competências relevantes, divididos entre a regulação econômica e técnica, com grande enfoque na segurança das atividades aéreas. O art. 8º, da Lei nº 11.182/2005, atribui 54 competências para a ANAC, sendo que as principais estão sintetizadas no sítio eletrônico da Agência<sup>62</sup>.

Para que se entenda a evolução das políticas públicas relativas ao transporte aéreo, faz-se necessário compreender a transferência das atribuições regulatórias da esfera militar para a civil, ocorrida em meados dos anos 2000, o que será abordado em estudo de caso no capítulo 6. Não obstante, a magnitude dessa mudança pode ser bem dimensionada pelo Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC) e o Decreto nº 7.624/2011, que anuncia as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão, o que é bastante relevante para o cenário regulatório da ANAC. Muito pertinente também para o setor é o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil contra Atos de Interferência Ilícita (PNAVSEC), recentemente redelineado pelo Decreto nº 11.195, de 8 de setembro de 2022.

Fundamentais para a gestão da política e regulação setoriais, os referidos decretos trouxeram parâmetros para o desenvolvimento da aviação civil brasileira, que, seguindo uma tendência mundial, passou a perseguir uma produção enxuta e eficiente, de redução contínua de custos para o oferecimento de passagens aéreas mais acessíveis. Pelo PNAC, foram elencados os objetivos e ações estratégicas para o setor, enquanto o Decreto nº 7.624/2011 preparou o assoalho para as concessões de infraestrutura aeroportuária que se avizinhavam. Já o PNAVSEC disciplina as medidas de segurança destinadas a garantir a integridade de passageiros, tripulantes, pessoal de terra, público em geral, aeronaves e instalações de aeroportos brasileiros, a fim de proteger as operações da aviação civil contra atos de interferência ilícita cometidos no solo ou em voo

Ademais, há de se enfatizar que o setor de transporte aéreo, em geral, passou por uma significativa reforma normativa, visando a desburocratização e redução do fardo regulatório dessa indústria, que foi denominado “Programa Voo Simples” (contando com 70 ações no portfólio, tanto de responsabilidade do Ministério, como da ANAC e de outros agentes públicos setoriais)<sup>63</sup>. Entre atividades legais e regulamentares, podem ser citadas a Portaria nº 945/2020, que simplificou as regras para regularização das pistas de pouso e decolagem na

---

<sup>62</sup> Disponível em [www.gov.br/anac](http://www.gov.br/anac), acesso em 15/01/2023.

<sup>63</sup> Maiores informações sobre o programa estão disponíveis em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/voo-simples>, acesso em 15/01/2023.

Amazonia Legal e a Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, batizada como “Lei do Voo Simples”, que revogou uma série de dispositivos obsoletos do CBA (mais de 100 artigos), aprimorou as competências da ANAC, reduziu as hipóteses de incidência das Taxas de Fiscalização da Aviação Civil (TFAC) e ainda aprimorou o regime tarifário da exploração da infraestrutura aeroportuária. Conforme a nova disposição legal, os serviços aéreos passam a ser integralmente regidos pelas normas da Agência setorial, observados os acordos e regras internacionais.

Por sua vez, o regimento interno da ANAC foi disposto na Resolução ANAC nº 381/2016 e suas atualizações, também com grande enfoque na organização institucional e funcionamento das unidades organizacionais (arts. 2º ao 45). Tem mérito a iniciativa organizacional lançada na referida resolução, pela qual se busca traçar os macroprocessos desenvolvidos pela Agência, nas seguintes categorias: Regulamentação, Certificação e Outorga, Fiscalização, Relações Institucionais e Gestão Interna. Isso porque aponta para a materialização futura dos processos administrativos tratados no seio desta instituição. Não obstante, é questionável a utilidade desta taxonomia, visto que não há um balizamento aparente de seu conteúdo material ou processual ainda.

A regra material que se entende representativa, neste contexto (e seguindo o viés já exposto para as outras Agências de Transportes), é a Resolução ANAC nº 400/2016, que trata das condições gerais de transporte aéreo. Seu fundamento de validade reside no art. 8º, XXXV da Lei nº 11.182/2005. Posta como um Estatuto voltado a pautar as relações de consumo entre o transportador e o usuário-consumidor dos serviços de transporte aéreo, diferentemente das outras normas, na referenciada empenhou-se para alocar o rol de direitos no curso do processo de transporte. Neste caminho, inova a ordem jurídica ao prescrever uma gama de direitos ao consumidor do transporte aéreo, fornecendo ferramentas para a sua defesa em juízo. Outrossim, a norma trafega entre a *softlaw* e a regulação de comando e controle, ao prescrever penalidades pecuniárias para alguns casos, mas amplamente incentivar o acordo entre prestador de serviços de transporte aéreo e o consumidor. No estudo de caso essa norma será mais aprofundada, com vistas aos elementos de responsabilidade que carrega.

Sobre a regra processual, cabe focar a Resolução ANAC nº 472/2018, que “estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC”. Esta é a norma que pauta o processo administrativo punitivo no âmbito desta Agência, para as relações não pautadas em contratos de concessão. Neste curso, após breves dispositivos sobre apuração de fiscalização (arts. 3º e 4º), passa a tratar de providências administrativas (art. 5º ao 9º), para depois ocupar-se do Processo Administrativo

Sancionador em si (arts. 10 ao 52). Dentro deste escopo, previram-se as etapas preliminares, com Instauração, Autuação e Comunicação (arts. 10 a 24), a Defesa (arts. 25 a 29), a Decisão de Primeira Instância e Sanções, com dosimetria (arts. 30 a 37), o Recurso à Segunda Instância e à Diretoria (arts. 38 a 48) e o Trânsito em julgado e a Revisão do Processo (arts. 50 a 52). Ainda há relevantes artigos sobre providências cautelares (arts. 57 a 75). Verifica-se que esta norma tem também aspectos responsivos, ao trabalhar com um escalonamento de ações da Agência, levantamento de evidências pela fiscalização e punições mais duras após determinado percurso punitivo, constituindo iniciativa muito louvável sob a perspectiva da governança regulatória.

Ressalte-se que, por sua vez, a Resolução ANAC nº 599/2020, estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações exclusivamente praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às cláusulas contidas nos contratos de concessão e seus anexos, nos seus respectivos editais e seus anexos, segue dinâmica muito similar. Por conseguinte, representa norma processual muito moderna a apta a garantir um processo administrativo condizente com os ditames da Lei nº 9.874/1999 e com características responsivas. Vale menção a um de seus artigos para ilustrar essa característica:

Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Resolução, 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.

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

O dispositivo demonstra o direcionamento que a Agência dá para medidas alternativas mitigadoras e conciliadoras nas atividades regulatórias, inclusive apontando seu intuito no uso de instrumentos de autorregulação, voluntarismo, educação e transparência. Esse aceno institucional consubstancia um importante passo no caminho da regulação responsiva.

No mesmo sentido do concluído para a ANTT e ANTAQ, também a ANAC, pela amostra escolhida, segue um bom paradigma de estruturação de seus processos normativos.

### 3.4. Conclusões Parciais

Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro dos transportes foi objeto de análise sob a perspectiva de duas teorias administrativistas, voltadas ao reconhecimento de um subsistema jurídico-constitucional e à verificação da suficiência de suas leis e acatamento dos

regulamentos. Utilizou-se de método exemplificativo e não exaustivo, baseado nas normas mais representativas do setor.

Apurou-se em primeiro momento que a CRFB destaca importantes pilares, que permitem visualizar um delineamento e uma autonomia do Direito dos Transportes, enquanto matéria a ser disciplinada no campo legal e regulamentar. Com padrões muito seguros, se permite afirmar que o transporte compõe uma garantia social, estabelecida sobre a livre iniciativa e responsabilidade civil e pautada pelas regras internacionais e responsabilidade social. Isso torna dota serviço de transporte de uma missão transformadora da sociedade, que não pode ser esquecida pelos legisladores infraconstitucionais.

No âmbito legal, apurou-se que a regulamentação da ANTT e ANTAQ foi dotada de leis completas, quanto aos requisitos materiais e processuais. De seu lado, a ANAC conta com direito material mais antigo e concebido em momento diverso do atual, em que o transporte aéreo era matéria de defesa nacional e não voltado à ampliação do comércio ou normas pouco direcionadas à atual pujança do setor aéreo. Contudo, os esforços de atualização dessas normas vêm sendo notados, destacando-se o Programa Voo Simples como grande marco dessa virada no marco regulatório.

Afinal, no caso dos regulamentos analisados de forma exemplificativa também, apreendeu-se que as Agências buscaram regulamentar no limite da lei. Não obstante, fica evidente o trabalho da Administração Pública de preencher as lacunas deixadas pelo marco legal, garantindo os parâmetros substantivos, organização institucional e critérios adjetivos necessários para assegurar aos administrados um processo administrativo que prestigie os preceitos da democracia e garantias fundamentais que a ordem jurídica requer. Em certa medida, também se vislumbrou algumas iniciativas das Agências no caminho da responsividade na regulação e na fiscalização.

## 4 TRANSPORTES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CRFB foi cuidadosamente esculpida no sentido de dispor de forma rica e abundante acerca dos direitos fundamentais, principalmente consolidados em seu art. 5º. Em 78 incisos misturam-se direitos e garantias constitucionais<sup>64</sup>, assegurados para a fruição dos cidadãos e considerado como mínimo inalienável da condição humana no Brasil.

Curioso perceber que este seletorol, por vezes, não se faz alcançar livremente, sem o apoio de outras ações do Estado. *Writs* como a livre manifestação de pensamento, exercício de crença ou culto e a livre locomoção dependem intrinsecamente de serviços públicos que os viabilizam, *e.g.*, acesso à energia elétrica, telecomunicações e transportes.

Conquanto a doutrina jurídica seja perspicaz em produzir diferentes definições de serviço público<sup>65</sup>, como se verá a seguir, os autores, em sua maioria, reconhecem como elemento essencial o atendimento a necessidades da coletividade, até por decorrência da doutrina francesa<sup>66</sup>. Consubstancia *conditio sine qua non* do estabelecimento de um serviço público a utilidade deste para uma sociedade específica, em determinado tempo e lugar, sendo cabível, em decorrência disso, reconhecer que a dificuldade da definição de serviço público, em grande parte, decorre deste caráter atemporal<sup>67</sup>.

Interessante cotejar, neste sentido, a definição trazida por Justen Filho (2012, p. 683), pelo qual expõe o serviço público como atividade administrativa direcionada à *satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais*, sendo estas inexoravelmente atreladas a direito fundamental. Não obstante, o autor defende ainda que este direito fundamental, para ser objeto de serviço público, deve ser direcionado a pessoas indeterminadas e ser insuscetível de *satisfação adequada mediante mecanismos de livre*

---

<sup>64</sup> Vale distinguir que direitos fundamentais representam a materialidade jurídica do conteúdo de proteção constitucionalmente devido ao cidadão, enquanto as garantias representam o meio de defesa que se coloca diante do direito (BONAVIDES, 2010, p. 526). Como lembrava Ferreira Filho (1996, p. 136), já em 1996, não tem Constituição uma sociedade que não tem a garantia de seus direitos.

<sup>65</sup> Montaner e Benitz (2009, p. 239), Meirelles (2003, p. 306), Gaspari (2012, p. 200), Carvalho Filho (2017, p. 337), entre outros.

<sup>66</sup> Conforme Ortiz (2003, p. 529-30).

<sup>67</sup> Com isso, se quer indicar que o conceito de serviço público deve variar durante o tempo e nos diversos lugares. Se *e.g.* no Século XVIII o acendedor dos lampiões públicos era figura essencial para garantir a vida social nos centros urbanos da época, atualmente o provedor de internet assegura a produção tanto de trabalhos acadêmicos como de produções técnicas e científicas, das mais diversas sortes. Por isso, sem deixar de reconhecer a importância dos elementos que compunham a definição clássica dos serviços públicos (subjetivo, material e formal), filiamo-nos ao pensamento de que na atualidade a fixação de tais atividades dependem da escolha política do Poder Público, exposta na ordem Constitucional e legal, consoante Grotti (2000, p. 42-45).



*iniciativa privada*. Sob outra perspectiva, Finger (2003, p. 61), em estudo pioneiro enfatizou a profunda ligação entre os serviços públicos e os direitos fundamentais, ora compreendidos, assim como em Carvalho Netto e Scotti (2019) como uma conquista histórica da humanidade. Por sua vez, Mazzucato (2014), fechando este ciclo de raciocínio, enquanto voz de uma tendência mundial, traz a importância do papel ativo do Estado empreendedor, na manutenção de programas sociais, em grande parte concretizados por serviços públicos, para a criação e expansão de novos mercados, com relevância significativa nas áreas de inovação.

Estas abordagens tornam-se extremamente úteis para se explorar a dimensão social do serviço público e a materialização da dignidade da pessoa humana viabilizada pela prestação e ainda mais quando se coloca enfoque pragmático sobre uma atividade específica, que ora será o caso dos transportes. Dito de outra forma, é testar a hipótese de que o serviço público de transportes deve ser visto não só como um direito fundamental, mas como meio para o exercício da cidadania, por dar acesso à manifestação de pensamento, ao pleno emprego, ao lazer, à saúde, entre outros elencados nos incisos dos arts. 5º, 6º e 7º da CRFB.

Com isso, pretende-se nesta parte da pesquisa, inicialmente, firmar os conceitos de serviços públicos e seu direcionamento para o atendimento de direitos fundamentais, enquadrando os transportes neste cenário, com reflexos na sua política pública setorial. Isso ressalta a responsabilidade dos formuladores da política e dos reguladores com o arcabouço setorial, visto que o serviço de transporte também é utilizado para materializar direitos fundamentais, como se verá a seguir.

#### **4.1 Serviços Públicos na consecução de Direitos Fundamentais**

Diversos são os autores, nacionais e estrangeiros, que se propuseram a conceituar os serviços públicos, consoante já exposto. Como mencionado acima, o senso de “necessidades sociais” é a linha condutora que une essas diversas conceituações jurídicas, como acima mencionado. Ora não se pretende trazer um novo conceito para o serviço público, missão essa que exauriria o presente trabalho, sem muita chance de êxito. Espera-se, de outra sorte, aproximar a *mens legis* da escolha política do serviço público à consecução de direitos fundamentais. Isso permitirá a fagulha inicial para o desenrolar da questão proposta.

Retomando o arrazoado de Finger (2003, p. 63), é interessante notar que a autora traça a evolução dos direitos fundamentais, que se dá em conexão com o Constitucionalismo, a partir da Revolução Francesa, sobretudo em face da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Traçando um paralelo entre a consolidação dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, acompanha o desenvolvimento do Estado, que começa reconhecendo os direitos de defesa (obrigação de abstenção em relação à vida, liberdade, propriedade e segurança), passando na sequência aos direitos a prestações sociais estatais (passando das liberdades formais para as concretas, materializados nos serviços públicos).

Consoante expõe a referida autora, para a terceira geração restaram os direitos de coletivos ou difusos, de grupos sociais humanos (como os direitos a um meio ambiente limpo, consumo em condições leais e desenvolvimento social). Neste sentido, a própria gênese dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações estiveram, *ab ovo*, enganchados com o propósito dos serviços públicos, inclusive com o conceito de *publicatio* destas prestações (suposta obrigatoriedade do regime de direito público), que atualmente se debate<sup>68</sup>.

Ora cabe uma breve ponderação sobre a CRFB de 1988, no que se refere à alocação dos direitos fundamentais no curso de seu texto, que advém, essencialmente, de uma oposição em relação a arbitrariedades, humilhação e opressão (HABERMAS, 2011, p. 11), portanto reação ao Golpe Militar de 1º de abril de 1964. Aparentemente, os deveres de neutralidade do Estado estão alocados no art. 5º da CRFB (direitos de defesa), relativos principalmente aos direitos e garantias fundamentais de primeira geração, enquanto os deveres de realizar prestação de serviços e manter arcabouço mínimo de direitos aos trabalhadores (direitos sociais e até coletivos) estariam dispostos nos arts. 6º e 7º da Magna Carta (ações positivas da Administração Pública).

Não obstante, este tipo de conclusão configura-se apressada e pouco pautada em interpretação teleológica. De fatos, os direitos de primeira, segunda, terceira e outras gerações (aos autores que os admitem<sup>69</sup>) estão espalhados pelo Documento Magno, considerados os meios necessários à sua realização. Como antes mencionado, em termos palpáveis, *e.g.* inexistente direito à propriedade ou propriedade intelectual, sem a organização de registros públicos ou o direito de resposta e livre expressão, sem a manutenção dos meios de comunicação nacionais eficientes (telefonia, correios, internet etc.).

Ora se defende que políticas públicas e regulatórias de transportes, além de representarem direitos sociais, ainda materializam direitos fundamentais, como livre locomoção e pleno emprego, integrando em certa medida, parcela destes. Neste sentido, o §1º do art. 5º não indicaria que somente *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm*

---

<sup>68</sup> GRAU, 2008, p. 262 e GRAU, 2010, p. 117.

<sup>69</sup> Conforme Bonavides (2010, p. 570-72) os direitos fundamentais de quarta geração referem-se aos resultantes da globalização, quais sejam, a democracia, o pluralismo e a informação.

*aplicação imediata*, mas sim que cabe ao Estado viabilizar meios para que este arcabouço esteja à disposição dos cidadãos, o que majoritariamente se pode fazer pela implementação de serviços públicos.

Por isso, útil compreender no texto de Finger (2003, p. 69-73) a digressão da autora em torno da natureza cogente dos direitos fundamentais sociais. Ao tempo do artigo, a doutrina constitucionalista divergia acerca das prerrogativas do Poder Judiciário em determinar o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, visto que isso representaria uma intromissão no exercício de competência do Poder Executivo (nas mais diferentes esferas). Atualmente, a Doutrina continua reticente neste ponto, mas a Jurisprudência já se inclina para reconhecer a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, sobretudo em situações excepcionais ou para o cumprimento de deveres constitucionais, sem que isso signifique afronta à reserva do possível<sup>70</sup>.

Não obstante, em argumentação acertada (FINGER, 2003, p. 73), já para a época, expôs a referida autora acerca da legitimidade para trilhar este caminho, apoiada na doutrina de Luiz Roberto Barroso (2012), com ecos de Habermas e Alexy, apontando: o ideal de justiça que reveste as normas, reserva esta voltada mesmo a resolver os casos difíceis (teoria das normas); a imposição de uma razão prática, que confere credibilidade ao discurso jurídico (teoria da decisão); e valorização da formação de um espaço público de debate sobre as normas (teoria democrática). Essas ponderações levam a compreender a imperatividade do serviço público no bojo dos direitos fundamentais, ao ponto de autorizar-se uma intervenção do Poder Judiciário, sempre que o Executivo se encontrar em mora com esses direitos sociais.

De outra sorte, também apoia este entendimento o aspecto objetivo-institucional, que impõe ao Estado o dever de materializar os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2010, p. 612-13). Conforme alerta Bonavides (2010, p. 616), “quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza direitos fundamentais (...) governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural (...)”. Com isso, os serviços públicos, nessa missão de garantir direitos fundamentais, reafirma o próprio constitucionalismo.

É justamente esta densidade jurídica que carrega o dever de prestar os serviços públicos que leva à discussão de seu crescente esvaziamento, no Brasil e no mundo, em decorrência da adoção de princípios neoliberais, que impõe a redução do tamanho do Estado, em todos os sentidos (FINGER, 2003, p. 77). Pelo imperativo constitucional, esse novo viés impõe ao Poder

---

<sup>70</sup> Neste sentido: STF, AI 708.667-AgR, 1ª. T, Rel. Min. Dias Tofolli, julgado em 28/02/2012; STJ, REsp 1804607/MS, T2, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11/10/2019 e REsp 1.367.549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª. T, DJe 8/9/2014.

Público, que se faça substituir nessas funções pela iniciativa privada, que prestará os serviços públicos de maneira mais módica e eficiente, atendendo aos primados da Magna Carta.

Vislumbrando este painel sob outra perspectiva, qual seja a estruturação da atuação Administrativa, Ortiz (2003, p. 287-98) leciona, conforme classificação tradicional, acerca da expansão histórica dos fins do Estado, destacando cinco etapas: Estado Policial, Estado dos Serviços Públicos Contratados, Atividade de Serviço Público prestada diretamente pelo Estado, Atividade Estatal de Produção de Bens e Estado Organizador da vida social. Diversamente da explicação da gênese dos serviços públicos pelo viés dos direitos humanos, nessa perspectiva se aborda a formação do Estado Contemporâneo, sob a lente da intervenção pública na economia.

Assim, conforme a abalizada doutrina do Professor Gaspar Ariño Ortiz (2003, p. 288), em primeiro momento, alocado até a metade do Século XIX, além das atividades típicas já desempenhadas pelos Estados organizados (Fazenda Pública, Defesa Nacional, Tribunais, entre outros), o Poder Público assume as funções de polícia administrativa e fomento. Neste mister, que corresponde à chegada dos direitos fundamentais de primeira geração, cumpre ao Estado garantir os direitos do homem, sua liberdade, propriedade, entre outros de “defesa”.

Era garantir a ordem pública com a compatibilidade das liberdades, empenhando-se o Estado, para tanto, em estabelecer marcos gerais da configuração da ordem econômica e social, arcabouço que posteriormente seria preenchido de utilidades concretas para os cidadãos pelas empresas privadas. Florescem as Administrações Municipais, em sua relação com as corporações de ofícios e na organização da utilização dos espaços públicos.

Rememorando os fatos históricos, é neste período que a Família Real aporta no Brasil, quando o Rei Dom João VI faz editar o Decreto de 28 de janeiro de 1808 de abertura dos Portos, para comércio com as nações amigas, assegurando a liberdade comercial. Com o estabelecimento da Corte Real no Rio de Janeiro, a Municipalidade começa a assumir a organização das feiras públicas e das entidades de comércio que passam a se instalar na nova capital. Esse ato também representa o primeiro grande empreendimento de transportes do Brasil.

O segundo momento, Ortiz (2003, p. 289) enfoca o Estado contratante de empresas para prestar serviços públicos, fenômenos que teria preponderado na segunda metade do Século XIX. Conforme ilustra o reverenciado autor, a primeira forma de prestação de serviços adveio de empresas pioneiras em tecnologia, pujante à época com o surgimento dos serviços de transporte ferroviário, eletricidade, gás, telégrafos e telefones. Desta forma, não era mais suficiente a atividade de polícia administrativa e manutenção da ordem pública, fazendo-se

necessárias, além da contratação e regulamentação das atividades, o planejamento e a gestão das novas formas da prestação dos serviços aos cidadãos.

Como enfatiza o Professor Espanhol, "*la importancia y la complejidad de estas nuevas actividades exigia una positiva intervención estatal, asumir de alguna manera la dirección de las mismas, para planificar, para hacer las cosas coherentemente*". Contudo, era forte a reação contra uma intervenção direta do Estado, cujo papel deveria ser exclusivamente de condutor jurídico e não econômico da sociedade, motivo pelo qual as designadas concessões administrativas vêm a representar o arranjo ideal para viabilizar os serviços públicos. Neste modelo, o Poder Público detinha a titularidade da atividade (*dominus* do serviço público), mas quem executava a prestação eram os agentes contratados (concessionário), uma vez que esses serviços surgidos não compunham as finalidades clássicas do Estado.

As primeiras outorgas de serviços públicos de transporte no Brasil remontam exatamente a esse período, com as concessões de ferrovias, conforme marco legislativo disposto pela Lei nº 641, de 26.07.1852, que garantia prazos de 90 anos de exploração (GEIPOT, 2001, p. 42). Os serviços ferroviários concedidos ao empresário Irineu Evangelista de Sousa, também conhecido como Barão de Mauá, viabilizaram a começo desta operação, em abril de 1854.

A terceira etapa descrita por Ortiz (2003, p. 291) remete às atividades diretamente prestadas pelo Estado, que começaram a surgir principalmente após a Primeira Guerra Mundial. O fenômeno se dá diante de uma nova configuração do Estado, em que a prestação de serviços indiretos havia sofrido diversas intempéries, como concessionários quebrando, concessões inviáveis, caducidades, e de outro lado, novas necessidades da população surgindo a cada dia. A revolução industrial, bem consolidada na Europa e Estados Unidos, espalhava-se pelo mundo, com seus efeitos colaterais, gerando a necessidade de amparo aos trabalhadores. E com as carências geradas pela Guerra, criou-se um clima bastante propício para a intervenção estatal direta.

Essa virada nos caminhos do Poder Público veio a reescrever o papel do Estado, pois deixa de contratar, para diretamente construir redes de esgoto e saneamento público (necessários para os aglomerados de trabalhadores que vinham para as fábricas), prestar direitos trabalhistas e de assistência social, prover o transporte, energia, telecomunicações, entre outros. Um exemplo interessante foi a encampação em 1892 da Companhia Cantareira de Águas e Esgotos, pela Repartição de Águas e Esgotos (RAE), uma Divisão do Estado de São Paulo mobilizada para reverter o quadro de precariedade do abastecimento, que a cidade vivia à época (SILVA, 2014, p. 8).

A quarta etapa narrada por Ortiz (2003, p. 292), demonstra que o Estado não se ateu à prestação de serviços, dos quais era titular, mas avançou para a produção de bens, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Em parte, o movimento se explica pela imprescindibilidade da substituição das importações e consolidação de uma indústria de base. De outra sorte, nesta função, o Estado passa a exercer função fundamental no equilíbrio econômico da sociedade, pois, conforme sua conveniência e oportunidade, passa a disponibilizar bens ou deixa de produzi-los (o que se denomina por gestão econômica do Estado). Nesta incumbência, o Poder Público se desvencilha dos motivos que o levaram a prestar os serviços públicos e passa a assumir o encargo de principal fornecedor de bens aos cidadãos.

O Brasil viveu intensamente esta etapa, seja com a criação da indústria de base (Vale, CSN, Usiminas), seja com a multiplicidade de estatais geradas para compor produção industrial e prestação de serviços, como Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), Empresa de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), Empresa de Portos do Brasil (Portobrás)<sup>71</sup>. Depreende-se da história brasileira que o projeto das empresas públicas adveio de uma propensão do Estado de prestar serviços públicos de forma mais expedita, não dependendo de procedimentos licitatórios para cumprir suas funções finalísticas (ALMEIDA, 2014). Não obstante, a sanha empresarial do Poder Público se mostrou exacerbada, impondo a medida da desestatização, conforme Lei nº 8.031/1990, posteriormente alterada pela Lei nº 9.491/1997.

Afinal, a quinta etapa se refere ao Estado regulador da vida social (ORTIZ, 2003, p. 293), identificada a partir dos anos 1960 e 1970, em que reduz as atividades de prestador e produtor de bens e passa a se dedicar à normas administrativas e seu cumprimento. Desta maneira, o Estado não age como interessado direto nos resultados econômicos (buscando o sucesso de suas empresas ou o monopólio), mas sim trabalha para os estabelecimentos dos mercados competitivos ou a garantia de regras de equilíbrio nos monopólios naturais. É o Estado orientando os setores privados, através de sua política econômica e supostamente conforme as balizas de desenvolvimento que finca. Outra atribuição recorrentemente assumida pelo Estado é o arbitramento de controvérsias entre administrados, prestadores de serviços ou prestadores e usuários.

---

<sup>71</sup> Cumpre apontar que nem todas as empresas criadas pelas diversas esferas do Poder Público Brasileiro para entregar serviços e bens à população podem ser tidas como prestadoras de serviços públicos. Isso porque o Estado, por vezes, vai muito além das atribuições Constitucionais que reputamos indicar serviços públicos, como se verá a seguir. Atualmente, pode se afirmar que decorrem do disposto nos arts. 5º e 6º, que encontram as competências espelhadas no art. 21, X, XI e XII, 25, §2º e 30, V, todos da CRFB, ao passo que essa correspondência revela a manifestação do legislador constitucional acerca das obrigações do Poder Público com seus administrados. As Constituições Estaduais e Leis Orgânicas também devem ser consideradas neste contexto.

Este comportamento chega ao Governo Brasileiro quase em meados de 1990, quando se inicia a política de redução da designada “máquina estatal”, passando pelo primeiro ciclo de privatizações de ativos e seguindo com as concessões de serviços. Até hoje ainda vige esta tendência, como se pode ver no Decreto nº 9.972/2019, que qualifica projetos para o Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) e inclui diversos ativos no Plano Nacional de Desestatização (PND), ocorrendo nestes trinta anos um aprofundamento nas técnicas de regulação estatal, bem como nos instrumentos contratuais de outorgas de serviços públicos (MACHADO, 2015, p. 105-06).

Destarte, há de se depreender destas etapas as cinco tradicionais modalidades de atuação do Poder Público na economia, quais sejam: poder de polícia; fomento, por políticas de treinamento ou prestação de serviço público (seja pela Administração Direta ou Indireta); gestão econômica, com a produção de bens e serviços; planejamento e programação do setor de indústria e serviços; e arbitramento (ORTIZ, 2003, p. 294-98).

Para fechar este ciclo de análise, impinge perceber que ao acompanhar a escalada dos direitos fundamentais, o Estado se tornou cada vez mais complexo para atender exatamente os cidadãos, que ao fim e ao cabo consubstancia seu objetivo fundamental. Por isso volta a se repisar nessa tecla de que o Poder Público se estrutura justamente para atender, sobretudo, ao disposto nos artigos 5º a 7º da CRFB. A própria intervenção na econômica revela esta necessidade de aproximação do cidadão-eleitor-contribuinte.

É neste panorama que se consegue analisar a definição de serviço público dada por Justen Filho (2012, p. 683), em que surgem tantos elementos com o direcionamento dos direitos fundamentais, como a preocupação da intervenção do Estado na economia, que quando mal dosada pode trazer efeitos sociais nefastos. Com isso, permitir-se-á consolidar este marco teórico, para avançar sobre o caso do serviço público de transportes urbanos.

## 4.2 Definição de serviço público direcionado para os direitos fundamentais

Justen Filho (2012, p. 683), em seu Curso de Direito Administrativo, cunha a seguinte definição de serviços públicos:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e transindividuais, materiais ou imateriais, **vinculadas diretamente a um direito fundamental**, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa, destinada a pessoas indeterminadas, qualificadas legislativamente e executada sob regime de direito público. **(grifo nosso)**

O conceito elencado é especialmente útil porque permite, mediante uma concordância parcial, esclarecer a definição que se vislumbra de serviço público e o alcance que merece o tema no moderno direito administrativo e constitucional.

Pois bem, concorda-se com Justen Filho quando esclarece que o serviço público somente pode ser traduzido em uma atividade (designada obrigação de fazer, com eventuais entregas materiais), voltada a suprir necessidades de uma coletividade. Segue-se na mesma linha chancelando a ideia de satisfação individual e transindividual divisíveis e indivisíveis, pois de fato não se pode reduzir esta noção às prestações individualmente gozados. É o caso do transporte público, que traz benefícios pessoais, que atende a direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Por exemplo, cada usuário tem o seu proveito ao utilizar o transporte público para se deslocar ao trabalho, ao momento de lazer, local de estudo, entre outros. Por sua vez, a sociedade é coletivamente contemplada com um transporte público de qualidade, uma vez que é garantido o deslocamento das massas para a indústria, pontos de serviços e comércio e aos equipamentos públicos (como parques). A mesma lógica pode ser extrapolada para todas as modalidades de transportes de passageiros e cargas e o fornecimento de infraestruturas de transportes. Afinal, quando o sistema de transporte garante a mobilidade, verifica-se o proveito difuso do serviço público. Note-se que estas diferentes perspectivas do mesmo serviço público ilustram seus impactos sistêmicos na realizam dos direitos fundamentais. Ainda que se considere o serviço de transporte público um direito social, não se pode negar que o acesso à mobilidade urbana é direito fundamental.

Há nesta caracterização, como alerta o próprio Justen Filho (2012, p. 684) um atrelamento indevido do serviço público à figura da taxa (art. 145, §2º da CRFB e arts. 77 e 78). Mas, quando se observa com cuidado, jamais o legislador Constitucional ou Complementar teria feito esta redução, mas sim, indicado que exclusivamente os serviços públicos, específicos e divisíveis (portanto individualmente fruídos), estariam sujeitos ao tributo, os demais, não. Decorre que pela impossibilidade de mensuração identificada do benefício estatal, toda a sociedade virá a contribuir para o estabelecimento daquele serviço, com o pagamento de impostos e contribuições.

A imagem de vinculação do serviço ao direito fundamental compõe o principal ponto de identidade havido com a definição proposta por Justen Filho, assim como exposto em Finger (2003). Concorde-se, *in totum*, com a manifestação do autor no sentido de que o serviço público não seja a única forma de satisfação dos direitos fundamentais. Entretanto, estes direcionam plenamente a atividade pública, que na maior parte das vezes se traduz em serviços públicos.



Portanto, uma vez designada que “obrigação de fazer” do Poder Público resta integralmente atrelada a corporificar direitos fundamentais, incluindo-se neste rol as atividades-meio, que acabam por se incorporar ao produto-final entregue ao cidadão. É crível, com isso, que, ao reverso, não há serviço público desassociado, ainda que indiretamente, de direito fundamental, sob pena de caracterizar desvio de finalidade, sujeito ao crivo do Poder Judiciário<sup>72</sup>. Advoga-se, diferentemente de Justen Filho (2012, p. 684), que este é requisito suficiente a caracterizar o serviço público.

Em razão deste último ponto levantado, discorda-se quando Justen Filho (2012, p. 685-6) atribui que os serviços públicos são *insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada*. O autor traz este argumento para indicar que nem todos os serviços que realizam direitos fundamentais poderiam ser considerados públicos, mas somente aqueles suficientemente satisfeitos pela Administração Pública.

*Data máxima vênia*, conquanto se concorde com o raciocínio que afunila o conceito de serviço público, prefere-se ter por critério de restrição o texto da CRFB. Uma combinação entre o disposto nos artigos 5º e 6º, com as competências exclusivas dispostas nos arts. 21, X, XI e XII, 25, §2º e 30, V, VI e VII, todos da CRFB demonstra o caminho mais estreito e seguro para cravar os serviços públicos que atendem, direta ou indiretamente, direitos fundamentais. Desta forma se pode captar as situações em que o legislador constitucional direcionou positivamente ao Estado<sup>73</sup>.

Em adição a isso, as Constituições Estaduais (CEs) e Leis Orgânicas (LOs) devem ser consideradas como fontes formais para o estabelecimento de serviços públicos. São justamente estes Instrumentos Legislativos de nível superior regional que elegem, dentre as modalidades estabelecidas na CRFB e considerando as necessidades locais ao tempo de sua confecção, quais devem ser alocadas sob a tutela de prestação estatal. Geralmente, as ações relacionadas a educação, saúde e transporte local são relacionadas para constarem no rol de serviços públicos pelas CEs e LOs., em consonância com os arts. 23, II e V, 24, IX e XII, 25, §1º, 30, V, VI e VII, 196 a 200 e 205 a 214, todos da CRFB. Essa fórmula permite, essencialmente, que futuros estudos mais aprofundados no tema que sigam o critério possam fazer uma lista exaustiva dos serviços públicos existentes em determinada unidade da federação. Essa qualificação legislativa, de ordem superior, se faz primordial.

---

<sup>72</sup> Vide STJ, AgInt no REsp 1.174.729/MG, Rel Min. Francisco Falcão, DJe 13/12/2019 e REsp 422674/DF, Rel Min. Castro Meira, DJe 01/04/2008

<sup>73</sup> Propositamente não se inclui o monopólio da União que acarreta serviços relacionados à exploração do petróleo e dos minérios nucleares, no caso do art. 177 da CRFB, por se crer que o tipo de interesse público que rege esta relação é o do Estado, em termos estratégicos.

Por essa mesma justificativa, acompanha-se o entendimento subsequente do renomado autor, de que serviços públicos só seriam aqueles direcionados a pessoas indeterminadas, não obstante alguns deles promovam gozo individual da prestação. Pelo critério acima elencado, muitos dos serviços eleitos como públicos dependem de estrutura de rede para seu funcionamento, garantindo o bem-estar da coletividade de maneira indistinta, mas com proveito pessoal diretamente sentido. É o impacto que permite ao cidadão o usufruto de seus direitos fundamentais individuais, mas também uma melhoria para a coletividade e para o ordenamento social.

Outro ponto de discordância com Justen Filho (2012, p. 686), para consolidar o presente significado de serviço público, tem esteio na afirmação acerca da obrigatoriedade do regime de execução pública e natureza institucional dos referidos serviços. De fato, essa assertiva tem pouca funcionalidade no presente contexto, em que o arcabouço normativo que cerca o serviço público deve lhe prover funcionalidade e facilidade de prestação e utilização. Indicar a obrigatoriedade de um regime nem se coaduna com a liberdade outorgada pelo art. 175 da CRFB para o legislador ordinário.

Ainda que tenha se formado um dogma de ser imperativo o regime público e a institucionalização do serviço público, avalia-se que tal fator tem maior relação com a construção do direito positivo (GROTTI, 2000, p. 45), não só para o seu estabelecimento, como para o seu funcionamento. Ressalte-se, o devido suporte legal para funcionamento dos serviços públicos não está associado às leis regulamentadoras, mas principalmente por regulamentos autorizados, preceitos de direito material, orgânico e processual, pelo qual o legislador infralegal vem a inovar o arcabouço jurídico nos conformes da lei (SUNDFELD, 2014, p. 278-9). Somente assim se pode erigir marco regulatório robusto para a segurança jurídica das relações comerciais que envolvam serviços públicos.

Portanto, a partir de Finger (2003), Ortiz (2003) e Justen Filho (2012, p. 683-85.) pode se construir um conceito de serviço público como evolução dos direitos fundamentais e da atividade do Estado, voltada a atender necessidades de primeira ordem a pessoas indeterminadas, conforme ordenamento jurídico que lhe dá os contornos do regime de prestação e natureza.

Ademais, vale trazer um importante conceito de Mazzucato (2014), acerca do papel do Estado Empreendedor, na sua missão de viabilizar novas tecnologias, também para os serviços públicos, sempre que não for inicialmente atrativo à iniciativa privada.

### 4.3 Papel do Estado no desenvolvimento e na inovação nos serviços públicos

O serviço público, eleito pelo legislador constitucional federal, estadual e da lei orgânica, conforme preceitos da CRFB, representa, como mencionado, requisito de exigência primitiva da sociedade. Sua configuração normativa para prestação pelo Estado ou particular não pode deixar de lado a medida da qualidade e atualidade que este elemento urgente para a sociedade requer (MAZZUCATO, 2014, p. 29).

É bom recordar que a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o “regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal”. A lei traz como regras para os serviços públicos os requisitos de “regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, §1º), sendo certo que a qualidade é ingrediente sempre presente quando se dispõe sobre a transferência da prestação para a iniciativa privada (arts. 23, III, 29, VII e X, 38, §1º, I).

Este comando legal, de ordem nacional, portanto aplicável aos demais entes da federação, quais sejam, os estados e municípios, exige um papel ativo do Poder Público, que deve estar mais que vigilante em relação à qualificação mínima do serviço público a ser prestado, diretamente ou por terceiros. Sobretudo em relação à atualidade deste serviço, acima sublinhada, o Estado deve exercer papel fundamental.

Não é suficiente supor que, neste curso da transferência dos serviços públicos para a iniciativa privada, só caiba à Administração Pública o dever de monitorar e agir nas falhas de mercado. É de sua inteira responsabilidade e atribuição legal apoiar essa prestação, garantindo a dinamicidade do setor, com a inovação tecnológica (MAZZUCATO, 2014, p. 37).

Por esta razão, completando a dimensão que se quer dar ao serviço público em apreço, independente do regime ou da natureza de sua prestação, uma vez reconhecida a sua titularidade, este será direcionado à consecução de direitos fundamentais, direta ou indiretamente usufruídos, dada a característica sistêmica em que se insere, cabendo ao Estado manter a sua atualidade e inovação. Se pela atualidade, o prestador do serviço deve estar comprometido em atender as modernas práticas de sua prestação, promovendo integração e modernidade de processos, pela inovação tecnológica, calha trazer o componente inovador, que permite saltos de qualidade na entrega. Geralmente, a inovação tecnológica leva o serviço a um novo patamar de conforto e qualidade.

Note-se que, especialmente para os transportes, mas em relação a todos os serviços públicos em geral, a inovação tecnológica não é mero luxo incluído no serviço, mas sim integra

um dever de aprimoramento intrínseco à contratação. Isso pode ser feito por investimento direto em tecnologia voluntária ou mediante imposições de obrigações contratuais, em processo de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. O usuário-consumidor é que será o grande beneficiado neste processo de atualização e inovação contínuos.

Com isso, pode-se fechar a conotação almejada que se queria dar ao serviço público e seu obrigatório enlace com os direitos fundamentais e passar à conjuntura pragmática que se quer abordar.

#### **4.4 O serviço de transportes na realização de direitos fundamentais**

Com efeito, o elemento central da presente discussão reside na identificação de um serviço público paradigma, que é o foco do presente estudo, ao qual se atribui a materialização de direito fundamental. Faz-se, assim, mister, para além da caracterização nos termos acima definidos, uma real compreensão da instituição dos transportes no ordenamento pátrio. De fato, a autonomia de uma segmentação de disciplina jurídica exige um escore constitucional como ponto de apoio, para que possa se erigir enquanto instituto próprio, digno de recorte e atenção científica, como demonstrado no capítulo passado.

A despeito deste tipo de atividade nem sempre ter a atenção merecida, é fato a dificuldade em estabelecer um método hábil para se compreender um plexo nas normas constitucionais, com sentido específico. De fato, o serviço de transporte representa uma forma de intervenção no domínio econômico específico, logo regulação econômica (SALOMÃO FILHO, 2008), cuja justificativa deve emergir do Texto Maior, como já demonstrado. Não por acaso, o vocábulo *transporte* pode ser verificado 26 vezes no texto da CRFB, em sítios diversos, revelando sua simbiose com o atual arcabouço constitucional.

Entender o serviço de transporte como direito fundamental, na verdade, constitui exercício que se insere no processo permanente de afirmação da cidadania (MENELICK e SCOTTI, 2019, p. 24). É uma abertura formal da Magna Carta Pátria, demonstrando sua aversão à inércia e constante mutabilidade no rumo de sua densificação, o que permite uma ressignificação hermenêutica de seu conteúdo, à vista da relevância do serviço público que ora se analisa.

Quanto à sua característica de direito fundamental, ressalte-se, os transportes viabilizam grande parte dos preceitos dispostos no art. 5º da CRFB. Quando se analisa com cuidado, verifica-se que a manifestação de pensamento depende, em grande parte das vezes, do serviço de transporte ao local em que será realizada esta manifestação. Sem este meio, que acaba por

integrar o fim, jamais se concretizaria o direito fundamental. O mesmo raciocínio vale para o exercício de crença ou culto religioso, livre expressão, trabalho, livre locomoção, reunião pacífica, associação, consumo direito de petição (que muitas vezes deve ser exercido *in loco*), a liberdade garantida pelo *habeas corpus* e a obtenção dos registros civis (incisos IV, VI, IX, XIII, XV, XVI, XVII, XXXII, LXXII e LXXVI).

Sob outra perspectiva, os artigos alimentícios só podem ser movimentados no território brasileiro a partir de um sistema de transportes de cargas, via terrestre, aquaviária ou aérea, que aproxima os produtores dos consumidores. A movimentação de pessoas entre cidades, para a realização de negócios e geração de riquezas, também depende desta matriz. Em ambos os casos se tem a efetivação de direitos fundamentais.

Não se pode esquecer que em 2015, a Emenda Constitucional nº 90 trouxe o serviço de transporte para o arcabouço dos direitos sociais, o que reforça a sua densificação na estrutura constitucional. É o reconhecimento de sua essencialidade crescente, mesmo em uma sociedade em que as relações virtuais ganham força a cada dia. Cite-se, ainda, o Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC), para trazer, em seu anexo, tanto nos objetivos, como nas ações estratégicas, elementos que visam assegurar a dignidade dos passageiros, sobretudo no que toca à proteção do consumidor e prestação de serviço adequado. Externa-se, no referido diploma, uma clara preocupação acerca da existência de mecanismos de proteção do consumidor, em consonância com os preceitos da CRFB.

Por isso, resta bem evidente esta íntima conexão que os transportes guardam com os direitos fundamentais. Não há acesso ao lazer e à cultura sem o transporte. Pessoas não podem trabalhar, sem acesso aos transportes urbanos. A qualidade de vida, sobretudo nos centros urbanos, perpassa por transporte eficiente, em todos os modais, que permita um meio pleno de fruição de direitos fundamentais e sociais.

Essa reflexão fica muito evidente, quando se observa que um transporte ineficiente, caótico e custoso impacta diretamente em violações a direitos da coletividade e certamente em maior dimensão nas camadas mais humildes da sociedade. Na perspectiva individual, por exemplo, reflete-se no custo de uma pessoa que precisa ficar horas no trânsito, durante anos, para poder ter acesso ao seu trabalho. Na perspectiva coletiva, vale considerar a poluição, tensão social e restrições de locomoção que o acesso precário ao transporte pode causar.

#### 4.5 Conclusões Parciais

Em resumo ao quanto dito, a vida depende do transporte, para que se frua dos direitos fundamentais, e este compõe um dos motivos pelo qual tal serviço deve ser visto entre os mais essenciais para a sociedade. Por isso que a atividade de regulação dos transportes deve sempre buscar a efetividade em seus mecanismos.

Como já mencionado acima, o transporte conecta todas as demais indústrias e suporta, inclusive, o próprio desenvolvimento nacional. Não há como imaginar um país de dimensões continentais sem um sistema de transporte de bens e pessoas suficiente. O transporte agrega aos serviços que veicula, gerando valor conforme a organização e eficiência da cadeia logística.

Peculiar, entretanto, fazer uma reflexão se somente aqueles serviços enunciados no art. 21, XII, da CRFB constituem serviços públicos que atendem direitos fundamentais, quais sejam: os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; e os portos marítimos, fluviais e lacustres. Ora cabe verificar que não são somente estes os serviços de transporte essenciais para a sociedade, como é o caso do transporte urbano e de longa distância, com finalidade de transporte de trabalhadores, e o transporte de cargas, que promove o abastecimento da maioria das cidades brasileiras com artigos de primeira necessidade.

Assim, o serviço de transporte, em qualquer de suas modalidades, é essencial para os cidadãos e é essa diretriz que deve orientar a tutela das políticas públicas e a regulação. Por esse motivo, o cuidado na composição de um arcabouço normativa, pelo qual se persiga uma regulação responsiva, em prol de um mercado mais dinâmico e pujante é dever das autoridades envolvidas nesse processo. A densificação constitucional atingida por essa matéria exige responsabilidade e real desempenho da Administração Pública.

Entendida esta íntima ligação, que torna o serviço de transporte não só um facilitador de direitos fundamentais, mas ainda parte integrante destes direitos, encerra-se a etapa teórica do presente trabalho.

Até o momento, se pode expor uma teoria de regulação responsiva, a *Smart Regulation*, na qual se discute meios de combinação para a formação de um *design* regulatório, qualificando-a como ferramenta hábil para uma reflexão crítica sobre outros setores regulados, que não aquele para a qual a teoria foi originalmente concebida. Ato contínuo, demonstrou-se a autonomia do direito dos transportes, qualificando-o como disciplina jurídica em termos didáticos, que é objeto de política pública e de regulamentação, com a possibilidade de ser

submetido à teoria de referência. Já no presente capítulo buscou-se ressaltar a densificação que os transportes detêm na CRFB, compondo os direitos fundamentais que viabiliza, portanto merecedor da atenção do Poder Público, na sua atividade de tutela dos setores econômicos.

Feito isso, reservou-se para os capítulos seguintes os exercícios de análise de determinados setores dos transportes a partir da perspectiva da *Smart Regulation*. Cuidam-se das indústrias: da infraestrutura rodoviária concedida; do transporte aéreo de passageiros, sob a perspectiva da proteção do consumidor; e da navegação aérea, enquanto subsetor que passa por reorganização do prestador de serviços. Cumpre justificar que os casos escolhidos foram objetos de significativas reformas da política pública e da regulação recentemente ou ainda estão passando por essas medidas. Ademais, são setores relevantes dentro da indústria dos transportes e da mobilidade nacional.

De outra sorte, a reflexão sobre outros setores não foi possível, por limitações de tempo para a entrega da presente tese. Neste sentido, aproveita-se a oportunidade para sugerir que futuros trabalhos acadêmicos aproveitem os parâmetros de *Smart Regulation* ou da teoria da regulação responsiva, para aplicá-los aos subsetores de ferrovias, hidrovias, aeroportos, transporte marítimo, entre outros, com vistas a analisar a qualidade desta regulação sob este viés, que considera a multiplicidade de instrumentos regulatórios e o envolvimento de agentes qualificados.

## 5 ESTUDO DE CASO 1: INFRAESTRUTURAS RODOVIÁRIAS FEDERAIS

O presente estudo de caso se direciona a analisar a regulação dos serviços da indústria de infraestrutura rodoviária federal concedida. Enquanto serviço que tem grande impacto no cenário nacional, merece ser olhado com cuidado o tratamento público que lhe foi e é dispensado, assim como observar se a regulação atual segue critérios da *Smart Regulation*.

Com efeitos, pouca atenção tem se dado para a história e importância das rodovias brasileiras no contexto da regulação nacional. A infraestrutura rodoviária sempre foi vista como uma obra pública típica, que trouxe modernidade e outras estruturas agregadas, como saneamento básico, energia elétrica e telefonia, estas geralmente relegadas à exploração privada. Sem que se ignorem as poucas iniciativas privadas e de concessões lançadas a partir da segunda metade do século XIX (PEREIRA, 2014, p. 49), foi efetivamente após o movimento rodoviário capitaneado por Washington Luís que o projeto rodoviário se deflagrou como uma intervenção pública de abrangência nacional, que viria a permear todas as políticas de infraestrutura subsequentes.

Para que se possa discutir sobre este fenômeno no âmbito das teorias de regulação responsiva, segue-se no presente capítulo para que se verifique, a partir do contexto histórico do instituto: os diferentes marcos de atuação do Poder Público para viabilizar o modal rodoviário, os atuais rumos da regulação federal e as perspectivas para o setor.

Espera-se, desta forma, demonstrar a evolução da regulação e dos atores institucionais nos mais de cento e cinquenta anos de história da organização pública federal e da gestão deste mercado.

### 5.1 Evolução Histórica

A regulação e execução de políticas públicas sobre estradas federais não é tema novo, conforme se comentou acima. Com a função de viabilizar a pecuária e o escoamento de açúcar e de Pau-brasil, os caminhos do Brasil eram objeto de diversas iniciativas regionais, cabendo inclusive menção à Calçada do Lorena (REIS, 1997, p. 21), que em 1827 inaugurava uma via entre Cubatão e Santos.

Não por acaso, pela Lei de 29 de agosto de 1828<sup>74</sup>, o então jovem Legislativo Federal promulgou as primeiras regras do Brasil para a construção de obras públicas direcionadas à

---

<sup>74</sup> Disponível em [https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/1824-1899/lei-38195-29-agosto-1828-566164-publicacaooriginal-89803-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38195-29-agosto-1828-566164-publicacaooriginal-89803-pl.html). Acesso em 15.01.2023.



navegação de rios, abertura de canais, edificações de estradas, pontes, calçadas e aquedutos. A estruturação das Províncias de então exigia o estabelecimento de parâmetros mínimos para o seu desenvolvimento. Também em decorrência disso começam a se estabelecer as Escolas Técnicas para a formação de Engenheiros Rodoviários, a partir de 1830.

Mas somente após a emancipação de Dom Pedro II, já em meados de 1840, que se estabeleceu o Ministério dos Negócios do Império, com a atribuição de pensar traçados para os novos cominhos, avaliar construções de pontes, sistemas de drenagem e proteção de encostas. Na mesma época, a Província de São Paulo constituía a Diretoria de Obras Públicas, com a missão de estabelecer o plano geral de estradas daquela região (REIS, 1997, p. 23).

Também neste período registrou-se a construção da primeira rodovia federal brasileira, a Estrada de Rodagem União Indústria, que fazia uma ligação entre Rio de Janeiro e Minas Gerais. Iniciada em 1852, consistia em uma concessão federal de 50 anos do Imperador para Mariano Procópio Ferreira Lage organizar a Companhia União Indústria, com a finalidade de construção e exploração de estradas de rodagem<sup>75</sup>. Com isso, a rodovia viria ser inaugurada por Dom Pedro II, em 1861, com 144 quilômetros de eixo principal pavimentados com macadame como base (e não pedra, como era usual nesta época), para ligar Petrópolis (RJ) a Juiz de Fora (MG). Este representou um dos principais marcos deflagradores da infraestrutura rodoviária federal (GEIPOT, 2001, p. 48), que viria a abrir caminho para outras concessões similares ocorrerem na mesma época nas Províncias do Paraná (Estrada de Graciosa), de Santa Catarina (Estrada Dona Francisca) e de Minas Gerais (Estrada Filadelfia a Santa Clara).

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, pelo Marechal Deodoro, o Estado viria novamente a se reestruturar, para que a gestão dessas atividades viesse a ter continuidade pelo Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas (GEIPOT, 2001, p. 57).

Apesar de se reconhecer o valor das ações enumeradas, as políticas públicas e os regulamentos para a gestão dos transportes rodoviários, não se vislumbrando ainda na República nascente o planejamento de uma rede nacional, sobretudo pela dimensão do território. Por isso, o efetivo salto para o rodoviarismo seria dado somente no século XX, a princípio como um efeito carona dos movimentos de urbanização.

---

<sup>75</sup> Vide Decreto nº 1.031, de 7 de agosto de 1852. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1031-7-agosto-1852-559374-norma-pe.html>. Acesso em 29.09.2022.

### 5.1.1 Estruturação inicial da Administração Pública Federal

A despeito da população brasileira ainda ser, ao tempo, eminentemente rural, a partir do final do século XIX e início do XX, os núcleos urbanos começaram a se estruturar para receber a indústria embrionária, que atraía imigrantes estrangeiros e brasileiros para as cidades (GEIPOT, 2001, p. 63). Esses grupos populares chegavam com pouca instrução em um contexto de falta de moradia, saneamento básico, limpeza pública, iluminação e tantas outras necessidades que as autoridades públicas deviam suprir à época. As preliminares políticas públicas nesta seara vieram por movimentos de outorga dos serviços públicos às empresas estrangeiras que detinham o *know how*, sobretudo com base nas experiências europeias e estadunidenses.

A despeito da hegemonia dos transportes ferroviário e marítimo neste período, merecendo inclusive menção a exitosa experiência dos bondes em São Paulo, as rodovias chegavam como uma opção de construção e operacionalização mais rápida e barata, sobretudo considerando as tecnologias do período, como a pavimentação com macadame, aplicada na Estrada do Vergueiro, inaugurada em 1913, para ligar São Paulo a Santos (GEIPOT, 2001, p. 64).

Toda essa mudança social exigiu uma nova postura da jovem República. Cabe assumir que o Governo Federal optou por se estruturar para a gestão das infraestruturas de transportes a partir da constituição do Ministério de Viação e Obras Públicas, em 1909. Por sua vez, a criação da Inspeção Federal de Estradas (IFE), pelo Decreto nº 9.076, de 3 de novembro de 1911<sup>76</sup>, com competência para a fiscalização da construção e a disposição de normas para o setor, proporcionou o estabelecimento de uma estrutura de gestão pública bastante completa, com agentes voltados a dispor as políticas públicas incidentes e outros trabalhando sobre as regras técnicas necessárias e sua supervisão. Note-se que as Inspetorias foram estabelecidas inicialmente para tratar de estradas de ferro, sendo logo adaptadas para assumirem as estradas de rodagem também.

Nesta onda, a indústria automobilística veio logo a se instalar no Brasil, trazendo em 1919 a Ford, com a linha de montagem do Ford T, também denominado Ford de bigode. Este fato, somado às políticas públicas e à estruturação do Estado para a gestão do setor, atraíram a General Motors e permitiram a constituição da fábrica de carrocerias dos Irmãos Grassi, que

---

<sup>76</sup> Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-9076-3-novembro-1911-528037-norma-pe.html>. Acesso em: 15.06.2022.

viriam a construir primeiramente as jardineiras e após os ônibus brasileiros fechados (GEIPOT, 2001, p. 66).

O entusiasmo da indústria rodoviária que se estruturava no país também era notado e se alinhava aos interesses públicos ao contagiar relevantes agentes do período. Washington Luís, carioca de nascimento, mas que teve sua trajetória política toda na província de São Paulo, primeiro na cidade de Batatais e depois na capital regional foi um dos aficionados pelo rodoviarismo que figurou no Congresso Paulista de Estradas de Rodagens, em 1917, para capitanear a viagem de parlamentares de carro de São Paulo a Santos, para verificar as condições do trajeto. Posteriormente, como Presidente da Província, eleito pelo Partido Republicano Paulista em 1920, franqueou a construção da rede rodoviária paulista (PEREIRA, 2014, p. 87). Mas vale olhar com mais cuidado os efeitos da chegada de Washington Luís à Presidência da República, como um agente indutor de políticas públicas para o rodoviarismo.

#### 5.1.2 Formação das Políticas Públicas e da Regulação

Washington Luís Pereira de Sousa foi o 13º Presidente do Brasil, tomando posse em 15 de outubro de 1926 e governando até a sua deposição em 24 de outubro de 1930, pelo Golpe de Estado liderado por Getúlio Vargas. Foi Prefeito de Batatais, Secretário de Justiça da cidade de São Paulo, Deputado Estadual, Prefeito da cidade de São Paulo, Presidente da Província e Senador por São Paulo, entre 1897 e 1926. Sua trajetória foi bastante marcada pelo fomento ao rodoviarismo, ao ponto de considerar abertamente que a atividade política de gestão da nação era dependente da construção de estradas (DEBES, 1994).

Sua chegada à Presidência da República encontra um aparato estatal estabelecido e pronto para discutir um novo marco de planejamento da integração. Os planos de integração nacional, que já eram discutidos desde o Império, para trazer propostas dos caminhos mais favoráveis para a circulação no país, passaram a ser produzidos e debatidos com vistas também à criação e articulação de polos econômicos e a garantia da segurança nacional (GEIPOT, 2001, p. 67).

Assim, em 1926 e 1927 foram registrados os Planos Catramby, Paulo de Frontin, Luiz Schnoor e o da Comissão de Estradas de Rodagens Federais (CERF), comissão de engenheiros constituída com recursos fiscais para o planejamento e construção de rodovias, pelos quais se propunham uma integração do Brasil por eixos rodoviários, que chegariam aos rincões mais distantes do país. Washington Luís fomentava fortemente tais atividades, pois assim como fez em São Paulo, viria a lançar em 1928 a modelagem da rede nacional de transportes rodoviários,

com os projetos de ligação da cidade do Rio de Janeiro à cidade de São Paulo, assim como a estrada da então Capital Federal a Petrópolis.

Mas as iniciativas de Washington Luís não eram só de cunho político, buscando ainda viabilizar instrumentos financeiros que pudessem apoiar as Províncias e os Municípios a construir as suas estradas. Vale mencionar o Decreto nº 5.141, de 5 de janeiro de 1927<sup>77</sup>, que criou o fundo especial para construção e conservação de estradas de rodagem federais, constituído por um adicional aos impostos de importação para o consumo de veículos, pneus, rodas e acessórios de automóveis e o Decreto nº 5.525, de 5 de setembro de 1928<sup>78</sup>, pelo qual autorizava a contratação de empréstimos internos, por meio de cédulas de obrigações rodoviárias, para a construção e conservação de estradas de rodagem.

A passagem de Washington Luís pela Presidência da República trouxe, neste contexto, ainda mais escora para a Administração Pública formar a massa crítica que seria essencial na década seguinte para gerar uma elite de engenheiros especializados no setor. Em decorrência disso, em meio à elaboração da Constituição Brasileira, seria publicado o Plano Nacional de Viação (PNV), pelo Decreto nº 24.497, de 29 de junho de 1934<sup>79</sup>. Com o advento do PNV, a CERF foi restabelecida (uma vez que tinha sido submetida à IFE desde o final do mandato de Washington Luís) e consubstanciou-se na base técnica que viria a dar origem ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagens (DNER), criado pela Lei nº 467, de 31 de julho de 1937<sup>80</sup>, com atribuições para estudar, organizar e rever o plano geral das estradas de rodagem, sujeita à aprovação do Poder Legislativo, e executar e fiscalizar a construção, conserva e melhoramentos da mesma sorte de estradas, entre outros.

Com isso, deu-se o restabelecimento da estrutura de Estado para dispor sobre as políticas públicas e a regulação econômica e técnica, que viria a se estabelecer de forma mais definitiva e autônoma na década de 1940. Em 20 de março de 1944, o Decreto nº 15.093<sup>81</sup> aprovou o novo PNV, elaborado por comissão presidida pelo DNER. Em seu bojo, indicava a constituição de 27 Eixos Nacionais, compostos por 6 longitudinais, 15 transversais e 6 pontos de conexão. Este decreto ainda inovou ao dispor:

---

<sup>77</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5141-5-janeiro-1927-562830-norma-pl.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>78</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5525-5-setembro-1928-562410-norma-pl.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>79</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24497-29-junho-1934-526330-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>80</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-467-31-julho-1937-555595-publicacaooriginal-74903-pl.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>81</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-15093-20-marco-1944-460172-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 15/01/2023.

Art. 2º À Comissão criada pelo Decreto nº 12.747, de 30 de junho de 1943, competirá estudar e submeter à aprovação do Governo, o projeto de regulamentação necessária à execução do Plano Rodoviário Nacional.

Art. 3º A regulamentação, a que se refere o artigo anterior, deverá estabelecer os princípios gerais da política administrativa rodoviária, relativamente ao financiamento, execução e fiscalização das construções e conservação das linhas do Plano Nacional; indicar as linhas que devem ter prioridade na construção desse Plano e as condições de prioridade; instituir a classificação das estradas de rodagem e fixar as normas e especificações técnicas que devem caracterizar as estradas, segundo a classe a que se subordinem.

Com isso, avalia-se que política administrativa rodoviária passou a integrar a agenda pública do Estado Brasileiro, de forma contínua, sob a perspectiva do desenvolvimentismo e expansão infraestrutura, enquanto obra federal típica, financiada pelo Tesouro Nacional. Este alinhamento só viria a ser modificado com a introdução efetiva do pedágio nas rodovias federais, em 1969, modificando-se o meio de financiamento da política, mas mantendo-se a perspectiva de gestão pública das rodovias.

Esta verificação seria confirmada já no ano seguinte, quando o DNER foi reorganizado, criando-se o Fundo Rodoviário Nacional (FRN), com recursos do imposto único federal sobre combustíveis e lubrificantes líquidos minerais, pelo Decreto-Lei nº 8.463, de 27 de dezembro de 1945<sup>82</sup> (Lei Joppert). Segundo esta Lei, 40% do produto arrecadado seria destinado DNER para organização de suas atividades e os outros 60% seriam divididos entre Estados, Municípios e Distrito Federal.

Então, o DNER passou a funcionar como uma autarquia moderna, com autonomia administrativa e financeira e corpo funcional qualificado, permitindo-se, inclusive, sua capacitação no exterior, quase como uma precursora das Agências Reguladoras, que viriam nos anos 1990. Gerou-se então uma verdadeira ilha de excelência, que se aprofundaria nos temas de planejamento de transportes e engenharia rodoviária.

Essa profícua política pública federal de aprimoramento do corpo técnico, que já vinha se estruturando para acompanhar a indústria rodoviária, viria a gerar bons frutos nas décadas seguintes, em especial no desenvolvimento de projetos, ações de desapropriação e fiscalização da execução de obras. A priorização dos transportes por estradas de rodagens por parte do Ministério de Viação e Obras Públicas (MVOP) tornava-se uma clara escolha pública (GEIPOT, 2001, p. 78).

---

<sup>82</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del8463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del8463.htm). Acesso em 29/09/2022. As demais Leis e Decretos abaixo citados foram pesquisados junto ao sítio <http://www.planalto.gov.br>, na data de 15/01/2023.

### 5.1.3 Indústria pesada, estruturas de fomento, pesquisa e consolidação

A partir do final dos anos 1940 o Brasil seria assolado com contínuos avanços do rodoviário, principalmente alavancados pelo FRN, o que viria a ser elemento primordial para marcar a rodovia como a obra pública mais típica do Governo Federal e dos governos locais (PEREIRA, 2014, p. 69). Pode se observar que o modelo de transporte ferroviário havia perdido sua pujança na época, o que abriu espaço para que as rodovias tomassem seu protagonismo, no cenário nacional. Até os anos 1980, o setor rodoviário viria a ser fundamental para o crescimento da indústria da construção civil, que gerou a formação das grandes empreiteiras nacionais (PEREIRA, 2014, p. 92).

Isso viria a se refletir materialmente nas obras estruturantes do país. Em 1948, o Estado do Rio de Janeiro se ligaria à Bahia, dando acesso rodoviário ao Nordeste (PEREIRA, 2014, p. 84), o que até então deveria ser feito por navegação de cabotagem. Em 19 de janeiro de 1951 ocorreu a inauguração da então BR-2, Rodovia Presidente Dutra, que vinha para substituir a antiga estrada entre as capitais dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, com redução do tempo de percurso de 12 horas para 6 horas. Na época, foi entregue uma rodovia executada com técnica moderna, concluídos 339 quilômetros dos 405 totais, com 115 obras de arte especiais, entre trevos, pontes e viadutos<sup>83</sup>. Ressalte-se que, ao tempo, já se contavam com mais de 17.000 quilômetros de rodovias pavimentadas no Brasil (GEIPOT, 2001, p. 85).

Mas nesse tempo a indústria rodoviária veio a ser beneficiada pelo impulsionamento de outras unidades de produção que se instalaram no país, contribuindo com mais elementos para que o modal rodoviário viesse efetivamente a se instalar com o principal meio que viria a ser utilizada daí para frente. Neste sentido, nos anos 1950 definiu-se a nossa matriz de transportes, quando a opção pelo transporte rodoviário passou do entusiasmo inicial, para uma escolha pública que viria a definir os rumos da logística nacional, sobretudo orientada pela burocracia estatal bem assentada nas décadas anteriores.

Após os movimentos de instalação das montadoras nos anos 1920, acima mencionados, a chegada da indústria de base ao Brasil viria para reforçar ainda mais uma tendência ao rodoviário que se acentuava. Em 1948, por uma iniciativa capitaneada pelo Governo Brasileiro, com a Alfa Romeo e Fiat, foi estabelecida a Fábrica Nacional de Motores S.A. (FNM). A marca, que seria tão conhecida nos anos seguintes, produzia motores de caminhões e viria a completar os empreendimentos já existentes na área de carrocerias, bem como atrair e

---

<sup>83</sup> Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=443662>, acesso em 15.01.2023.

fomentar as fabricas de pneus, já bem apuradas nas técnicas de Charles Goodyear, e as oficinas mecânicas especializadas (PEREIRA, 2014, p. 89).

Em 1953, a criação da Petrobrás, com o início de uma produção nacional maciça de combustíveis e de cimento asfáltico, viria para complementar a indústria rodoviária. Ainda entre os anos 1950 e 1960 os centros urbanos, que haviam recebido muitos migrantes do grande êxodo rural, começaram a substituir o transporte ferroviário na zona municipal expandida por ônibus, que permitia uma adaptação mais rápida para trazer os trabalhadores aos centros fabris (PEREIRA, 2014, p. 90)

De seu lado, o setor público continuava se cercado, tanto por entidades especializadas, como de políticas públicas que reafirmavam o rodoviarismo. Juscelino Kubitschek, outro presidente profundamente engajado neste propósito, instituiu dentro de seu plano de metas, pelo Decreto nº 39.412, de 16 de junho de 1956, um conjunto de normas diretoras para o fomento da indústria automobilística no Brasil, que viria a atrair para a região metropolitana de São Paulo (ABC Paulista) uma série de montadoras como Volkswagen, Ford, General Motors, Mercedes-Benz, Scania, Simca, Toyota, entre outras. Pelo mesmo instrumento, ainda, criou-se o Grupo Executivo da Indústria Automobilística (GEIA), com atribuição para proposição do Plano Nacional Automobilístico, que viria a ser replicado nos anos subsequentes. Aproveitando a Lei nº 1.310, de 15 de janeiro de 1951, que deu origem ao Conselho Nacional de Pesquisas (o que viria a dar origem ao CNPQ), criou-se como um de seus entes o Instituto de Pesquisas Rodoviárias (IPR), pelo Decreto nº 42.212, de 29 de agosto de 1957. Posteriormente, o Decreto nº 71.305, de 17 de novembro de 1972 transferiu o IPR para o DNER.

Como se nota, junto à burocracia estatal especializada, se alocaram agentes públicos de fomento e pesquisa, agregando mais robustez à estrutura pública que cercava o rodoviarismo. Esses agentes seguiram trabalhando em conjunto desde então, para assentar definitivamente a predominância do modal no cenário da infraestrutura nacional.

Não obstante, a consolidação da estrutura pública dedicada ao setor de infraestrutura rodoviária seria efetivamente consolidada nos anos 1960 e início dos anos 1970, quando ocorreu o fenômeno da organização do Estado Brasileiro nos termos com se concebe hoje. A significativa reforma administrativa, cujo maior marco jurídico se encontra no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que inclusive criou o Ministério dos Transportes (MT), cuja ordenação das atividades vem até os dias de hoje, apesar do nome da pasta ter sido alterado em determinados períodos.

Mas para os propósitos do presente trabalho, dois fatos anteriores são de suma importância: a aprovação do novo Plano Nacional de Viação (PNV), disposto pela Lei nº 4.592,

de 29 de dezembro de 1964, e regulado pelo Decreto-Lei nº 512, de 21 de março de 1969, e a instituição do Grupo Executivo de Integração da Política dos Transportes (GEIPOT). O primeiro, apresentava uma cartografia do Brasil, indicando as vias e terminais de transportes terrestres, inclusive com suas descrições iniciais. De outra sorte, o GEIPOT representou a inauguração de uma ação de planejamento contínuo dos transportes, em contrapartida à continuidade aos estudos realizados por empresas estrangeiras (GEIPOT, 2001, p. 98), então contratadas pelo Governo Federal com recursos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Não por coincidência, em 1973, tanto o PNV seria novamente reformulado (Lei nº 5.917, de 10 de setembro), para melhor compreender a malha rodoviária crescente, como o GEIPOT viria a se tornar uma empresa pública (Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes, conforme a Lei nº 5.908, de 20 de agosto de 1973 e Decreto nº 73.100, de 6 de novembro de 1973), para ter mais autonomia e capacidade de levantamento de recursos em suas atividades de planejamento de transportes.

Alguns empreendimentos rodoviários também são marcantes neste período (GEIPOT, 2001, p. 106). A rodovia Rio-Santos, que é o trecho da BR-101/RJ que margeia o litoral norte do Estado de São Paulo e o litoral sul do Estado do Rio de Janeiro, vencia as dificuldades de traçado para ter seus mais de 500 quilômetros concluídos em 1971. A ponte Rio-Niterói (que também integra a BR-101), cuja construção foi iniciada em janeiro de 1969, teria seus 13,29 quilômetros entregues em 4 de março de 1974, constituindo-se a maior ponte do hemisfério sul em concreto protendido e da América Latina.

Vale também mencionar a pavimentação de diversos trechos nesta época ao longo do Brasil, em especial na Belém-Brasília, na Cuiabá-Santarém, na Rodovia Transamazônica, entre outros, viabilizados pelo Programa de Integração Nacional (PIN), veiculada pelo Decreto-Lei nº 1.106, de 16 de julho de 1970, que dedicou dois bilhões de cruzeiro para financiamento de obras de infraestrutura nas áreas de atuação da Superintendências de Desenvolvimento do Nordeste e da Amazonia (SUDENE e SUDAM, respectivamente).

Ademais, cumpre recordar ainda que a arquitetura fiscal que apoiava o rodoviarismo chegava aos anos 1970 muito vigoroso. Além do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, disposto pela Lei nº 4.452, de 5 de novembro de 1964, ainda contribuíam para o FRN e para o DNER: a Taxa Rodoviária Única (TRU), conforme Decreto-Lei nº 999, de 21 de outubro de 1969; e o Imposto sobre os Serviços de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Interestadual de Pessoas e Cargas, nos termos do Decreto-Lei nº 284, de 28 de fevereiro de 1967 e do Decreto-Lei nº 1.438, de 26 de dezembro de 1975.



Destaque-se, ainda, como receitas do DNER, a Taxa de Conservação de Rodovias (TCR), nos termos do Decreto-Lei nº 397, de 30 de dezembro de 1968, e a Taxa para melhoria da segurança das estradas federais, conforme a Lei nº 5.391, de 23 de fevereiro de 1968). Relevante, ademais, destacar a autorização dada ao Governo Federal para a cobrança de pedágio em rodovias federais, segundo o Decreto-Lei nº 791, de 27 de agosto de 1969. Esta última iniciativa marcaria uma guinada no modelo de gestão das rodovias federais, visto que, aquelas que fossem duplicadas, poderiam vir a arrecadar recursos provenientes dos seus usuários, o que notoriamente deveria ser revertido em seu benefício, em especial para as obras de conserva e manutenção da via pedagiada.

O que se comprova, desta forma, quanto à infraestrutura rodoviária, é que o Poder Público chegou à década de 1970 com corpo de servidores públicos qualificado e dedicado (DNER e MT), estrutura jurídica de expansão amadurecida (PNV), órgãos dedicados à pesquisa e ao planejamento dos transportes (IPR e GEIPOT) e recursos orçamentários exclusivos para sua plena execução, como ocorreu pela via do Imposto Único sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos e Gasosos (IULCLG), do Imposto sobre Transporte Rodoviário (ISTR), do Pedágio, da TRU e da TCR. Portanto, a Máquina Pública estava completamente aparelhada em torno da política administrativa rodoviária, como principal modal de transporte do Brasil. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a política pública adotada entre as décadas de 1940 e 1960 explica o motivo pelo qual, atualmente, a matriz de transporte brasileira é altamente dependente do transporte rodoviário e que, somente com uma guinada no sentido de uma matriz mais racional e menos desequilibrada, esse cenário poderia ser modificado (EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA, 2021, p. 106).

Contudo, a crise do fiscal dos anos seguintes que duraria até os anos 1990 forçaria uma mudança da gestão pública da indústria rodoviária, mudando sua dinâmica tradicional, o que será apresentado no tópico a seguir.

## **5.2 Desestatização e concessões federais**

As razões da desestatização da parte mais relevante da rede rodoviária podem ser vistas ao final dos anos 1970, com a crise fiscal que assolaria o país (PEREIRA, 2014, p. 93). Aquela década, que se iniciou com o milagre econômico, viria a terminar com uma significativa desaceleração da economia brasileira, em meio à segunda Crise Internacional do Petróleo de 1979, que afetou diretamente a indústria rodoviária.

A reação do Governo, contudo, não foi suficiente para suportar o peso da infraestrutura estatal sob sua gestão. Pode-se nomear o Programa Nacional do Álcool (Proálcool), como uma tentativa de mitigação da dependência do petróleo, deflagrado pelo Decreto nº 76.593, de 14 de novembro de 1975, como reação à primeira Crise Internacional do Petróleo de 1973 e 1974. No entanto, o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento já mirou suas medidas no fomento à geração de energia e na produção de insumos básicos, acabando por desviar as receitas, antes carimbadas para a infraestrutura rodoviária, para estas ações tidas por mais urgentes para o período. Neste sentido, os recursos fiscais passaram a ser gradualmente drenados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento (previsto pela Lei nº 6.093, de 29 de agosto de 1974) para cumprir o novo propósito da política federal estabelecida. Sem verba suficiente para a conservação e a manutenção, os empreendimentos rodoviários e ações no setor começaram a minguar, ao passo que se dependia cada vez mais do orçamento público, que escasseava, para sanar as pesadas carências do setor (FIRMINO e WRIGHT, 2001, p. 5).

É de se mencionar que alguns recursos foram mantidos e acabaram por dar uma outra face à gestão pública das rodoviárias federais, que passava a contar, cada vez mais, com seus usuários diretos para o financiamento do projeto de infraestrutura. Neste contexto, a receita de pedágio, regulamentada a partir de 1969, começava a se mostrar mais relevante.

Geralmente cobrado das rodovias de pista dupla, constituía-se em uma contrapartida pelos serviços de conservação e segurança do trânsito oferecidos pelo Governo aos usuários, configurando geralmente uma operação economicamente deficitária (FIRMINO e WRIGHT, 2001, p. 26) A ponte Rio-Niterói, por exemplo, passou a cobrar pedágio desde a sua inauguração, sendo certo que nesta época a Rodovia Dutra também detinha a cobrança. Outra iniciativa voltada à captação de recursos para minorar essa carência de investimentos públicos foi o selo pedágio, instituído pela Lei nº 7.712, de 22 de dezembro de 1988, que duraria até setembro de 1990. Firmino e Wright (2001, p. 27) denominam essa a segunda fase dos Pedágios Brasileiros, em que as praças foram desativadas e o selo valia em todas as estradas federais.

Este período de crise foi essencial para construir as condições para o processo de desestatização, que viria a avassalar todos os serviços públicos prestados pelo Estado no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, para mudar por completo o paradigma de gestão estatal destes segmentos. O setor rodoviário arrastou-se pelos anos 1980, vendo secar os investimentos na estrutura estatal de ação, de pesquisa e de planejamento de transportes. Ao final desta década, já se havia um diagnóstico de que a infraestrutura rodoviária precisava ser concedida, para não onerar ainda mais o custo logístico nacional.

Figurando entre os ativos selecionados pelo Conselho Nacional de Desestatização, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização (consoante Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997), faltava ao setor um marco legal competente que permitisse o gerenciamento estatal das outorgas, num cenário em que tanto Ministério dos Transportes, quanto o DNER e o GEIPOT sofreram cortes orçamentários. Os empregados do GEIPOT chegaram até a ser demitidos durante o Governo do Presidente Fernando Collor de Mello, sendo que muitos deles conseguiram ser anistiados depois, o que revela o desmonte pelo qual o aparato público passou.

Contudo, verifica-se o interesse do Poder Executivo em celebrar parcerias com a iniciativa privada para a execução de obra pública, para construção, conservação e exploração de rodovias e obras rodoviárias federais, mediante a remuneração por pedágio, desde o Decreto nº 94.002, de 4 de fevereiro de 1987. Ressalte-se que a concessão de obra pública se diferencia significativamente daquela que visa o serviço público, quando o nível de serviço oferecido é o principal objeto da entrega pública.

Não obstante, a Lei nº 8.075, de 16 de agosto de 1990, quando extinguiu o selo pedágio, já sinalizou que o Poder Executivo viria a propor “projeto de lei dispendo sobre mecanismo de financiamento para a construção e manutenção de rodovias”. Mas esse utensílio legislativo só viria, efetivamente, com a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Esse é o cenário em que as concessões de serviço rodoviário viriam a se estabelecer.

### 5.2.1 A política pública das concessões de rodovias federais

A falta de recursos públicos para investimento em infraestrutura era um fato notório no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, em vista da grande recessão que o país vivia à época. Desde fins da década de 1970 o Brasil vinha sofrendo com a crise fiscal, que culminou com uma situação de penosidade para a prestação direta de serviços públicos, em geral. Visualiza-se este como o principal fator que teria concorrido para a inclusão das concessões de rodovias federais na agenda política.

Em decorrência disso, inicia-se no Governo Federal, no final dos anos 1980, um movimento de desestatização de ativos federais (tanto para fazer caixa em face da dívida externa, quanto pela necessidade de direcionamento de recursos para outras áreas, como saúde e educação), principiando pela indústria pesada e de mineração e chegando ao final dos anos 1990 a grande parte dos serviços públicos diretamente suportados, em especial, relacionados a telefonia, energia, transportes e gás. Nesse cenário de nova onda desenvolvimentista pós-

Ditadura Militar, o setor de rodovias federais era um dos que mais necessitava dessa parceria com a iniciativa privada, para que se reduzissem os ônus sobre o Poder Público.

O último fator que se coloca como relevante para empurrar o tema em referência para a agenda da política pública reside na relevância da malha rodoviária nacional para o escoamento de alimentos e bens de consumo em geral e uma incapacidade financeira do Governo Federal de promover sequer a sua premente conserva e manutenção. No limite, a condição insuficiente poderia levar o país a um desabastecimento a médio prazo, o que seria bastante indesejado.

Assim, o Programa de Concessões Rodoviária Federal (PROCROFE), teve sua gênese efetiva em 1993, apesar das iniciativas prévias de seu lançamento (GARCIA, 2004, p. 54). A tomada de decisão para inclusão do tema das concessões do serviço infraestrutura rodoviária federal na montagem a agenda das políticas públicas, nos anos 1990, levou em conta complexa combinação de fatores circunstanciais e estruturais do período. Dentre eles, identifica-se no momento histórico: a falta de recursos públicos, o movimento desestatizante e a necessidade de conserva e manutenção da malha rodoviária federal. Em verdade, todos esses elementos constituíram forças entrelaçadas que vieram a impulsionar a referida política pública.

### 5.2.2 As etapas das concessões rodoviárias federais

O PROCROFE é inaugurado oficialmente pela Portaria GM nº 10, de 20 de janeiro de 1993, do Ministério dos Transportes<sup>84</sup>, com determinação clara para a elaboração, em 30 dias, dos Editais de Licitação de restauração, manutenção, operação e exploração mediante pedágio nos trechos da Ponte Rio-Niterói e da Rodovia Presidente Dutra, que seria conduzida por Grupo de Trabalho formado por integrantes do por membros do DNER, Ministério dos Transportes e GEIPOT, sob comando do primeiro ente.

Entretanto, verifica-se que outros estudos já estavam em curso, como se demonstrou na Portaria GM nº 824, de 3 de outubro de 1993<sup>85</sup>, posteriormente substituída pela Portaria nº 246, de 11 de maio de 1994<sup>86</sup>, ambas do Ministério dos Transportes, que atualizavam os integrantes do Grupo de Trabalho e ainda indicavam para a licitação os seguintes trechos rodoviários: BR-101/RJ, Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói); BR-116/RJ/SP, Presidente Dutra (Rio-São Paulo); BR-290/RS, (Osório-Porto Alegre) - Entroncamento BR-116 - Acesso a Guaíba; BR-040/RJ/MG, (Rio-Petrópolis-Juiz de Fora); e BR-116/RJ, Entroncamento BR-040

---

<sup>84</sup> Publicada no DOU de 21/01/1993, Seção II, p. 385.

<sup>85</sup> Disponível em <https://minfr legis.infraestrutura.gov.br/minfr legis/visualizar/9468>, acesso em 15/01/2023.

<sup>86</sup> Disponível em <http://www2.transportes.gov.br/BaseJuridica/Detalhe.asp?Codigo=289>, acesso em 15/01/2023.

Teresópolis - Além Paraíba. Essas rodovias, que compuseram a primeira etapa de concessões, eram todas pedagiadas à época, o que reduziu a rejeição da sociedade ao programa de concessões.

Acredita-se que as portarias demonstram, ainda, que apesar do interesse em promover as concessões rodoviárias desde o início dos anos 1990, com robustos projetos rodoviários preparados, carecia-se de um marco legal apropriado, que permitisse cercar a outorgas de garantias jurídicas tanto para o Poder Público como para a iniciativa privada, o que só viria com o advento das Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (GARCIA, 2004, p. 55).

Cumpra esclarecer, ainda, que o PROCROFE, enquanto política de Governo que entrou na agenda pública para viabilizar os investimentos nas rodovias federais, tinha uma conotação bastante pragmática, voltada a resolver o problema da infraestrutura. Conquanto cercado de muito planejamento sobre o projeto rodoviária, a política em si pareceu não ter sido tão bem estruturada, com vistas ao seu acompanhamento periódico para melhorias. Esse ponto inclusive foi tema de análise pelo Tribunal de Contas da União, no âmbito do Processo de Tomada de Contas nº 012.624/2017-9<sup>87</sup>.

Com isso, o DNER conduziu a primeira etapa de concessões rodoviárias, que muito se aproximava das licitações de obras da época, sendo restrita a consórcios nacionais integrados por grupos de engenharia, com um Programa de Exploração Rodoviária (PER) bastante específico em custos unitários, quantitativos e soluções técnicas e um rito que passava por audiências públicas, pré-qualificação dos interessados, apresentação de metodologia de execução e proposta de tarifa (GONZE, 2014, p. 35). A primeira rodovia concedida foi a Porte Rio-Niterói, sendo que seu contrato de concessão foi assinado em dezembro de 1994. Apesar do objeto da outorga deste contrato figurar, inicialmente, como obra pública, resta evidente que o resultado da concessão seria vislumbrado nos serviços franqueados aos usuários da via, como pavimento de qualidade, estruturas de segurança, gestão e ordenação do tráfego, socorro médico e mecânico, entre outros.

Portanto, a primeira etapa de concessões de rodovias federais, que se materializaria entre 1995 e 1997, detinha o carimbo dessa burocracia estatal tão bem assentada até os anos 1970. Seguiu-se a tradição firmada pela execução e planejamento do DNER e do GEIPOT, assentada na tradição da estruturação de obra pública. A tarifa materializada pelo pedágio veio como um instrumento dinâmico para recompor todas as mudanças de projeto, pela agregação de

---

<sup>87</sup> Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 15/01/2023.

elementos urgentes e úteis. Mesmo com essas nuances, esse novo modelo de governança revela uma mudança de atuação da Administração Pública federal em relação às concessões rodoviárias, para essas rodovias concedidas a rodovia passa integralmente a ser financiada por seus usuários, cabendo ao Poder Pública a modelagem e gestão do contrato de concessão, que ditará o nível de serviço que virá a ser oferecido.

De outra forma, a gestão estatal viria a ter outro viés na década seguinte. Ao final dos anos 1990 o Governo Federal passaria a instalar as Agência Reguladoras (SILVA, 2014). O setor de transportes então recebeu Agências especializadas em transportes terrestres e aquaviários, inicialmente (conforme a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001), e depois de aviação civil (conforme a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005). A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) viria a ter seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, e começaria a dar outro viés à regulação das rodovias federais concedidas.

De outro lado, ao DNIT, criado pela mesma lei e instalado na mesma data que a ANTT, pelo Decreto nº 4.129, de 13 de fevereiro de 2002, restou a incumbência de tutela da infraestrutura rodoviária federal pública não concedida, herdando a maioria das competências deixadas pelo DNER. O IPR, por sua vez, foi mantido na estrutura do DNIT, alocado na Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Assim, a malha rodoviária federal passou a ter uma gestão mista, com parte gerindo as obras rodoviárias públicas e outra conduzindo os contratos de parceria com a iniciativa privada.

Percebe-se que a estratégia de concentrar o conhecimento e excelência sobre a infraestrutura rodoviária em uma autarquia, com corpo técnico próprio, recursos financeiros direcionados e gestão com significativa independência, veio a blindar a massa crítica e o desenvolvimento do modal de uma intervenção política mais direta e incisiva, o que foi benéfico para a continuidade das atividades públicas setoriais. A replicação do modelo em uma Agência Reguladora (ANTT) e uma Agência Executiva (DNIT), que contavam igualmente com estrutura administrativa e técnica próprias, Diretoria com mandato para a agência e autonomia financeira a fim de assegurar a continuidade da implementação das políticas iniciadas nos anos 1990, como foi o caso do PROCROFE.

O papel da Administração Direta também viria a se renovar nesta nova conjuntura. Inicialmente foi criado o órgão gestor de parcerias público-privadas federais (pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 e Decreto nº 5.385, de 4 de março de 2005), integrado pelo Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Há que se mencionar também o Programa de Aceleração do Crescimento (ditado

pelo Decreto nº 6.035, de 22 de janeiro de 2007), que englobou um conjunto de medidas para captação de investimentos e alocação nas áreas prioritárias de infraestruturas, várias especificamente destinadas a rodovias.

Mas, efetivamente, foram as alterações de 2016 que vieram dar mais substância à atuação ministerial e da Casa Civil, com a unificação das atividades de transportes no Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (pela Medida Provisória nº 726 de 2016, convertida na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016) e com a criação do Programa de Parcerias de Investimentos (pela Medida Provisória nº 727 de 2016, convertida na Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016), destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura. Então, se assentou um núcleo direcionado para a concepção de políticas públicas de infraestruturas de transportes, em que as estradas de rodagens constituíam um dos ativos principais<sup>88</sup>.

Pelo planejamento dos transportes, cuja atividade foi bastante reduzida com o sucateamento e posterior extinção do GEIPOT (pela Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008), deve-se anotar o advento da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), pela Medida Provisória nº 576, de 2012, convertida na Lei nº 12.743, de 19 de dezembro de 2012, estabelecida para retomar as atividades de planejamento em transportes, por meio de estudos, pesquisas, construção da infraestrutura, operação e exploração do serviço, administração e gestão de patrimônio, desenvolvimento tecnológico e atividades destinadas à absorção e transferência de tecnologias. Ao tempo de elaboração deste trabalho, o Decreto nº 11.081, de 24 de maio de 2022, veio para autorizar a incorporação da EPL pela Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias (Valec), cuja fusão originou a empresa pública denominada Infra S.A., com regimento interno disposto pela Resolução Normativa Valec nº 20/2022/CONSAD-VALEC, de 30 de setembro de 2022<sup>89</sup>.

Neste cenário, a ANTT viria a desenvolver a segunda (2007-2009), terceira (2013-2015) e quarta (2018-2022) etapas de concessões de rodovias federais. Os projetos, primeiramente centrados no eixo Sudeste e Sul, se espalharam pelo país e atualmente permeiam todas as

---

<sup>88</sup> Em 1º de janeiro de 2023, a Medida Provisória nº 1.154 dispõe sobre a nova organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Na nova modelagem, decidiu-se por criar os Ministério dos Transportes e o Ministério de Portos e Aeroportos (art. 17, XXIII e XXIX c/c art. 41 e art. 47), separando novamente as matérias de transportes, mas reconhecendo a sua atribuição conjunta de formular o planejamento estratégico. Avalia-se que a alteração pode prejudicar o andamento agrupado que as infraestruturas e serviços detinham. Contudo, deve-se acompanhar a atuação dos referidos Ministérios para avaliar como se dará essa parceria, sobretudo no caso das políticas públicas.

<sup>89</sup> Disponível em <https://www.infrasa.gov.br/>, acesso em 15/01/2023.

regiões do país. No âmbito técnico, as licitações passaram a mirar grupos de maior porte e até internacionais, não obrigatoriamente ligados a empresas de engenharia, para a prestação de serviços, com mais liberdade para desenvolvimento dos projetos e maior controle sobre as entregas das obras, os parâmetros de desempenho indicados e os serviços operacionais. Com efeito, o PROCROFE é ainda uma política em expansão, que deve vir a agregar ainda mais rodovias federais, chegando a superar no médio prazo a quantidade de quilômetros concedidos em relação aos mantidos sob a tutela da administração pública do DNIT.

A remissão histórica mostra como o tratamento do serviço de infraestrutura evoluiu ao longo do tempo, especialmente quanto à tutela pública dada à indústria. A impressão de que a rodovia desde sempre representou o bem público típico, sustentado pelo Estado e que deveria estar gratuitamente à disposição, ainda mantém suas reminiscências, como é o caso das gratuidades concedidas para populações de cidades vizinhas a pedágios<sup>90</sup> ou para motos<sup>91</sup>. A revisão desses mais de 100 anos de serviços de infraestruturas rodoviárias permite a compreensão da magnitude que as concessões de rodovias representaram, em termos sociais e de gestão pública, e a essencialidade de um corpo funcional qualificado, treinado e especializado para fazer frente a esse desafio.

### **5.3 A regulação contemporânea e gestão rodoviária**

Podem-se identificar três modelos da intervenção estatal (GRAU, 2010, p. 147), bem evidentes no caso da infraestrutura rodoviária. A intervenção por absorção manteve-se absoluta até os anos 1970, em que o Governo Federal participava exclusivamente da constituição e exploração do modal, sem qualquer suporte privado ou do usuário.

O segundo momento seria a absorção patrocinada, em que o Poder Público reduz sua participação financeira, para admitir formalmente a contribuição de usuários para subsidiar as obras pública, pela via do pedágio e selo-pedágio, em troca de serviços de conserva, manutenção e segurança, até o final dos anos 1990. Note-se que se o pedágio representava uma forma direta da participação do usuário que passava pela rodovia federal e nela pagava a tarifa, por outro lado o selo pedágio representaria uma forma de contribuição mais difusa, por não se identificar imediatamente a uma infraestrutura, mas sim a todo o sistema rodoviário.

---

<sup>90</sup> Vide <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2015/08/juiza-suspende-pedagio-para-veiculos-da-prefeitura-de-barbacena.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>91</sup> Vide <https://motor1.uol.com.br/news/526551/isencao-pedagio-moto-aprovada/>, acesso em 15/01/2023.



Conquanto seja possível entender estas fases como um modelo de intervenção único, vale a presente diferenciação para que se considere o movimento em torno da desconstrução do modelo de tutela direta das rodovias pelo Poder Público. Aliás, verifica-se ser muito mais justo que o serviço rodoviário seja remunerado por usuários, que tem a infraestrutura como insumo de produção ou lazer, do que pelo produto da arrecadação de tributos de toda sociedade, que não detém relação direta com o serviço público.

Finalmente, o terceiro modelo é a intervenção por direção, que decorre da implantação de uma política pública de outorgas da infraestrutura, pelo qual se estabelece um sistema de gestão contratual dos mecanismos estruturantes e normas comportamentais que determinam as condições da prestação dos serviços, conduzido pela Agência Reguladora, no qual se destaca exatamente o poder exercido por estas entidades (CUÉLLAR, 2001). Nesta conjectura, ditada a política pública, cabe à Agência incentivar e gerir as ações da concessionária, para que esta preste o serviço nos estritos termos do contrato de concessão, gerando os devidos ganhos aos usuários que sustentam o projeto.

Este terceiro modelo, atualmente vigente (que evidentemente convive com o primeiro, uma vez que o DNIT ainda gere diretamente as rodovias federais não concedidas), além de depender do desenho contratual dado pela política pública, que variou conforme a etapa de concessão, ainda precisou ser complementado por regulamentação da Agência, tanto para suprir lacunas contratuais, como para produzir regras gerais padronizadoras de procedimentos. Essencial apontar que, por tradição, os contratos de concessão são instrumentos muito abrangentes, englobando diversas regras gerais, que poderiam ser aplicáveis a todas as concessões em curso ao tempo em que o termo foi firmado, e cláusulas específicas, relacionadas ao projeto rodoviário específico.

É neste cenário que se quer entender como a gestão regulatória da Autoridade Pública constituída se deu e se recebeu influências de teorias da regulação responsiva.

### 5.3.1 Modelo contratual e a regulamentação

Como exposto acima, a relação estabelecida com os administradores privados das infraestruturas rodoviárias federais é contratual. Há de se recordar que, na gênese das concessões rodoviárias federais, as leis pertinentes para outorga ainda eram pouco experimentadas (Lei nº 8666/1993 e Lei nº 8.987/1995 – regras de execução de projetos e obras contratadas e de gestão de concessões de infraestrutura) ou inexistentes (Lei nº 9.784/1999 – a lei de processo administrativo só viria alguns anos após a primeira etapa). Por isso, as regras

gerais para a regência das relações com as concessionárias precisaram ser embarcadas no contrato concessão, para assegurar o seu direcionamento pela Autoridade pública constituída para o setor, durante todo o período contratado, que varia entre 25 e 30 anos<sup>92</sup>.

Por este painel, averígua-se que o contrato de concessão exerce o papel de simulacro um ambiente regulatório bilateral, que visa a maior completude possível em relação às obrigações das concessionárias e do Poder Público<sup>93</sup>. Tem por missão, assim, o cumprimento do objeto contratado, principalmente relacionado à manutenção, recuperação, conserva e ampliação da infraestrutura concedida.

As cláusulas contratuais servem, então, para vincular as ações das partes e assegurar uma governança regulatória contínua, que permita pautar o cotidiano, com a previsão da entrega de obras, do cumprimento de parâmetros de atendimento de usuários-consumidores, da execução da conserva e manutenção do pavimento etc. A cada obrigação disposta corresponde uma ação privada e outra pública, cujo exercício conjunto dá vazão ao adimplemento contratual. Por outro lado, a inação tem consequências para a autoridade pública, que deverá medir a sua extensão e atuar perante a concessionária em busca da adimplência.

Nesse ponto, cabe evocar a teoria dos contratos incompletos (CAMINHA e LIMA, 2014), pela qual se reconhece a impossibilidade de pactuação completa em relação a esses termos sinalagmáticos de longa duração, que decorre da racionalidade limitada, de condutas oportunistas e de assimetria de informação. Quando se aplicada essa teoria aos contratos de concessão, a insuficiência das cláusulas contratuais para reger as relações entre as partes mostra-se ainda mais representativa, como realça Natal (2009, p. 3):

De toda sorte, podemos observar uma inevitável incompletude do contrato de concessão visto que, durante seu termo, alteram-se os elementos do mercado, o padrão tecnológico evolui e, da mesma forma, deverá mudar a política tarifária eleita inicialmente, com reflexos necessários ao equilíbrio econômico-financeiro original. Nesse passo, ao longo de um período de trinta anos, as mudanças tecnológicas tendem a ser gigantescas o que, obviamente, traz impactos econômicos de toda ordem e, por vezes, extremamente intensos, sobre determinado setor de serviços públicos. A tecnologia pode gerar, por exemplo, competição econômica onde existia um monopólio natural, o que, certamente, frustraria as previsões por demanda de serviço feitas, por vezes, pela própria administração pública, ao realizar os estudos de viabilidade de uma concessão de serviços.

Dessa evidência, sobressaem duas atribuições para a atuação regulamentadora da Agência. A primeira cumpre papel de complementar ao contrato, com a finalidade de tapar as

<sup>92</sup> No caso sob estudo, essa relação foi inclusive sub-rogada do DNER para a ANTT no caso da 1ª Etapa de Concessões do PROCROFE, sendo certo que aquela autarquia era o agente regulador responsável à época. Com a criação da Agência, deu-se a extinção do DNER e repartição de suas funções entre ANTT e DNIT, até para fins de absorção do pessoal, nos termos dos arts. 102-A e 113, da Lei nº 10.233/2001.

<sup>93</sup> Não se pode olvidar que o processo de concessão constitui uma atuação conjunta entre a ANTT e o Ministério setorial (art. 24, III, da Lei nº 10.233/2001), que concretiza uma política pública.

lacunas naturalmente existentes, de natureza material. Com isso, promove-se um fechamento e conformidade das regras que restaram abertas logo após o processo de concessão. A segunda decorre de uma obsolescência superveniente, comum aos contratos de longo prazo em que o mercado oscila, a política tarifária muda e as novas tecnologias surgem. Para tanto, se faz necessária uma atualização de cláusulas. Assim, se pode manter a governança regulatória sustentável ao longo do tempo.

Sobre a primeira hipótese de regulamentação, vale trazer a Resolução ANTT nº 5.379, de 5 de julho de 2017, pela qual se estabeleceram diretrizes técnicas e parâmetros de desempenho para os equipamentos, sistemas e instalações operacionais do modelo de fiscalização e operação dos Postos de Pesagem Veicular sob a responsabilidade da ANTT por meio de agente remoto com uso de Sistemas Automatizados Integrados (SAI). Uma vez estabelecida a obrigatoriedade da pesagem veicular no contrato de concessão, as regras materiais de seu funcionamento foram estabelecidas em um regulamento complementar.

Um exemplo de exercício da segunda hipótese de atuação regulamentadora pode ser extraído no caso da Resolução ANTT nº 3.576, de 2 de setembro de 2010, que dispõe sobre as especificações e preços dos Sistemas *ITS* (*Intelligent Transportation Systems*): de Sensoriamento de Tráfego Veicular; de Painéis de Mensagens Variáveis Fixos; de Painéis de Mensagens Variáveis Móveis; de Sensoriamento Meteorológico; de Circuito Fechado de TV (CFTV) e de Detecção de Altura, a serem adotados nas rodovias federais concedidas, reguladas pela ANTT. Neste caso, uma vez definida a obrigatoriedade da utilização de Sistema de ITS nos contratos de concessão, e vista a necessidade de atualização contínua, a norma veio para atualizar a regra contratual e apontar como proceder em relação a esses sistemas.

Mas ainda se pode aventar uma terceira função para a regulamentação no caso das relações de outorgas contratualizadas, qual seja, a de detalhar os processos administrativos que corporificam o objeto das cláusulas contratuais. Tal qual o processo civil, o processo administrativo serve para assegurar direitos e consubstanciar as entregas à sociedade, formalizando o cumprimento de obrigação contratual. Nesse mister, deve-se viabilizar a efetividade das cláusulas contratuais, como meio de sustentar a entrega dos serviços contratados.

São vários exemplos neste caso, valendo então citar as seguintes normas exemplificativas: Resolução ANTT nº 5.860, de 03 dezembro 2019, que estabelece a metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais; a Resolução ANTT nº 6.003, de 22 de dezembro de 2022, que aprova o

regulamento da metodologia de estimativa do custo médio ponderado de capital; e a Resolução ANTT nº 4.281, de 17 fevereiro 2014, que fixa as normas para a padronização, implementação e operação do sistema de Arrecadação Eletrônica de Pedágio nas rodovias federais reguladas pela ANTT.

Insta salientar que nos contratos de concessão de rodovias, ao menos três categorias de processos administrativos precisam ser previstos, por sua essencialidade, a saber: a execução de obras (que envolve desde a apresentação dos projetos e, para obras não prevista inicialmente no contrato, orçamentos, até a entrega da intervenção conforme acordado); as revisões tarifárias (que garantem a remuneração pactuada com o concessionário, recompõem os riscos acordados e abrem a possibilidade para a realização de novas obras supervenientemente pactuadas); e a fiscalização e a penalização (que trata da ação de supervisionar o devido adimplemento contratual, conforme remunerado). Esses três fluxos processuais são o assoalho mínimo que sustenta a atividade contratual e que precisa ser constantemente atualizado ao longo do tempo, para que se mantenha a efetividade do contrato de concessão. Por isso, ao longo dos 20 anos de regulação da ANTT sobre a matéria das rodovias concedidas, elaborou-se, principalmente, os três tipos de normas acima enunciados, essenciais para o apoio e integração da gestão contratual, relacionadas a: projetos de engenharia e obras rodoviárias<sup>94</sup>, reajustes e revisões tarifárias<sup>95</sup> e de fiscalização e penalidades<sup>96</sup>.

Alerte-se, no entanto, que o universo particular do contrato de concessão é muito mais amplo que os braços da ação fiscalizadora da Agência. Em outras palavras, a regulação deve servir para simplificar e otimizar a ação estatal devida, sem deixar de mirar no objeto que se quer entregar, qual seja a qualidade do serviço público contratado para fruição dos usuários-consumidores.

Uma última função da regulamentação, recentemente vista por força da pandemia de COVID-19, foi a de organização setorial em face da situação de calamidade pública instalada, que afetou diretamente o serviço. Neste caso, destacam-se norma material de organização da cobrança de pedágio e procedimental para o cálculo dos impactos causados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, funções essas que podem ser visualizadas,

---

<sup>94</sup> Atualmente, ainda está em vigor a Resolução ANTT nº 1.187, de 9 de novembro de 2005. Contudo, já foi aprovada a Resolução ANTT nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022, que trata de bens obras e serviços das concessões rodoviárias federais e virá a substituir a norma anterior a partir de julho de 2023.

<sup>95</sup> Atualmente as Resoluções ANTT nº 675, de 4 de agosto de 2004, nº 3.651, de 7 de abril de 2011 e nº 5.859, de 3 de dezembro de 2019.

<sup>96</sup> Atualmente, a Resolução nº 4.071, de e de abril de 2013.

respectivamente, na Resolução ANTT nº 5.892, de 26 maio 2020, e na Resolução ANTT nº 5.954, de 4 de novembro de 2021.

Neste sentido, como visto, identificaram-se quatro funções da regulamentação da Agência em relação aos contratos de concessão de rodovias, que se vislumbra no caso federal, o que permite compreender o entrelaçamento entre regras contratuais e regulamentos da Agência, para este mercado. Vale, para o passo seguinte, entender como a regulação responsiva influencia a modelagem dos contratos de concessão e em que medida os regulamentos vêm assimilando essa tendência, para que se possa fechar o cotejo sobre a presente indústria.

### 5.3.2 Normas e instrumentos regulatórios aplicados ao contrato de concessão

Passaremos a tomar o contrato do Edital nº 03/2021, para traçar os exemplos a partir daqui e demonstrar a aplicação da teoria da regulação responsiva no setor de infraestrutura rodoviária federal<sup>97</sup>. Refere-se à concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro (RJ) – São Paulo (SP), composto pelos seguintes trechos rodoviários: Rodovia BR-116/RJ, entre o entroncamento com a BR-465 no município de Seropédica (km 214,7), e a divisa RJ/SP (km 339,6); Rodovia BR-116/SP, entre a divisa RJ/SP (km 0) e o entroncamento com a BR-381/SP-015, Marginal Tietê (km 230,6); Rodovia BR-101/RJ, entre o entroncamento com a BR-465, no município do Rio de Janeiro (Campo Grande) (km 380,8), e a divisa RJ/SP (km 599); e Rodovia BR-101/SP – entre a divisa RJ/SP (km 0) e Praia Grande, Ubatuba (km 52,1). O contrato aborda os seguintes temas:

- Objeto;
- Prazo da concessão;
- Bens da concessão;
- Autorizações governamentais;
- Desapropriações e desocupações da faixa de domínio;
- Projetos;
- Obras e serviços;
- Verificador;
- Declarações;
- Garantia de execução do contrato;
- Recursos vinculados;
- Mecanismos de contas;

---

<sup>97</sup> Disponível em [www.gov.br/antt](http://www.gov.br/antt), acesso em 15/01/2022.

- Direitos e Obrigações dos usuários;
- Prestação de informações e acesso ao sistema rodoviário;
- Fiscalização da ANTT e segurança do trânsito;
- Recurso de Desenvolvimento Tecnológico (RDT);
- Remuneração;
- Tarifa de pedágio;
- Receitas extraordinárias;
- Penalidades;
- Alocação de riscos;
- Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro;
- Contratação com terceiros e empregados
- Capital social;
- Controle societário;
- Financiamento;
- Acordo tripartite;
- Assunções do controle ou da administração temporária pelos financiadores;
- Intervenção da ANTT;
- Extinção da concessão;
- Advento do termo contratual;
- Regras gerais de indenização em casos de extinção antecipada;
- Encampação;
- Caducidade;
- Rescisão;
- Anulação;
- Falência ou extinção da concessionária;
- Procedimentos para a transição;
- Propriedade intelectual;
- Seguros; e
- Resolução de controvérsias.

Grande parte destes temas tratam de regras gerais que poderiam ser até dispostos em regulamento geral da Agência. Contudo, há de se reconhecer que temas como prazo da concessão, tarifa de pedágio, alocação de riscos são bem pertinentes ao projeto contratado e

outros como garantia da execução, capital social e seguro acabam sendo específicos pela necessária definição do valor relacionada ao empreendimento. Outrossim, vale notar que esse tipo de contrato de concessão tem diversos anexos, destacando-se o Programa de Exploração da Rodovia (PER), que apresenta o seguinte ementário de assuntos:

- Descrição do sistema rodoviário;
- Frentes da concessão<sup>98</sup>;
- Monitoramento e relatórios; e
- Gestão Ambiental.

O contrato escolhido é representativo porque, ao integrar a quarta etapa do PROCROFE e ser recente, foi constituído com uma série de ferramentas atuais de regulação ao mesmo tempo em que agrega elementos históricos já reproduzidos em outros contratos de etapas passadas. Isso contribui para que sejam identificados e retomados pontos de regulação responsiva acima discutidos, no contexto específico da presente indústria, reforçando-se o conceito de que o contrato de concessão simula um ambiente bilateral de regulação sujeito a complementações dos regulamentos. Ressalte-se, especialmente, que o contrato público é do tipo que não se pactua na plena condição de igualmente, sendo que suas peculiaridades atribuem ao Poder Público uma posição de ascendência, com possibilidade de exercer sua força pela interpretação das cláusulas, pela avaliação da pertinência dos pleitos da concessionária e pela aplicação de penalidades, por exemplo.

Após análise das ferramentas regulatórias empregadas no contrato e na regulamentação complementar direcionada, poder-se-á, através do cotejo dos princípios enunciados para a *Smart Regulation* (descritos no capítulo 2), avaliar se de fato há uma aderência entre o modelo teórico e o pragmático, que permita afirmar a adoção de elementos responsivos na regulação brasileira. A proposta serve para os demais mercados que se propõe a considerar.

Assim, a primeira ferramenta que merece ser aventada, pela ordem de análise da teoria, é a regulação direta ou comando e controle. Como dito, essa forma de regulação é cara, pelos recursos materiais que exige para a sua realização e merece ser utilizada para hipóteses em que não se admite a falha do regulado.

Observa-se que no referido contrato de concessão, o comando e controle se emprega na forma de padrões, para uma série de temas, que nem sempre se mostram tão sensíveis. Ademais, na cláusula 21.2 do referido contrato, a complementariedade entre as penalidades contratuais

---

<sup>98</sup> Cabe comentar que as obras rodoviárias específicas do projeto estão previstas neste capítulo, divididas nas frentes de: recuperação e manutenção; ampliação de capacidade, melhorias e manutenção de nível de serviço; conservação; e serviços operacionais.

previstas e as disposições em regulamentos fica evidente, com rigor que se avalia por exagerado, da seguinte forma:

21.1 O descumprimento das disposições deste Contrato e seus Anexos, e do Edital e seus Anexos ensejará a aplicação das penalidades previstas neste Contrato e nas demais disposições legais e regulamentares da ANTT, exceto em caso de conflito, no qual prevalecerão as disposições contratuais.

21.2 Será aplicada multa em virtude do descumprimento ou do atraso no cumprimento das obrigações contratuais, sem prejuízo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na forma prevista neste Contrato, nos seguintes casos:

(...)

<b>Multa Moratória</b>	
Deixar de contratar ou não manter vigentes, ao longo a execução do <b>Contrato</b> , as apólices de seguros exigidas neste <b>Contrato</b> .	10 URT por dia
Reduzir o capital social da <b>SPE</b> abaixo dos valores especificados sem prévia e expressa autorização da <b>ANTT</b> ou deixar de aumentar o valor nos termos da cláusula 25.	10 URT por dia
Não apresentar certificado de conformidade emitido por <b>Verificador</b> nos termos contidos nas subcláusulas 7.11 e 8.1.	1 URT por dia
Não atendimento do nível mínimo de estrelas do iRAP conforme previsto no <b>PER</b> .	5 URT por dia

<b>Fiscalizações de Encerramento</b>	<b>Multa</b>	
Não execução dos ajustes indicados no Relatório Inicial de Encerramento, nos termos do <b>Anexo 8</b> .	1,5	vezes o valor de multa prevista para cada evento, conforme Resolução ou previsão deste Contrato.
Não execução dos ajustes indicados no Relatório Intermediário de Encerramento, nos termos do <b>Anexo 8</b> .	2,0	vezes o valor de multa prevista para cada evento, conforme Resolução ou previsão deste Contrato.

<b>Procedimentos Ambientais</b>	<b>Multa Moratória</b>
Deixar de solicitar, junto aos órgãos ambientais competentes, a transferência de titularidade das licenças e autorizações ambientais existentes e dos Termos de Compromisso de Regularização Ambiental e/ou Licenças de Operação que objetivaram a regularização ambiental da rodovia objeto deste <b>Contrato</b> .	40 URT por mês
Dar causa a atrasos na obtenção das licenças e autorizações ambientais, nos termos da subcláusula 5.3.	20 URT por mês

21.3 A contagem da mora dar-se-á a partir da data em que a Concessionária teve ciência da inconformidade, até a comunicação da efetiva correção ou até a data de alteração da obrigação em mora.<sup>99</sup>

A tabela de penalidades, que foi transcrita em parte, já deixa perceber que há elementos mais sensíveis sujeitos a multa direta, como no caso da redução do capital social, mas também situações bem mais amenas, ao qual a multa direta não seria o mais indicado, como é a hipótese da contratação de seguros, que é um risco para a cobertura da atividade do concessionário, na maioria dos casos, ou os atrasos na obtenção das licenças e autorizações ambientais, que

<sup>99</sup> Vale esclarecer, nos termos do contrato de concessão da referência (que é elemento padrão na maioria dos contratos de concessão de rodovias federais), que a URT é a “unidade de referência correspondente a 1.000 (mil) vezes o valor médio da Tarifa de Pedágio aplicável à categoria 1 de veículos vigente nas praças de pedágio, sendo considerado seu valor de face autorizado pela ANTT sem a incidência do Desconto Básico de Tarifa e do Desconto de Usuário Freqüente, na data do recolhimento da multa aplicada, nos termos deste Contrato ou em virtude da legislação e das normas aplicáveis”, conforme Cláusula 1.1.1, item *ciii*.



eventualmente podem não gerar atrasos gerais no projeto, configurando que a multa se dá de forma objetiva e não pelo resultado obtido.

Mas o modelo não pode deixar de considerar a norma geral de penalidades que complementa esse sistema de fiscalização e apenação, que é a Resolução ANTT nº 4.071/2013, que regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida. Editada após a Segunda Etapa do PROCROFE, a norma tinha por escopo uma padronização da atuação da fiscalização de infraestrutura rodoviária.

A referida resolução tem 20 artigos e não é dividida em capítulos. O artigo 1º anuncia o seu escopo e o artigo 2º esclarece as unidades de referências que servirão para a fixação das multas, assim como estabelece 5 grupos para sua gradação, no caso da Primeira Etapa do PROCROFE, enquanto o art. 3º faz o mesmo para a Segunda Etapa. Daí em diante fixam-se tabelas para enquadramento nos tipos de infração, com o art. 4º listando as condutas sujeitas a advertência, o art. 5º, as infrações do Grupo 1, até o art. 9º, que indica as infrações do Grupo 5. Como incentivos, essa norma traz: a possibilidade de desconto de até 30% caso a concessionária renuncie ao direito de recorrer (art. 12); a possibilidade de concessão de prazo além do contratual, para correções complexas (art. 14); e a faculdade de converter multas sem o trânsito em julgado administrativo em “obras ou serviços voltados à melhoria da rodovia, por solicitação da concessionária e a critério da ANTT, mediante celebração do respectivo Termo de Ajustamento de Conduta – TAC” (art. 18). Destarte, a despeito dos breves incentivos que assegura, é norma bastante prescritiva, de verificação formal e de cara execução, ao presumir uma fiscalização presente ao ponto de captar todo e qualquer inadimplemento contratual para puni-lo. Por isso, entende-se como uma norma em si pouco responsiva.

Em relação à norma processual geral, Resolução ANTT nº 5.083/2016, que detalha o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, com natureza adjetiva, vale comentar acerca de instrumentos que incentivam a correção da conduta por meio voluntário. É o caso do Termo de Registro de Ocorrência (TRO), que pode ser emitido antes da abertura do processo administrativo e comunicado à concessionária e visa a “correção de inconformidade que caracterize infração, dentro do prazo definido” (art. 22). Tal qual um plano de ação preventivo, chancelado pela Agência, compõe uma chance para a correção, sem maiores intercorrências punitivas. Contudo, esse tipo de mecanismo conversa pouco com a Resolução nº 4.071/2013.

Portanto, duas críticas pertinentes a este modelo de comando e controle seriam que: nem sempre os fatos indicados são danosos, a ponto de justificarem uma multa direta; e tampouco

está a se considerar o perfil atitudinal da concessionária para lhe atribuir a sanção, o que pode gerar desincentivos ao bom comportamento. No caso, ainda se percebe que o regulamento dado pela Resolução ANTT nº 4.071/2013 consegue ser tão ou mais prescritivo e fechado que o contrato, abrindo margem para que a concessionária busque nos instrumentos responsivos trazidos pela Resolução nº 5.083/2016 brechas para atrasar o inadimplemento contratual. Isso acarreta círculo vicioso em prejuízo dos usuários consumidores.

O segundo instrumento que se coloca é a autorregulação. A rigor, não seria essa uma matéria para avaliação dentro do instrumento do contrato de concessão. Contudo, nota-se que em alguns pontos abre-se margem para que a concessionária estabeleça os seus padrões de operação. Essa margem se evidenciou em três hipóteses: na destinação do RDT; na implementação da cobrança tarifária, que está ao exclusivo alvitre da concessionária; e na hipótese da extinção do índice de reajuste, em que se coloca a possibilidade de um acordo entre concessionária e Poder Concedente (representado pela Agência). Vide, respectivamente, os dispositivos abaixo:

*Escolha do uso do RDT*

17.1 Durante todo o período da Concessão, a partir do primeiro mês após a Data da Assunção, a Concessionária deverá, anualmente, destinar o montante de R\$ 3.770.000,00 (três milhões, setecentos e setenta mil reais), a ser atualizado pelo IRT, a projetos e estudos que visem ao desenvolvimento tecnológico, relativos ao objeto da Concessão, conforme previsto na regulamentação da ANTT.

*Organização da cobrança da tarifa conforme maior eficiência gerencial*

19.3.1 A Concessionária deverá organizar a cobrança da Tarifa de Pedágio e da Tarifa de Pedágio do Trecho Viúva Graça nos termos do sistema de arrecadação de pedágio previsto no PER, implementando-o com a maior eficiência gerencial possível, de modo a provocar o mínimo de desconforto e perda de tempo para os usuários do Sistema Rodoviário.

*Acordo para escolha de novo índice de reajuste*

19.7.9 Em caso de extinção de qualquer dos índices de reajuste previstos neste Contrato, o índice a ser utilizado deverá ser aquele que o substituir.

(i) Caso nenhum índice venha a substituir automaticamente o índice extinto, as Partes deverão determinar, de comum acordo, o novo índice a ser utilizado.

(ii) Caso as Partes não cheguem a um acordo em até 45 (quarenta e cinco) dias após a extinção do referido índice de reajuste, a ANTT determinará o novo índice de reajuste.

É de se observar que nos três exemplos há uma transferência de responsabilidade para que o concessionário busque a melhor escolha, em relação a uma matéria bem reservada. Diante disso, avalia-se que poderia representar uma forma de autorregulação ditada dentro do contrato de concessão.

Como mencionado no item 2.1.2 do capítulo 2, o Voluntarismo foi observado de maneira muito episódica na presente indústria dos transportes, e no caso das rodovias concedidas parece ser menos frequente. Vale, contudo, rememorar a adesão das concessionárias

de rodovias ao Índice de Desenvolvimento Ambiental (IDA). Por esse índice se reconhece a adoção de boas práticas socioambientais, gerando até uma classificação, de maneira a estimular a divulgar as práticas adotadas. Entre os critérios de avaliação estão a política ambiental institucional, a preservação da biodiversidade, ações educativas, uso da água, eficiência energética, reduções de ruídos e emissões atmosféricas, entre outros. A última divulgação da ANTT se refere a dados apurados em 2020 e publicados em 2021, que gerou os seguintes resultados:

Figura 4 Pontuação das concessionárias no IDA 2021

Concessionária	Data de protocolo	Pontuação (valores absolutos)	% em relação ao máximo possível (34 pontos)
<b>Transbrasiliana</b> Concessionária de Rodovia S.A.	01/01/2021	28	82,35%
Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. - <b>NOVADUTRA</b>	12/01/2021	22	64,71%
Concessionária das Rodovias Integradas do Sul S.A. - <b>ViaSul</b>	13/01/2021	25	73,53%
Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S.A. - <b>ECOSUL</b>	08/02/2021	24	70,59%
Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. - <b>MSVia</b>	11/02/2021	28	82,35%
Concessionária Rota do Oeste S.A. - <b>CRO</b>	11/02/2021	27	79,41%
Autopista <b>Fernão Dias</b> S.A.	12/02/2021	25	73,53%
Autopista <b>Régis Bittencourt</b> S.A.	12/02/2021	25	73,53%
Autopista <b>Planalto Sul</b> S.A.	12/02/2021	26	76,47%
Autopista <b>Fluminense</b> S.A.	12/02/2021	23	67,65%
Autopista <b>Litoral Sul</b> S.A.	12/02/2021	25	73,53%
<b>ECO050</b> - Concessionária de Rodovias S.A.	15/02/2021	26	76,47%
Concessionária BR-040 S.A. - <b>Via040</b>	15/02/2021	18	52,94%
<b>ECO101</b> Concessionária de Rodovias S.A.	15/02/2021	28	82,35%
Concessionária Ponte Rio Niterói S.A. - <b>ECOPONTE</b>	17/02/2021	25	73,53%
<b>Pontuação e percentagem médias</b>		<b>25,00</b>	<b>73,53%</b>

Fonte: ANTT

O quarto instrumento refere-se à adoção de instrumentos de educação e informação. Nota-se que, neste ponto, o contrato de concessão ainda tem um certo campo para avançar. O treinamento de equipes é previsto somente em três hipóteses no contrato e no PER: quando o Poder Concedente vai passar a operação do sistema rodoviário à Operadora Futura (Cláusula 4.2.1, vi, do contrato indicado); como requisito para a prestação de serviços de guarda e vigilância (item 3.4.8.1 do PER); e como exigência para o atendimento do Padrão de Desempenho 1 da *International Finance Corporation* (IFC), pela qual se exige um cronograma de treinamentos sobre o sistema de gestão socioambiental (item 5.2 do PER).

Os relatórios operacionais, por outro lado, são amplamente demandados, para fins de controle e gestão da concessão pela ANTT, conforme item 4 do PER do Contrato de Concessão

sob estudo<sup>100</sup>. Cumpre comentar que algumas partes destes relatórios estão disponíveis ao público, nos links do sítio eletrônico da ANTT dedicados às concessionárias, como é o caso da informação sobre a execução acumulada de obras de ampliação de capacidade e melhorias, o planejamento anual, relatórios mensais de acompanhamento das principais obras, relatórios financeiros e relatórios de monitoração. Entretanto, além de serem de difícil acesso no *site*, a informação é pouco palatável para a população leiga e, por vezes, descontinuada. Logo, poderia se configurar como uma ferramenta efetivamente responsiva se houvesse essa atenção com a acessibilidade, completude, simplicidade e didática das informações.

Por sua vez, a inspeção acreditada constitui instrumento que passou a ser amplamente aplicado nos contratos de concessão de rodovias, para avaliar o cumprimento das normas quanto à elaboração de projetos de engenharia e à execução de obras e serviços. Os novos contratos elaborados a partir de 2021 passaram a prever a figura do Verificador, que representa o “Organismo de Inspeção Acreditado (OIA) que, nos termos da Portaria Inmetro nº 367/2017, do Contrato e da regulamentação da ANTT, executa serviços de Avaliação da Conformidade” (conforme Cláusula 1.1.1.civ do contrato de concessão da referência). Veja-se abaixo a configuração contratual do instituto:

3.7.1. A Concessionária deverá, em atendimento às especificações descritas no PER e no Contrato, na forma de regulamento específico da ANTT, apresentar certificado de inspeção emitido por Verificador, referente a projetos e, anualmente, referente a obras e serviços executados nas fases da Frente de Manutenção e Recuperação, que tenha por objeto a verificação de atendimento aos parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos descritos no PER, relativos às obrigações previstas para o Trecho Viúva Graça.

7.11 A Concessionária deverá apresentar certificado de inspeção de projetos executivos emitido pelo Verificador.

(...)

8.1.12 A Concessionária deverá apresentar, anualmente, certificado de inspeção emitido pelo Verificador, referente às obras e serviços executados nas fases de recuperação e manutenção, tendo por objeto a verificação de atendimento aos parâmetros de desempenho e parâmetros técnicos descritos no PER.

Como se destaca, o instituto foi bem assimilado à dinâmica das concessões de rodovias, para trazer mais segurança e agilidade na avaliação pública do projeto. Ressalte-se que o

---

<sup>100</sup> No PER referido se exigem os seguintes relatórios: iniciais (riscos iminentes e tráfego da rodovia, cadastro inicial da rodovia, plano de ação dos trabalhos iniciais e operações); de monitoração (pavimento, elementos de proteção e segurança, obras-de-arte especiais, sistemas de drenagem e obras de arte corrente, terraplenos e estruturas de contenção, canteiro central e faixa de domínio, instalações operacionais, sistemas elétricos e de iluminação, de acidentes, do túnel e sistema de gerenciamento operacional); técnico, operacional, físico e financeiro (RETOFF). Além disso, ainda são solicitados: o planejamento anual de obras e serviços, programação mensal de obras e serviços e execução mensal de obras e serviços; e o planejamento de obras de ampliação de capacidade e melhorias da rodovia.

Verificar não substitui, em nenhuma circunstância, a tutela fiscalizadora da ANTT, mas sim constitui apoio para essa atividade, conforme se evidencia em outra parte do contrato:

16.3 A qualquer tempo, a ANTT terá acesso irrestrito aos dados relativos à administração, aos contratos celebrados pela Concessionária, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros pertinentes à Concessão, para exercer suas atribuições.

16.4 Os órgãos de fiscalização e controle da ANTT são responsáveis pela supervisão, pela inspeção e pela auditoria do Contrato, bem como pela avaliação do desempenho da Concessionária, que poderão ser realizadas a qualquer tempo.

Há que se aproveitar o debate da inspeção acreditada para olhar a norma procedimental que dita a atuação pública no caso da execução das obras, que atualmente é a Resolução ANTT nº 1.187/2005, que dispõe sobre os procedimentos de execução de obras e serviços pelas concessionárias nas rodovias federais reguladas pela ANTT. Elaborada em um momento em que a ANTT ainda sem corpo funcional perene próprio aprendia a lidar com as concessões que recebeu do DNER, qual seja, a Primeira Etapa do PROCROFE, essa norma, razoavelmente rudimentar, serviu para organizar o acompanhamento regulatório da execução do PER.

Organizada em 7 capítulos e quatro anexos, trabalhou sobre as entregas esperadas pelo Poder Público, asseverando a importância de adesão aos cronogramas estabelecidos no PER, atenção às regras ambientais e relevância do projeto *as built* (“representação quantitativa e qualitativa de todos os serviços e obras conforme executados”, conforme definido no art. 1º, V, da norma). Além disso, também focou nos instrumentos de planejamento anual de obras e nas programações mensais, para dotar de previsibilidade as entregas esperadas. E ainda cuidou dos requisitos para a aceitação de projetos e do recebimento das obras, aproximando-se do procedimento previsto na Lei nº 8.666/1990, na Seção da Execução dos Contratos (art. 73), para indicar as entregas que seriam inicialmente recebidas de forma provisória e depois definitiva, o que contraria o conceito intrínseco de que na concessão de serviços precedidos de obra pública a eficiência do parceiro privado é mais relevante que a medição minuciosa da entrega (essa diferença ainda seria crucial para distinguir a ação de órgãos públicos reguladores dos executivos ou executores). Ademais, a norma ainda tratou do procedimento para alteração do programa de exploração. Ressalte-se previsões bem superadas na referida norma, como a obrigatoriedade de manutenção da planta física do projeto aceito na obra (art. 9º) e do envio do planejamento em arquivo formato *excel* ou compatível (art. 13). De outra sorte, não se identificou elementos de responsividade na Resolução ANTT nº 1.187/2005.

Como mencionado acima, essa norma será revogada a partir de julho do corrente, quando tem início a vigência da Resolução ANTT nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022, que representa regra muito mais completa, dinâmica e responsiva que a vigente.

Em relação às premiações, é de se reiterar que o então Ministério da Infraestrutura mantinha um esquema de premiação denominada *Rodovias + Brasil*, que buscava reconhecer as melhores práticas e empreendimentos de entes públicos e privados atuantes no setor<sup>101</sup>.

Quanto aos instrumentos financeiros, há de se reiterar que muitos deles estão fora da alçada da Agência e integram a política pública geral do setor, que tem não só cunho nacional, mas também local, como no caso da limitação ao direito à propriedade, criação de mercados e tributação. Sobretudo, a utilização desses instrumentos com objetivos de influenciar diretamente o comportamento do agente, incentivar soluções eficientes e transferir a decisão para o privado, visando a redução de custos setoriais não é muito claramente visualizada.

No entanto, pode-se dizer que o mecanismo da desapropriação e da servidão previsto nos contratos de concessão está entre essas ferramentas econômicas. Constituindo meio de limitação da propriedade, está entre as atribuições da ANTT a “declarar a utilidade pública para fins de desapropriação ou de servidão administrativa de bens e propriedades necessários à execução de obras no âmbito das outorgas estabelecidas” (art. 24, XIX, da Lei nº 10.233/2001). E os contratos exploram essa possibilidade como uma clara transferência de responsabilidades, para que o concessionário consiga, por dominar as ações prévias ao empreendimento, viabilizar as obras previstas de maneira célere e diligente. Veja-se a conformação contratual:

6.2.1 Cabe à Concessionária, como entidade delegada do Poder Concedente, e sob a fiscalização da ANTT, promover desapropriações e servidões administrativas, propor limitações administrativas e ocupar provisoriamente bens imóveis necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados à Concessão, conforme previsto no PER.

(...)

6.2.4 A Concessionária deverá envidar esforços, junto aos proprietários ou possuidores das áreas destinadas à implantação das instalações necessárias à exploração dos serviços da Concessão, objetivando promover, de forma amigável, a liberação dessas áreas.

6.2.5 A promoção e conclusão dos processos judiciais de desapropriação, instituição de servidão administrativa, imposição de limitação administrativa e ocupação provisória de bens imóveis cabe exclusivamente à Concessionária.

Como se vê, há uma clara transferência da responsabilidade, para que, pelo domínio das condições prévias às obras previstas, a concessionária possa empenhar esforços, de forma responsiva, para a realização desta obrigação do contrato. Funciona, assim, como delegada do Poder Público. A gestão da faixa de domínio, até com finalidade comercial, para a obtenção de receitas não tarifárias (que neste subsetor de transportes comumente se denominam de *receitas extraordinárias*) seria outro exemplo da utilização da limitação da propriedade com a finalidade regulatória, buscando-se uma ação responsiva.

<sup>101</sup> Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/noticias/2022/10/premiacao-do-minfra-reconhece-gestores-e-operadores-dos-setores-ferroviarios-e-rodoviaros>, acesso em 15/01/2023.

Conquanto a própria concessão represente a criação de mercado e suas razões foram, de certa forma, discutidas na formação histórica do setor, a tributação seria outro elemento financeiro a ser aventado. O Reide, comentado no item 2.1.4 acima, constitui, a nosso ver, a ferramenta tributária mais eficiente para mobilizar este setor na execução de obras. Para além deste instrumento, pode se designar dois tributos que tem maior relação com a concessão de rodovias, direta e indiretamente, e que tem mais relevância sobre seu uso e aceitação, do que propriamente sobre a conduta do agente setorial regulado.

O mais notório deles e com influência indireta no uso do serviço seria o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que incide sobre “operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização”, nos termos do art. 3º, III, da Lei Complementar (LC) nº 87, 13 de setembro de 1996. Uma vez que onera diretamente os combustíveis, qualquer variação maior pode influenciar a utilização das estradas por condutores e prestadores de serviços, o que impacta na concessão. Recentemente, nos termos da LC nº 194, de 23 de junho de 2022, foi introduzido o art. 32-A na LC nº 87/1996, para declarar as operações relativas aos combustíveis e ao transporte público como bens e serviços essenciais e indispensáveis, para limitar a alíquota aplicável entre 17% e 18%. Esse tipo de política pública afeta, naturalmente, o uso das rodovias concedidas.

Outro tributo que merece ser comentado é o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), que incide sobre “os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço” (art. 1º, §3º, da LC nº 116, de 31 de julho de 2003). Esse tributo teria maior importância para facilitar que as administrações municipais aceitem as concessões e a própria imposição do pedágio na região, uma vez que dividem a receita arrecada por este imposto conforme a superfície que margeia a rodovia concedida. Contudo, a princípio, também não teria maior relevância para a regulação do serviço oferecido em si.

A ferramenta tarifária, por sua vez, é a mais significativa para este tipo de serviço. Operando conforme um preço teto, o pedágio, que materializa a cobrança da tarifa, tem representado a base das discussões setoriais ao refletirem o nível de serviço rodoviário que se oferece. Sua propositura se dá como resultados dos estudos para a formação do projeto de concessão rodoviária e da modelagem econômico-financeira (MEF) e sua fixação dependerá do formato escolhido para a licitação da outorga, que variou entre o menor valor de tarifa

simplesmente ou combinado com maior valor de outorga (art. 15, I, II e III, da Lei nº 8.987/1995).

Outrossim, qualquer atualização na dinâmica de obras ou serviços previstos no contrato também tem se dado, majoritariamente, pelo reequilíbrio tarifário, o que demonstra a dimensão do instrumento para este serviço. Notadamente, a política pública tem se apoiado neste implemento para trazer ao contrato descontos aos usuários-consumidores que se utilizem da rodovia com maior frequência ou que adotem meios de pagamento mais seguros. É o caso do Desconto de Usuário Frequente (DUF)<sup>102</sup> e do Desconto Básico de Tarifa (DBT)<sup>103</sup>, recentemente agregados ao contrato de concessão, conforme cláusula 1.1.1, xxxiv e xxxvi e Anexo 12 do contrato sob referência.

Na parte dos regulamentos, essa matéria assume feições muito complexas. Assim como encartados nos contratos de concessões de rodovias, essa tarifa sofre influência de quatro processos de reposicionamento: o reajuste e as revisões ordinária, quinquenal e extraordinária. O reajuste se propõe a ser mera reposição da inflação e não desperta maiores dogmáticas. Por outro lado, é o contrato de concessão que dá conteúdo a cada um desses fluxos de revisões, mas há normas gerais que também se prontificam a trazer elementos processuais e materiais sobre a temática, deixando o cenário peculiarmente confuso. Neste diapasão, a Resolução ANTT nº 675/2004, que foi muitas vezes modificada, expõe os seguintes conteúdos para cada uma das revisões nominadas:

Art. 2º Nas revisões ordinárias serão considerados:

I - relativamente ao exercício anual anterior:

- a) as receitas complementares, acessórias ou alternativas à receita principal ou de projetos associados, com base nos valores faturados pela concessionária;
- b) os recursos para desenvolvimento tecnológico e verba de laboratório, conforme previsão contratual, quando não utilizados em projetos aprovados pela ANTT;
- c) criação, alteração e extinção de tributos ou de encargos decorrentes de disposições legais, de comprovada repercussão nos custos da concessionária;
- d) os recursos para aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e demais verbas, conforme previsão contratual, quando não utilizadas integralmente.

II - as diferenças de receita, apuradas entre as datas contratualmente estabelecidas para o reajuste do ano anterior e do presente, decorrentes de:

- a) aplicação, quando da concessão do reajuste anterior, do índice de reajuste tarifário provisório e do índice definitivo;
- b) arredondamento da tarifa do reajuste anterior, conforme previsão contratual;
- c) defasagem decorrente de eventual concessão de reajuste tarifário em data posterior ao contrato;

III - as repercussões decorrentes de inexecuções, antecipações e postergações de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração da Rodovia:

- a) antecipações e postergações autorizadas ou inexecuções de obras e serviços previstos nos cronogramas anuais do Programa de Exploração;

<sup>102</sup> “Desconto de Usuário Frequente (DUF): desconto aplicado pela Concessionária sobre as Tarifas de Pedágio devidas pelos Usuários Frequentes, na forma estipulada no Anexo 12”.

<sup>103</sup> “Desconto Básico de Tarifa (DBT): desconto de 5% (cinco por cento) sobre a Tarifa de Pedágio para os usuários que utilizarem meios de pagamento eletrônico e identificação automática do veículo (AVI)”.



b) alterações no Programa de Exploração por inclusão, exclusão ou alterações de obras e serviços, autorizados pela ANTT, em caráter excepcional ou em regime de emergência.

Art. 2º-A. Nas revisões extraordinárias serão consideradas as repercussões:

I - decorrentes, única e exclusivamente, de fato de força maior, caso fortuito, fato da Administração, fato do príncipe ou alteração unilateral do contrato pelo Poder Concedente, em caráter emergencial, ou da ocorrência de outras hipóteses previstas expressamente no contrato de concessão;

II - que resultem, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária, ou que comprometa ou possa comprometer a solvência da Concessionária e/ou continuidade da execução/prestação dos serviços previstos neste Contrato.

Art. 2º-B Nas revisões quinquenais serão consideradas as repercussões decorrentes de modificações por: alteração, inclusão, exclusão, antecipação ou postergação de obras ou serviços, com o objetivo de compatibilizar o PER com as necessidades apontadas por usuários, concessionária e corpo técnico da ANTT, decorrentes da dinâmica do Sistema Rodoviário.

Como se vê nesta norma, na revisão quinquenal se proporia um replanejamento das obras e serviços previstos no contrato, a cada 5 anos. Já a revisão extraordinária, que pode ocorrer a qualquer tempo, serviria para recompor os fatos imprevisíveis e aqueles oriundos da administração e que alterem os encargos da concessionária. Para revisão ordinária anual, pelo exposto, ficaria o grande volume de apropriações relacionados ao exercício anual da gestão da concessão. Por sua vez, o Contrato de Concessão do Edital nº 3/2021, ora utilizado como referência, já trabalha esses mesmos mecanismos sob outra perspectiva, nos seguintes termos:

19.8.1 Revisão Ordinária é a revisão anual realizada pela ANTT por ocasião do reajuste tarifário, observando-se as hipóteses de incidência e os procedimentos previstos na regulamentação da ANTT, com o objetivo de incluir os efeitos de ajustes previstos neste Contrato, mediante aplicação do Fator C, do Fator D, do Fator A e do Fator E, das adequações previstas no Fluxo de Caixa Marginal e da compensação do Desconto de Usuário Frequente.

(...)

19.9.1 A Revisão Quinquenal é a revisão realizada a cada 5 (cinco) anos, com o objetivo de adequar o Contrato à dinâmica do Sistema Rodoviário, observando as hipóteses de incidência e os procedimentos previstos na regulamentação da ANTT.

(...)

19.10.1 A Revisão Extraordinária é a revisão realizada extraordinariamente, observando-se as hipóteses de incidência e os procedimentos previstos na regulamentação da ANTT.

19.10.2 A análise dos pleitos de Revisão Extraordinária somente se dará a cada 5 (cinco) anos (...)

Como se vê, ainda que se remetendo algumas vezes à legislação da ANTT, o contrato deu outra feição aos tipos de revisão. Em verdade, a revisão ordinária acaba tendo o conteúdo positivado, somada a elementos procedimentais da norma. Quanto à revisão extraordinária, que puxa o conteúdo da norma, teve sua periodicidade firmada para o quinquênio neste contrato,

sendo que na maioria dos outros pode ocorrer a qualquer tempo<sup>104</sup>. Já a revisão quinquenal aceita a regulamentação posta, que atualmente é a Resolução ANTT nº 5.859, de 3 de dezembro de 2019, e conta com processo de aperfeiçoamento bastante extenso e complicado.

Os dispositivos elucidam bem a profundidade das revisões dentro do contexto das concessões rodoviárias. Dizer que servem somente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro parece pouco perto da dimensão que tomaram. Muito além disso, são a força motriz que faz o relógio financeiro da concessionária girar, pois para mais que as apropriações do cotidiano, ainda servem para incorporar antecipação e atraso de obras e outros elementos, pelos fatores tarifários com função responsiva (como é o caso do Fator de D<sup>105</sup>, Fator A<sup>106</sup> e Fator E<sup>107</sup>). Não à toa, compõe dos elementos mais relevantes do contrato de concessão.

É de se comentar que bastante aderentes à regulação responsiva, os fatores tarifários servem para incentivar o concessionário a trabalhar de forma mais eficiente, sob a ameaça de redução ou sob os auspícios de majoração tarifárias. Com clara transferência da incumbência para o agente regulado, constitui um motivador para o bom desempenho da concessionária. Contudo, se mal calibrado, esses fatores podem vir a estrangular a concessionária com a falta de recursos suficientes para fazer frente às obras pactuadas. Os fatores tarifários são instrumentos mais recentes dos contratos de concessão de rodovias, que passaram a ser adotados mais claramente a partir da Terceira Etapa do PROCROFE.

Os últimos instrumentos que se encontra neste contexto são os Financiamentos e a Garantia da Execução. Os financiamentos estão sob a responsabilidade e risco da concessionária e acabam por ser fundamentais para a mobilização de obras de maior porte. Os contratos de concessão, desde a Primeira Etapa do PROCROFE, permitem que os direitos emergentes da concessão sejam dados como garantia ao financiador. Sob outra perspectiva, esse financiador passa a ter direitos perante a concessionária também e pode condicionar a comprovação de finalização de uma fase da intervenção, para que libere mais recursos.

---

<sup>104</sup> A Resolução ANTT nº 3.651, de 7 de abril de 2011, dispõe sobre a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais concedidas, em decorrência de novas obras e serviços.

<sup>105</sup> “Fator D: redutor da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Desconto de Reequilíbrio relativo ao não atendimento aos Parâmetros de Desempenho da Frente de Recuperação e Manutenção e da Frente de Serviços Operacionais, e ao atraso e ou inexecução das obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, conforme previsto no Anexo 5.” Conforme o contrato da referência, Cláusula 1.1.1, *xlvi*.

<sup>106</sup> “Fator A: incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio no caso de conclusão antecipada de obras e serviços da Frente de Ampliação de Capacidade e Melhorias, conforme previsto no Anexo 5”. Conforme o contrato da referência, Cláusula 1.1.1, *xlvi*.

<sup>107</sup> “Fator E: incrementador da Tarifa Básica de Pedágio, utilizado como mecanismo de aplicação do Acréscimo de Reequilíbrio relativo à conclusão de obras do Estoque de Melhorias, conforme previsto no Anexo 5”. Conforme o contrato da referência, Cláusula 1.1.1, *xlvi*.

Com efeito, uma relação mais próxima entre o Agente Regulador e o Financiador poderia ser frutífera no caso das concessões rodoviárias, de forma a canalizar as pressões para o cumprimento do contrato de concessão. Portanto, mostra-se um instrumento financeiro expressivo, que não é explorado em seu máximo no presente caso, como se vê na Cláusula 27 do contrato da referência.

Já a garantia de execução contratual também é solicitada desde as primeiras Etapas do PROCROFE e serve, no contexto dos contratos de concessão de rodovias, para: indenização por danos causados aos usuários do Sistema Rodoviário; adimplemento de multas administrativas transitadas em julgado não pagas; cobertura de bens reversíveis não devolvidos conforme as exigências do contrato (apurado na fase de haveres e deveres); ressarcir verba de fiscalização não paga; pagar investimentos previstos no contrato e não realizados. A Garantia deve ser mantida durante todo o período do contrato. Logo, compõe um seguro para adimplir muitas situações, que pode ser exigido pelo Poder Concedente e o valor assegurado varia conforme o porte das obras que estejam previstas. A Garantia de Execução, portanto, é um instrumento, em teoria, muito inteligente, por alocar as consequências de determinadas impontualidades sob a administração da concessionária, transferindo-se, assim, o risco da atividade, como no caso da execução de obras previstas no PER. Não obstante, tem sido registradas dificuldades para a liberação dos pagamentos destes seguros, notadamente relacionados ao processo burocrático imposto pelas seguradoras, os prazos exíguos de notificação e as incertezas que cercam a utilização desses recursos, como observado por Linder (2022).

Feita a recolha dos instrumentos citados na teoria e observados no subsetor de transportes que se propôs a analisar, vale olhar para os agentes setoriais que estão envolvidos neste processo, que podem evolver este ambiente com maior higidez regulatória. Conquanto o contrato de concessão envolva poucos parceiros, alguns elos visando uma divisão de atribuições regulatórias com agentes privados pode ser identificado.

Dois foram os casos identificados: o Verificador e o Acordo Tripartite. No caso do Verificador, foi instituído mais recentemente para os contratos de concessão, já abordado nos instrumentos acima enquanto viabilizador da inspeção acreditada de obras e serviços, cabendo adicionar que terá papel fundamental de garantir que a concessionária cumpriu as normas na execução das atividades que inspecionou (ou indicar o contrário), apoiando a análise técnica da Agência. Já o Acordo Tripartite, que também representa uma inovação nos últimos contratos de concessão celebrados, constitui uma faculdade dos financiadores de acesso a informações mais privilegiadas detidas pelo Poder Concedente, representado pela ANTT, e pela

Concessionária, para que possa avaliar de forma mais tempestiva “o direito ao exercício das prerrogativas de assunção do controle ou da administração temporária”. O contrato da referência previu o instituto da seguinte forma:

28.1 Aos Financiadores, representados por agente fiduciário constituído com poderes bastantes para todas as finalidades contratadas, conforme o caso, desde que não detenha vínculo societário direto com a Concessionária, será facultada a celebração do Acordo Tripartite, em que figurarão como partes também o Poder Concedente, representado pela ANTT, e a Concessionária, o qual será regido de acordo com as regras estabelecidas no Anexo 9.

(...)

28.2 Na eventualidade de o Acordo Tripartite não ser celebrado, será assegurado aos Financiadores o direito ao exercício das prerrogativas de assunção do controle ou da administração temporária da Concessionária, conforme previstas no art. 27 e no art. 27-A da Lei nº 8.987, de 1995, e nos termos deste Contrato.

Na hipótese, ressoa um interesse do Poder Público em ter o financiador como um colaborador com a regulação, transferindo-lhe parte da responsabilidade pelo cumprimento do contrato e pelo sucesso do empreendimento, em relação ao qual é um dos maiores interessados. A ferramenta não só se mostra responsiva, como ainda segue preceitos expostos na teoria de base exposta, para a constituição de quase reguladores, contudo, depende também do mercado entender a nova oportunidade e aderir ao seu funcionamento.

Efetivada essa leitura do mercado, deve-se voltar nos princípios que orientam a *Smart Regulation* e testá-los em face deste cenário. Quando se observa o 1º Princípio, segundo o qual se indica preferir um conjunto de políticas regulatórias, para agregar instrumentos e arranjos institucionais, percebe-se que os contratos de concessão de rodovias realmente caminharam neste sentido, promovendo uma ampla gama de meios para incentivar o *compliance* contratual, como visto acima. No caso do 2º Princípio, pelo que se prega o uso de medidas menos interventivas no mercado, não se pode afirmar que essa tem sido uma real opção do formulador da política pública e da Autoridade Regulatória, como percebido, sobretudo pelo forte escore que ainda se tem na ferramenta do comando e controle. Por outro lado, a utilização de pirâmide de instrumentos, apontado no 3º Princípio, parece não ser uma opção ainda efetivada, registrando-se o TRO como uma ferramenta responsiva um pouco perdida no procedimento da fiscalização. Sobre o 4º Princípio, avalia-se sua implementação ainda de forma muito tímida, com poucos agentes estratégicos sendo envolvidos na cadeia de regulação. Em relação ao 5º Princípio, que prega o esforço para maximizar oportunidades para gerar resultados ganha-ganha, há um incentivo aos concessionários para tanto, que, contudo, não se espalha por outros possíveis afetados pela cadeia de regulação.

A partir dessa digressão qualitativa, pode se afirmar que o presente subsetor de transportes relacionado às concessões de infraestruturas rodoviárias não se organiza de maneira

sistêmica conforme os preceitos da *Smart Regulation* ou mesmo da teoria da regulação responsável. Tampouco permite a visualização de uma pirâmide de *compliance* com as ferramentas dispostas. Não obstante, identificam-se iniciativas quase isoladas pelas quais se vem tentando dotar este mercado de maior responsividade.

Realizada esta análise do primeiro estudo de caso, o projeto de modificação do marco regulatório das concessões de rodovias federais. A proposta, que se alinha com os preceitos da regulação responsável, será abaixo resumida, para que se possa vislumbrar o esforço que vem se realizando em torno deste propósito.

### 5.3.3 Reforma regulatória e perspectivas

O atual arcabouço normativo das concessões de rodovias federais revela um problema regulatório central, que pode ser colocado sobre duas perspectivas: o desalinhamento entre os regulamentos e os contratos de concessão em curso e a mitigada utilização de mecanismos responsáveis de regulação. Enquanto o primeiro se refere a uma perspectiva estrutural da regulamentação, o segundo refere-se à aceitação e adoção de ferramentas voltadas a tornar a ação da Agência mais dinâmica e efetiva, inclusive pela utilização de indução e incentivos para o acatamento normativo, gerando elementos de *compliance* voluntários.

É importante ressaltar também que os contratos carregam, junto com as cláusulas específicas do projeto rodoviário montado, uma matriz generalista, com regras que poderiam ser aplicáveis indistintamente a todos os contratos vigentes, herdada desde a Primeira Etapa do PROCROFE. Ao invés de, desde logo, se promover uma regulação centralizada desses pontos comuns, optou-se por redizer nos instrumentos de concessão assinados disposições de caráter geral, ora pactuados em cada um dos 24 contratos geridos pela ANTT. Isso torna os instrumentos contratuais desnecessariamente mais longos e complexos, sem uma aparente necessidade. Ressalte-se que este problema geral produz conseqüências, relacionados:

- a) ao anacronismo normativo, ao passo que se preocupa em atualizar os contratos e não o arcabouço regulamentar;
- b) à ausência de padronização de procedimentos, vez que seu fundamento está em contratos de diferentes características;
- c) clareza quanto as regras, para a compreensão dos regulados e usuários; e
- d) à complexidade crescente de verificação do *compliance*, ante à miríade de matizes contratuais.

Em face da identificação dos problemas acima mencionados, a ANTT passou a trabalhar em uma reforma regulatória<sup>108</sup>, visando a constituição de uma gestão normativa e contratual combinadas, para a redução de custos regulatórios e de transação, aprimoramento da transparência dos procedimentos da Agência e diminuição de gargalos para a administração da malha futura. Em consulta ao portal do Programa de Parcerias e Investimentos<sup>109</sup>, é possível identificar 22 projetos de concessão ou relicitação em andamento, que precisarão ser tutelados pela ANTT.

A partir disso, a ANTT trouxe para a Agenda Regulatória projeto de revisão do marco regulatório setorial, pelo qual visa a centralização da matriz normativa das regras aplicáveis às rodovias federais concedidas, ao tempo em que espera simplificar os contratos de concessão para as cláusulas pertinentes às particularidades da infraestrutura. Com isso, será possível a redução do fardo regulatório, a atualização das regras (que passam para uma regulação discricionária) e a inclusão de mecanismos responsivos na regulação da infraestrutura rodoviária concedida.

Para tal mister, se propôs a elaboração do Regulamento de Concessões Rodoviárias (RCR), que se divide em cinco grandes domínios tratados pelo setor, dotados de generalidade e abstração (portanto lineares a todos os regulados), quais sejam:

a) Bens, obras e serviços: cerne da regulação de rodovias, trata da gestão de bens da concessão e dos fluxos de execução das obras e serviços, com vistas ao cumprimento dos objetivos fundamentais dos contratos de concessão;

b) Equilíbrio econômico-financeiro: parte essencial do contrato de concessão, versa sobre os procedimentos de estruturação das concessionárias, tarifação, manutenção do equilíbrio econômico-financeira e seguros;

c) Fiscalização e Penalização: ação voltada à supervisão do cumprimento contratual e acatamento aos padrões normativos e correção dos rumos daqueles que descumprirem as regras;

d) Encerramento contratual: encaminhamentos para a finalização do ciclo contratual e sua renovação, sem que seja prejudicada a continuidade do serviço público; e

e) Aspectos gerais e direitos dos usuários: regras de processo administrativo, aplicáveis aos contratos de concessão e especificação das prerrogativas dos usuários, sobretudo em relação à transparência e possibilidade de participação na gestão da infraestrutura concedida.

---

<sup>108</sup> Vide Agenda Regulatória da ANTT para o biênio de 2021/2022, aprovada pela Deliberação nº 529, de 22 de dezembro de 2020 e posteriormente atualizada pela Deliberação nº 393, de 19 de novembro de 2022.

<sup>109</sup> Disponível em [www.portal.ppi.gov.br](http://www.portal.ppi.gov.br), acesso em 15/01/2022.

Até o momento, o projeto já produziu duas normas, sendo a primeira delas a Resolução ANTT nº 5.950, de 20 de julho de 2021, também denominado RCR1, que dispõe sobre os aspectos gerais e direitos de usuários, para abordar inclusive as diretrizes para interpretação e aplicação de contratos e regulamentos sobre a matéria. A segunda norma, designada de RCR2, é a Resolução ANTT nº 6.000, de 1º de dezembro de 2022 (já comentada), que aprova a segunda norma do Regulamento das Concessões Rodoviárias, relativa a bens, obras e serviços, aplicável aos contratos de concessão de exploração de infraestrutura rodoviária. Essa norma vem para centralizar a atuação da ANTT na produção rodoviária, passando pelos temas de projetos de engenharia, execução de obras e prestação de serviços de infraestrutura rodoviária. Sua vigência está prevista para julho de 2023.

As demais normas ainda estão em processo de produção. Conforme a Agenda Regulatória da ANTT para o biênio 2023/2024<sup>110</sup>, este projeto está previsto para finalizar até o segundo semestre de 2024.

Como se nota, cuida-se de movimento da Agência para aprimoramento de sua regulação, que pode trazer novos instrumentos e atores para a regulação do setor.

#### **5.4 Conclusões parciais**

O presente capítulo teve por objeto demonstrar a evolução do aparelhamento da burocracia estatal em torno da indústria rodoviária, denotando política pública de priorização do modal, em face da complexidade logística do Brasil. Alocando-se a estrutura de execução, pesquisa e planejamento na Administração Indireta, em Autarquias e Empresas Públicas, manteve-se uma elite do serviço público sempre pronta a implementar as políticas de ampliação da infraestrutura rodoviária concedida e aprimoramento dos serviços.

De outra forma, a intervenção federal nas infraestruturas rodoviárias pode ser segmentada em três modelos, que consideram a contribuição dos usuários e a atuação pública como fatores essenciais: por absorção pura; por absorção patrocinada; e por direção. Neste sentido, a crise fiscal do final dos anos 1970 foi fundamental para a diversificação deste modelo de gestão pública, sendo certo que atualmente os principais eixos rodoviários estão entre as rodovias concedidas, sob a direção da Agência Reguladora setorial.

Importante constatar que, após 20 anos de regulação rodoviária federal, com quatro etapas de concessões já realizadas, permitiu-se averiguar que com a crescente complexidade dos contratos, geraram-se peculiaridades como barreiras à entrada de novos serviços, resistência

---

<sup>110</sup> Disponível em <https://portal.antt.gov.br/pt/web/guest/agenda-regulatoria>, acesso em 15/01/2023.

às novas tecnologias, dificuldades de implantação de novas técnicas de execução dos serviços. Isso trouxe a necessidade da revisão do marco regulatório setorial, na busca de se estabelecer uma regulação responsiva, que dê aos regulados o tratamento conforme os índices de cumprimento contratual.

Ademais, ainda se teve a oportunidade de olhar a regulação setorial sob as lentes da *Smart Regulation*, de forma a perceber a existência de esforços em busca de uma regulação mais responsiva, sem que esse movimento se dê de maneira sistêmica. De outra forma, ainda há muito espaço caso a regulação da concessão de rodovias federais queira caminhar neste sentido, sobretudo para buscar mais instrumentos educativos e de informação e econômicos, com coesão sistêmica, para tornar o subsetor de transportes menos prescritivo e mais responsivo. Espera-se que a reforma regulatória que se avizinha possa assumir essa bandeira e dar esse salto de qualidade.

Destaque-se que, dadas as peculiaridades da evolução do modelo brasileiro de concessões rodoviárias, e a inexistência de padrão de contrato, cuja evidência das diferenças específicas entre as etapas não restava no escopo dessa tese, optou-se por não trazer um *benchmarking* internacional para este capítulo de estudo de caso. De fato, far-se-ia necessário, para tanto, um estudo sistemático e aprofundado sobre as etapas contratuais, o que tiraria o foco da regulação, que é o núcleo do presente debate. Em vista disso, sugerindo que futuros estudos abordem o viés regulatório das diferentes etapas dos contratos de concessões de rodovias federais, indica-se que será realizado nos próximos essa comparação internacional será realizada, visto que os subsetores não se submetem a contrato de concessão, mas sim a regulação geral, o que facilita essa comparação.

A seguir, passa-se ao próximo estudo de caso para novamente testar a adesão à teoria, em outro subsetor dos transportes, de menor espectro, mas que também atinge milhares de usuários consumidores.



## 6 ESTUDO DE CASO 2: TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

O presente estudo de caso analisa a regulamentação da prestação de serviços de transporte aéreo no Brasil, com foco nas relações de consumo. Considerando o novo regulamento das Condições Gerais de Transporte Aéreo, a Resolução ANAC nº 400, de 14 de dezembro de 2016, quer-se demonstrar como a ANAC mudou seu viés de tratamento do tema, para buscar uma regulação mais responsiva assentada em *soft law* e fulcrada em uma rede de cooperação entre os atores setoriais. Vale alertar que o recorte que se faz abrange do serviço de transporte oferecido pela aviação comercial, que engloba os voos regulares e os não-regulares<sup>111</sup>, disponíveis para a contratação de qualquer consumidor (público em geral). Não se encontra neste escopo, portanto, a aviação executiva ou contratada individualmente.

Para isso, vale perpassar pelo panorama histórico da estrutura estatal que respalda o transporte aéreo e da conformação do serviço, identificando o sistema que compõe a relação de consumo, para depois avançar o regime jurídico da prestação, as recomendações da entidade internacional pertinente ao serviço, assim como uma análise do tratamento dos direitos dos passageiros em outros países e uma análise da Resolução nº 400/2016, com vistas a testar a aplicação dos preceitos da *Smart Regulation*.

### 6.1 Panorama Histórico dos Serviços de Transporte Aéreo

Neste capítulo a missão reside em mostrar de maneira direta o aparelho de Estado montado para a tutela dos serviços aéreos e a norma responsável pela proteção dos consumidores neste subsetor. Por esse motivo, não se espera compor a evolução completo da máquina estatal desde os primórdios da aviação, mas sim traçar um panorama geral de como se deu essa jornada, inclusive em relação à norma de proteção dos consumidores setorial.

Por isso, cumpre focar o olhar no contexto da evolução da aviação civil no Brasil, sobretudo da prestação do serviço, de modo a entender como foram desconstituídos os monopólios e desregulamentados os preços. A desmilitarização do setor também constitui

---

<sup>111</sup> Apesar do CBA, no art. 174-A, e da Lei nº 11.182/2005 terem superado este conceito após a reforma operada pela Lei nº 14.368/2022 (Lei do Voo Simples), o conceito ainda se fará útil para a discussão da Resolução nº 400/2016, valendo então que se socorra da definição disposta em no Doc 9626 da ICAO (2018, p. V-4-1), segundo o qual o item 4.5 indica (tradução livre): “O serviço aéreo regular é, tipicamente, um serviço aberto ao público em geral e operado em horário previamente divulgado ou com frequência regular, que constitui uma série sistematizada de voos, fácil de se identificar. Por outro lado, qualquer serviço aéreo que não seja regular, considera-se como operação não regular, incluindo, mas não se limitando a operações de fretamento. Observe que ‘não regular’ é uma designação para um serviço público, enquanto ‘charter’ (*charter*) é um termo utilizado nas contratações privadas, entre uma transportadora aérea e um fretador (embora esses dois termos tenham sido usados de forma indistinta)”. Por sua vez, a definição de voo não-regular é abrangente, de forma a englobar os demais serviços aéreos comerciais que não sejam regulares.

elemento relevante, para fins da regulação econômica dos serviços, permitindo que se entenda a relevância da abertura do mercado para a constituição de um ambiente competitivo.

Assim, serão feitas duas aproximações, em relação ao setor público e sua constituição e em relação às normas que protegem a relação de consumo neste mercado específico, de maneira a cercar esses dois espectros que compõem a base das discussões para o presente estudo de caso. Com efeito, o elemento responsivo a se destacar neste subsector tem muita relação com a incidências de instrumentos alternativos ao comando e controle, há um bom tempo, e à razoável fauna que convive no segmento, com iterações contínuas entre a Agência e os grupos de interesse e agentes públicos da defesa dos consumidores, como Ministério Público Federal, Secretaria Nacional do Consumidor e Procons.

#### 6.1.1 Estruturação setorial e processo de liberação das tarifas

De acordo com Malagutti (2001), a estruturação da aviação civil no âmbito do Governo Federal reporta-se ao início dos anos 1920, com a criação da Inspetoria Federal de Viação Marítima e Fluvial, que agregava entre suas atribuições a navegação aérea e a própria indústria nascente da aviação civil. Na década seguinte, o então Presidente Getúlio Vargas criaria o Departamento de Aviação Civil, dentro da estrutura do Ministério de Viação e Obras Públicas, nos termos do Decreto nº 19.902, de 22 de abril de 1931<sup>112</sup>. O primeiro Código Brasileiro do Ar foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 483, de 8 de junho de 1938.

Em razão da Segunda Guerra Mundial, o mesmo presidente levaria essa estrutura para compor o Ministério da Aeronáutica (MAER), com o argumento de unificar as unidades de aviação militares e civis existentes, em torno de uma Força Aérea Brasileira para a defesa do território nacional, conforme disposto no Decreto-Lei nº 2.961, de 20 de janeiro de 1941<sup>113</sup>. Nos termos do referido Decreto-Lei, se unificaram a Aeronáutica do Exército, o Corpo da Aviação Naval e o Departamento de Aeronáutica Civil sob um único Comando. O Decreto-Lei nº 4.331, de 23 de maio de 1942<sup>114</sup>, viria no ano seguinte para dar organização e direcionamento referido Departamento. Neste cenário se desenvolvia a Política de Transporte Aéreo, que já vinha desde o final dos anos 1920 recebendo empresas para operar no Brasil (MALAGUTTI, 2001, p. 4). Condor Syndikat, *Aeropostale*, Viação Aérea Riograndense S.A. (VARIG),

---

<sup>112</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19902-22-abril-1931-509417-norma-pe.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>113</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2961-20-janeiro-1941-412859-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>114</sup> Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4331-23-maio-1942-414581-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso em 15/01/2023.

Cruzeiro do Sul e Viação Aérea São Paulo S.A. (VASP) foram empresa que surgiram até 1943. Como registra Leurquin (2016, p. 82), a partir da década de 1940 teve um impulso para a aquisição de aeronaves, que acabavam por se tornar excedentes da Segunda Guerra Mundial. A aviação se tornaria muito pujante nestes anos.

Mas, com essa onda, o espaço aéreo brasileiro passaria a ser bastante demandado, por um aumento recorrente das empresas aéreas, cujo excesso de oferta de serviços viria a gerar uma crise no setor nos anos 1950, acarretando em movimentos de fusões e aquisições (LEURQUIN, 2016, p. 83) e de quebras (MALAGUTTI, 2001, p. 5). Nesta esteira, os anos 1960 seriam ainda piores.

Com a crise econômica no setor, advinda da baixa rentabilidade da atividade, do excesso de concorrência, da necessidade de investimentos para giro da frota e o ambiente político e econômico instáveis, o Poder Público se viu forçado a intervir na economia, considerando tratar-se de um setor estratégico. Estabelecia-se, então, uma regulação com o objetivo de garantir ao investidor e aos prestadores de serviços rendas mínimas para que pudessem viabilizar a continuidade das atividades de aviação civil (LEURQUIN, 2016, p. 83). O instrumento encontrado para essas alterações foram as Conferências Nacionais de Aviação Civil (CONAC)<sup>115</sup>, ocorridas inicialmente em 1961, 1963 e 1968 (MALAGUTTI, 2001, p. 5), pelas quais se buscou estabelecer a concentração de mercado e o controle da concorrência, com interferência pública nas próprias escolhas das empresas aéreas, em relação aos serviços, os equipamentos e aparelhos e o valor das tarifas.

O período seguinte é bem sintetizado por Oliveira, nos seguintes termos (2009, p. 80):

Pode-se dividir os últimos quarenta anos de políticas públicas para o transporte aéreo em cinco grandes períodos: Período de Regulação Estrita (1968-1985); Período de Regulação Enfraquecida (1986-1992); Primeira Rodada de Liberalização, (1993-1997); Segunda Rodada de Liberalização (1998-2001); Quase-Desregulação (2001-2002); Re-Regulação (2003- 2004); e, por fim, Retomada da Desregulação com Redesenho Institucional (2005 em diante).

Se o (quase) fechamento do mercado representava por um lado a constituição de monopólios públicos artificiais, em torno da concessão das linhas aéreas, por outro serviu para a composição de uma sólida estrutura de Estado em torno do serviço aéreo. Aproveitando a ampla reforma deflagrada na Administração Pública a partir do Decreto-Lei nº 200, de 25 de janeiro de 1967, a Aeronáutica Militar também se atualizou, inclusive seguindo padrões internacionais no caso da aviação civil que coordenava.

---

<sup>115</sup> Os CONAC, em si, representariam um esforço, dada a possível crise setorial, de firmar uma relação contínua entre Estado e empresas aéreas, ligados pela regulação do DAC, o que permitiria a manutenção do serviço, tanto que após a terceira Conferência seria firmada a política de estímulo às fusões e uma regulação mais forte por parte do Poder Público (LEURQUIN, 2016, p. 83).

Vale, assim, referir as seguintes entidades, que demonstram o nível de detalhamento que a entidade adquiriu no período, por sua área: na infraestrutura aeronáutica, navegação aérea e telecomunicações aeronáuticas, a empresa Telecomunicações Aeronáuticas Sociedade Anônima (TASA) e a Diretoria de Eletrônica e Proteção ao Voo (DEPV)<sup>116</sup>, criados respectivamente em 1969 e 1972 (FEITOSA, 2013), que viriam a se juntar à Comissão de Estudos Relativos à Navegação Aérea Internacional (CERNAI)<sup>117</sup>; na indústria aeronáutica, a Embraer, autorizada pelo Decreto-Lei nº 770, de 19 de agosto de 1969 e criada pelo Decreto nº 65.482, de 21 de outubro de 1969; na infraestrutura aeroportuária, a Infraero, criada pela Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972; na aviação civil, o Departamento de Aviação Civil (DAC), renomeado e reorganizado, nos termos do Decreto 65.143, de 12 de setembro de 1969, que lhe atribui novo regulamento<sup>118</sup>. Não se pode esquecer, neste contexto, do contemporâneo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes (CENIPA), criado pelo Decreto nº 69.565, de 19 de novembro de 1971, voltado a uma atividade preventiva de segurança e investigativa acerca dos acidentes aéreos.

Toda essa reorganização ocorreu, justamente, no período designado por regulação estrita (OLIVEIRA, 2009, p. 81), em que o apetite interventivo do Estado se lança sobre a aviação civil. Cumpre identificar que o efeito colateral dessa interferência foi, aparentemente, a composição de uma máquina robusta, que se apropriaria dos caminhos e do controle da aviação civil nacional, mas que viria também a conhecer profundamente este mercado e o levar depois à abertura, nos anos 2000.

Do outro lado, o Governo agiu rápido para compor os monopólios, inaugurando a política de outorgas pelo Decreto nº 72.898, de 9 de outubro de 1973. Por essa política pública, regulamentou-se a concessão ou autorização de serviço aéreo de transporte regular de passageiro, carga e mala postal. Havia uma Câmara de Compensação de Bilhetes, provavelmente para tornar o serviço portátil e interoperável (art. 1º, §7º) e competia ao DAC estabelecer as linhas, pelo ponto de origem e destino (art. 2º).

A norma definia os meios de delegação, o prazo (15 anos para concessão, prorrogáveis por igual período, e 5 anos para autorização) e as condições para ser aceita a empresa para prestação dos serviços. Curioso observar que a autorização se tratava de outorga precária,

---

<sup>116</sup> O DEPV viria a ser substituído pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), em 2001, ainda em atuação.

<sup>117</sup> O CERNAI foi criado pelo Decreto nº 27.353, de 20 de outubro de 1949, e atua até hoje com altos estudos sobre a navegação aérea internacional.

<sup>118</sup> Essa nova configuração do DAC vigeria até o advento da Lei nº 11.182/2005, que criou a ANAC e determinou em seu art. 42 que uma vez instalada a Agência, estaria o Poder Executivo autorizado a extinguir o Departamento, o que foi levado a efeito nos termos do art. 9º do Decreto nº 8.909, de 22 de novembro de 2016.

“revogável quando o interesse público o exigir” (art. 3º). Cabia ao MAER conduzir o certame para a outorga das linhas que deviam ser preenchidas, quando interesse público exigisse (art. 4º). O art. 10 do referido Decreto ditava as condições para a concessão e autorização, bastante focada na constituição e controle da empresa, que deveria ser majoritariamente detida por brasileiros. A norma também trazia permissivo para fusões, consórcios e associação entre empresas aéreas (art. 14) e publicava, ainda, em suas disposições transitórias as primeiras outorgas do direito de executar o serviço aéreo de transporte doméstico regular de passageiro, carga e mala postal, independente de pedido, para: a VARIG, a VASP, a Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul S.A. e a Transbrasil S.A. Linhas Aéreas (art. 15). As linhas internacionais foram delegadas à VARIG e à Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul S.A. (art. 16). Portanto, em nível macro, o mercado tinha sido dividido.

O capítulo seguinte que marca este período de “regulação estrita”, e que fecha o arranjo econômico dado ao serviço de transporte aéreo, foi a concepção do Sistema de Integração da Aviação Civil Regional (SITAR), que se deu nos termos do Decreto nº 76.590, de 11 de novembro de 1975. Com evidentes contornos de política pública de fomento e desenvolvimento regional, estabelecia-se uma segregação nacional do serviço, instituindo-se concessões de linhas aéreas de forma regional, pelo prazo de 15 anos, prorrogáveis por igual período. As praças e frequências dos voos seriam definidos pela MAER, que ainda dispunha sobre o capital social mínimo para que a empresa aérea pudesse receber o operar a outorga. Pelo mesmo Decreto ainda se impôs um adicional tarifário de 3% sobre as passagens aéreas das linhas domésticas, de natureza aparentemente tributária, para aporte a Conta Especial do Fundo Aeroviário<sup>119</sup>, que tinha por destinação específica a suplementação das tarifas das linhas estabelecidas com base no SITAR.

Assim, nenhum entrante era permitido, e o mercado ficou reduzido a quatro empresas de caráter nacional e mais uma para cada região, fixadas para atender o Nordeste, o Sul, o Norte-Amazonia, o Centro-Sul e Centro-Norte (LEURQUIN, 2016, p. 84-85). Por esse sistema, as empresas regionais faziam a alimentação e as empresas nacionais, as linhas tronco. Esse modelo perdurou até meados dos anos 1980, sendo inclusive, quase na sua derrocada, internalizado no CBA (arts. 180 a 191)<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> O Fundo Aeroviário havia sido criado nesse mesmo período de intervenção mais intensa, pelo Decreto-Lei nº 270, de 28 de fevereiro de 1967.

<sup>120</sup> É curioso olhar essa movimentação feita no CBA, que tentou manter um modelo de outorga de serviços que não se sustentava à época e que se tornou incompatível com a CRFB e com a Lei nº 8.666/1990 (Lei de licitações), restando até necessário que está fizesse uma exceção no seu art. 122, para indicar a existência de “procedimento licitatório específico” nas concessões de linhas aéreas. De qualquer forma, como se verá, a partir dos anos 2000,

Com a crise fiscal instalada no Estado Brasileiro em geral, a década de 1980 assistiu ao enfraquecimento da regulação do transporte aéreo e ao início da derrocada dessa política pública de estruturação, planejamento, fomento e desenvolvimento econômico do transporte aéreo de forma centralizada, pelo MAER. Eram ecos de uma nova ordem política global que assolava o mundo e viria a afetar todos os mercados em curso (MALAGUTTI, 2001, p. 6). Esse segundo momento, que se identifica como “regulação com política de estabilização, como um período conturbado pelos seguidos planos econômicos para estabilizar a economia, que teria durado entre 1986 e 1992, mas que afetavam as tarifas e o faturamento das empresas (OLIVEIRA, 2009, p. 86).

Apesar do IV CONAC não ter trazido novidades para o cenário regulatório, dada a clara renúncia pública ao regime de indexação da economia e da fixação de preços, deu-se início à flexibilização da política e da regulação no setor, reduzindo-se, gradualmente, a intervenção do Estado nas atividades econômicas relacionadas aos serviços de transporte aéreo. Ainda que, como mencionado, neste aspecto o CBA tenha sido publicado na contramão da tendência nacional e mundial, o DAC/MAER viria a propor a Política de Flexibilização da Aviação Comercial, que teria, entre suas ações em 1989<sup>121</sup>, o estabelecimento das bandas tarifárias, que compôs relevante passo em direção à liberação dos preços das passagens aéreas (MALAGUTTI, 2001, p. 6).

O terceiro período da política e regulação, caracterizado por representar a primeira rodada de desregulamentação ou “Liberalização com Política de Estabilização Inativa”, na definição de Oliveira (2009, p. 87), está identificado entre os anos de 1993 e 1997 apesar de os elementos cruciais para a caracterização deste período terem se iniciado antes disso. Nesse contexto, rememora-se o Programa Federal de Desregulamentação, veiculado pelo Decreto nº 99.179, de 15 de março de 1990, pelo qual se anunciava a intenção do Estado de reduzir a interferência nas atividades privadas, de maneira a contribuir para a maior eficiência e o menor custo dos serviços públicos. No seu conteúdo estava a diretriz de extinção de órgão e entidades públicas com atribuições que se tornem supérfluas ou contrárias às diretrizes do decreto. Ainda

---

esses dispositivos passaram a ser cada vez mais excepcionados, sendo que somente na Lei nº 14.368/2022, “Lei do Voo Simples”, é que se promoveu a revogação completa destes dispositivos do CBA.

<sup>121</sup> As bandas tarifárias foram uma política pública de limites dos preços das passagens aéreas, que vigeu de 1989 a 1998, para estabelecer uma faixa de variação para as tarifas, que configurava descontos dados pela empresa aérea ou adicional em caso de aumento da demanda por determinado serviço. Teve por variação inicial a possibilidade de desconto de 25% ou acréscimo de 10%, mas que a partir de 1990 passou para o intervalo de desconto de 50% e acréscimo de até 32% (OLIVEIRA, 2009, p. 112). Serviu como primeiro teste para a desregulamentação das tarifas fixas e configurou importante instrumento de transição para a liberdade tarifária, que ocorreria a partir dos anos 2000.

foi criada uma Comissão Especial, a quem coube promover o levantamento das matérias, atividades e setores a serem objeto de desregulamentação (art. 5º).

Outro precedente importante foi a realização do V CONAC em 1991, no qual se planejou que os monopólios regionais, criados no âmbito do SITAR, foram abolidos, o que inclusive abriu espaço para a entrada de novas prestadoras. Nos termos do Decreto nº 99.677, de 8 de novembro de 1990, o Decreto nº 72.898/1973 foi revogado. Contudo, o adicional tarifário de 3% sobre a emissão de bilhetes aéreos, destinado para linhas regionais ou pioneiras (até 30 assentos), foi mantido, por Portarias do Estado Maior da Aeronáutica (EMAER)<sup>122</sup>. Foram continuados, também, os monopólios das ligações entre os grandes centros (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília)<sup>123</sup>, serviço nominado por Linhas Aéreas Especiais, que tinham sido criadas em 1986 sob a alcunha de “Voos Direto ao Centro” (OLIVEIRA, 2009, p. 87-88).

Ademais, após a estabilização do mercado com as Reformas de 1994, sobretudo o Plano Real, houve uma certa pacificação da economia, com menor pressão sobre os preços. Isso facilitou ao DAC a expedição de novas normas sobre os serviços aéreos e o início de uma política de livre concorrência para desenvolvimento do transporte aéreo (LEURQUIN, 2016, p. 88).

O quarto período assinalado como “Liberalização com Restrição de Política de Estabilização”, que vigeu entre 1998 e 2001, marcaria a consolidação desta etapa de abertura da política e da regulação sobre as tarifas aéreas. Seria o terceiro marco das reformas do sistema de gestão comercial do transporte aéreo. Nesse episódio, decidiu-se inicialmente pela extinção das bandas tarifárias e da exclusividade de direitos sobre as Linhas Aéreas Especiais (OLIVEIRA, 2009, p. 89), o que foi operado por Portarias do DAC e do EMAER.

No caso das bandas tarifárias, era o fim da última política de controle de preços. Especificamente a política das bandas tinha sido estabelecida em 1989 e durou nove anos. Essa abertura de mercado gerou um novo momento de competitividade no setor, atraindo entrantes para o serviço de transporte aéreo. Não obstante, o Ministério da Fazenda (MF), em conjunto com o da DAC, ante a instabilidade cambial ocorrida em 1999, viria a impor restrições para os reajustes de preços, que precisariam ser aprovados por estas autoridades (LEURQUIN, 2016, p. 89).

---

<sup>122</sup> O adicional tarifário manteve-se, pela Portaria nº 690/GM5, de 15 de setembro de 1992, publicada na Seção I, do Diário Oficial União nº 179, de 17 de setembro de 1992. Disponível em [www.sislaer.fab.mil.br](http://www.sislaer.fab.mil.br), acesso em 15/01/2023.

<sup>123</sup> Conforme Portaria nº 688/GM5, de 15 de setembro 1992. Disponível em <https://www.sislaer.fab.mil.br/>, acesso em 15/01/2023.

O quinto período, denominado por “quase desregulação”, compreende curto espaço de tempo, que serve para reconhecer a relevância da declaração da liberdade tarifária para os serviços de transporte aéreo domésticos, que marca a terceira rodada de liberalização (OLIVEIRA, 2009, p. 90). Neste contexto, foram relevantes a Resolução CONAC nº 8, de 9 de agosto de 2001, a Portaria MF nº 248, de 10 de agosto de 2001<sup>124</sup> e a Portaria nº 1.213/DGCAC, de 16 de agosto de 2001<sup>125</sup>, para registrar que as ficavam “liberadas as tarifas aéreas de passageiros, cargas e mala postal, praticadas pelas empresas de transporte aéreo doméstico em todo o território nacional” e que “as linhas aéreas regulares domésticas de passageiros e cargas estão submetidas ao regime de liberdade tarifária”. Não obstante, as empresas de transporte aéreo deveriam promover o registro das tarifas comercializadas no DAC, para fins de monitoramento, até o 5º dia útil da comercialização (art. 4º, da Portaria nº 1.213/DGCAC/2001). Com isso, o DAC removeu grande parte das restrições de regulação econômica, para promover a desregulamentação dos preços, facilitando a entrada de novas transportadoras e solicitações de novas frequências. Note-se, entretanto, que a regulação econômica se mantém no caso da regulação de frequências em aeroportos congestionados (definições de janelas horárias de pouco e decolagens, denominadas *slots*).

Por isso, admite-se que a desregulamentação do setor se deu nestes três pacotes de 1992, 1998 e 2001, que acabaram por dar outra face ao serviço prestado, ao se estabelecer um ambiente de livre concorrência entre as transportadoras aéreas. A cooperação entre o MF e o DAC foi fundamental para este avanço no mercado, que abriu muitas vantagens para os consumidores, que passaram a contar com um maior leque de possibilidades de serviço, inclusive com a ampliação da função dos programas de milhagens. Neste cenário, o modelo de gerenciamento de receitas (*yield management*)<sup>126</sup>, fundamental para o funcionamento do setor e que será explicado abaixo, ganhou grande margem de aplicação e se tornou essencial para a operação financeira das transportadoras aéreas.

Entre 2003 e 2004, o Governo teria recuado em alguns pontos, para evitar o que se chamou de competição ruínosa entre as prestadoras de serviços (OLIVEIRA, 2009, p. 97). Nos termos das Portarias nºs 243/GC5, de 13 de março de 2003 e a 731/GC5, de 11 de agosto de 2003<sup>127</sup>, determinou-se que o DAC que promovesse a “adequação da oferta de transporte aéreo, feita pelas empresas aéreas, à demanda disponível no mercado”. As empresas tiveram então de

---

<sup>124</sup> Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1476391](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1476391), acesso em 15/01/2023.

<sup>125</sup> Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=182463>, acesso em 15/01/2023.

<sup>126</sup> Conforme Oliveira (2009, p. 91).

<sup>127</sup> Disponíveis em [www.sislaer.fab.mil.br](http://www.sislaer.fab.mil.br), acesso em 15/01/2023.



desenvolver plano de racionalização das linhas, sob coordenação e com a colaboração do DAC. Novas autorizações de importação de aeronaves também deveriam passar pelo Departamento Militar, comprovando-se sua “real necessidade”, com base nas autorizações de serviços concedidas.

No anexo da Portaria nº 731/GC5/2003 foi disposta a “Política para os Serviços de Transporte Aéreo Comercial no Brasil”, inclusive com suas diretrizes. Por essa diretiva, reconhecia-se o valor da ampliação serviço e da concorrência, mas o excesso de oferta era visto com potencial de “impacto sério e adverso sobre a viabilidade econômica das operações”. Contudo, entendia-se a liberdade tarifária como “um objetivo já atingido”, sendo esta apenas uma medida de cautela, em face das experiências de desregulamentações recentes ao redor do mundo. Com isso, não houve uma “rerregulação tarifária”, o que foi bastante positivo. Mas mesmo essa nova ação protecionista não foi capaz de evitar que empresas como a VASP e a Transbrasil viessem a falir na época.

O último período de mudanças relatado por Oliveira (2009, p. 98-105), foi batizado de retomada da desregulação com desenvolvimento industrial, iniciado em 2005. Passado o ensaio para retomar a regulação, a reação veio com medidas mais perenes pela desregulamentação, inclusive com a extinção do DAC e transferência de suas atividades para uma entidade civil, que seria extinta e substituída pela ANAC, nos termos do art. 42, da Lei nº 11.182/2005. Inicialmente funcionando com apoio da Força Aérea, a lei ainda estabeleceu que esse contingente seria substituído por corpo civil, no prazo máximo de cinco anos (art. 46 e §§). A Lei nº 11.182/2005 ainda trouxe em seu conteúdo a positivação da liberdade de rotas e de tarifas, nos termos dos arts. 48 e 49, de forma a flexibilizar expressamente o CBA. A regulação dos *slots*, dada inicialmente pela Resolução ANAC nº 2 de 3 de julho de 2006, foi essencial para viabilizar a gestão da disponibilização de infraestruturas para os novos serviços que viriam a ser oferecidos.

Em 2007, seria criada a Secretaria de Aviação Civil (SAC) no âmbito do Ministério da Defesa, com função de assessorar o Ministro na coordenação e supervisão dos órgãos e das entidades responsáveis pela gestão, regulação e fiscalização da aviação civil, da infraestrutura aeroportuária civil e da infraestrutura de navegação aérea civil vinculados àquela Pasta, conforme Decreto nº 6.223, de 4 de outubro de 2007, e art. 26 da então Estrutura Regimental do MD. No futuro, essa estrutura seria transferida para a Presidência da República (SAC-PR), nos termos da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, convertida na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Outros passos no sentido de que a liberdade tarifária não ficasse somente nos voos domésticos foram adotados pela ANAC nos anos seguintes. Nesse ponto, vale referenciar as Resoluções ANAC nº 61, de 20 de novembro de 2008, pela qual se promoveu a liberdade tarifária nos serviços internacionais com destino à América do Sul e nº 83, de 22 de abril de 2009, que liberou para o resto dos países do mundo, com o qual o Brasil tem frequência autorizada por acordo internacional.

No âmbito das políticas públicas, o Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprova o Plano Nacional de Aviação Civil (PNAC), veio para dispor sobre as “diretrizes e estratégias que nortearão o planejamento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da aviação civil brasileira, estabelecendo objetivos e ações estratégicas para esse setor”. Nesse documento, foram eleitos seis objetivos e correspondentes estratégias, dentre elas a prestação de serviço adequado e a proteção do consumidor. De forma bastante pioneira, a política setorial passava a tutelar as relações de consumo e os deveres de segurança jurídica, previsibilidade, transparência e lealdade das transportadoras em relação aos seus clientes. O fornecimento de informações essenciais para que o cliente entenda o contrato de consumo também foram bastante sublinhadas nesta política, reverberando, inclusive, disposições do próprio CDC.

Após esse salto de qualidade nas relações consumidor-empresa de transportes, poder-se-ia alocar um novo período de mudanças significativas na regulação econômica e de relações de consumo do subsetor de transporte aéreo, entre os anos de 2011 e 2022. Nesse período, a ANAC promoveu junto com a SAC-PR, agora sob regência da Presidência da República, um amplo programa de concessões de aeroportos, visando obter investimentos para a expansão e melhoria dos serviços aeroportuários oferecidos. Nesse ponto, deu-se uma divisão da condução da política setorial entre Casa Civil e o MD, sendo que a infraestrutura aeroportuária coube à SAC-PR e a aeronáutica ao DECEA/MD. Até o momento já foram sete rodadas de concessões de aeroportos, tendo sido outorgados mais de 59 aeroportos concedidos individualmente ou em blocos (total de 19 contratos). Com esse processo de desestatização, reduziu-se em muito o papel da Infraero, que ficou a cargo de algumas infraestruturas aeroportuárias ainda remanescentes (como o caso do aeroporto de Santos Dumont no Rio de Janeiro) e alguns serviços regionais para os quais está sendo contratada.

Outro marco que pode ser considerado como uma quarta rodada de liberalização, referente à desregulamentação da franquia e bagagem, realizada pela Resolução ANAC nº 400/2016, que será abaixo mais bem estudada, em especial para que seja cotejada a influência da regulação responsiva. A norma ainda adota tratamento moderno em relação aos consumidores, seguindo boas práticas internacionais.

Em relação ao setor, ainda cabe menção ao impacto da crise mundial da pandemia de Covid-19, entre os anos de 2020 e 2022, cujos efeitos ainda estão sendo apurados. A regulação agiu para mitigar os efeitos da crise sanitária, de forma, por exemplo, a: flexibilizar deveres das empresas aéreas (Resolução ANAC nº 556, de 13 de maio de 2020); interromper o prazo para pagamento de multas (Resolução ANAC nº 565, de 10 de junho de 2020); sobrestar julgamento de processos administrativos (Resolução ANAC nº 583, de 1º de setembro de 2020); dar as diretrizes para permitir em caráter excepcional o transporte de carga nos compartimentos de passageiros (Resolução ANAC nº 600, de 14 de dezembro de 2020); e conceder ao Serviço de Salvamento e Combate a Incêndio (SESCINC) do aeroporto isenções temporárias (Resolução ANAC nº 619, de 28 de abril de 2021).

Atualmente, a estrutura de política pública está franqueada ao Ministério de Portos e Aeroportos, criado pela Medida Provisória nº 1.154 e organizado pelo Decreto nº 11.354, ambos de 1º de janeiro de 2023.

Exposto isso, resta sintetizada a evolução orgânica da estrutura pública da aviação civil, bem como da composição do serviço, inclusive com os primeiros traços das relações de consumo. Contudo, vale aprofundar neste mister, para observar especificamente a natureza da norma que cuida dos deveres do prestador perante seus clientes.

### 6.1.2 Condições Gerais de Transporte Aéreo

São chamadas de Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA) o conjunto de regras que têm como objetivo disciplinar as obrigações essenciais do prestador de serviços de transporte aéreo, em relação aos seus clientes potenciais (expostos à propaganda) e efetivos (passageiros, que são os consumidores do serviço). Elas são, portanto, o arcabouço mínimo dos direitos desses clientes e constituem a perspectiva do dirigismo público dos contratos privados de transporte aéreo, veiculando as normas de ordem pública de proteção e defesa dos consumidores para o arcabouço de deveres das prestadoras de serviço, que neste caso são as empresas aérea. Por isso, as CGTA padronizam as práticas que devem estar abrangidas pelo serviço de transporte aéreo, para assegurar direitos e exigir transparência e lealdade contratual. Com isso, tem como escopo disciplinar o contrato de prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros, estabelecendo as obrigações das partes e responsabilidades no curso da entrega ao consumidor e na hipótese de ocorrências que interfiram na prestação.

As CGTA foram inicialmente reguladas no Brasil pela Portaria MAER nº 170, de 31 de agosto de 1948, seguida das Portarias nº 82/GS5/1961 e 501-GM5/1961, da Portaria nº 50-

GS5/1975, pela Portaria nº 957-GS5/1989 e, finalmente, pela Portaria nº 676/GC-5/2000, última expedida por autoridade militar.

Com o tempo e as inovações tecnológicas e de procedimentos do transporte aéreo, a Portaria nº 676/GC-5/2000 foi sendo aos poucos modificada e complementada por outros regulamentos, tais como:

- Resolução ANAC nº 34/2008, que passou a possibilitar a autuação dos operadores aéreos por dano coletivo;
- Resolução nº 130/2009, trata de identificação dos passageiros;
- Resolução nº 138/2010, que dispôs sobre comercialização e características do bilhete de passagem;
- Resolução nº 140/2010, que regulamenta o registro de tarifas referentes aos serviços de transporte aéreo regular;
- Resolução nº 141/2010, que dispôs sobre as medidas a serem tomadas pelas empresas aéreas no caso de atrasos, cancelamentos e preterições de passageiros;
- Resolução nº 196/2011, que normatizava o serviço de atendimento ao passageiro prestado pelas empresas de transporte aéreo regular; e
- Resolução nº 350/2014, apenas o §§2º e 3º do art. 10, que cuidou da devolução de tarifa de embarque.

Contudo, tanto em razão da obsolescência dos dispositivos da Portaria nº 676/GC-5/2000, editada antes da própria liberdade tarifária, como diante da multiplicidade de normativos sobre os direitos dos passageiros, optou a ANAC por uma mudança estrutural no arcabouço normativo, de forma a renovar o marco regulatório do transporte aéreo, no que toca às relações de consumo. Por isso, promoveu a elaboração de novo normativo, que agregasse todos os direitos e deveres dos consumidores do transporte aéreo e espelhasse, inclusive, as atuais práticas do setor, inclusive com contornos responsivos.

Assim, em 2013, uma proposta nova de CGTA foi listada na Agenda Regulatória da ANAC do exercício de 2014<sup>128</sup>, e renovada para a Agenda de 2015/2016<sup>129</sup>, com previsão final de publicação até 31.12.2016. No curso da elaboração deste regulamento, foram feitas duas

---

<sup>128</sup> Conforme *Agenda Regulatória: Relatório Final 2014*, item 5.1.5, tema 15: Revisão das condições gerais de transporte aéreo. Disponível em [https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/agenda-regulatoria/relatorio\\_final\\_agenda-20regulatoria\\_2014-1-1.pdf](https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/agenda-regulatoria/relatorio_final_agenda-20regulatoria_2014-1-1.pdf), acesso em 15/01/2023.

<sup>129</sup> Nos termos da Portaria ANAC nº 2.975, de 10 de dezembro de 2014 e Anexo e Conforme *Agenda Regulatória: Relatório Final 2015-2016*, item 6.11, tema 37: Revisão das Condições Gerais de Transporte Aéreo. Disponível em [https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/agenda-regulatoria/Relatorio\\_Final\\_AgendaRegulatoria\\_20152016.pdf](https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/agenda-regulatoria/Relatorio_Final_AgendaRegulatoria_20152016.pdf), acesso em 15/01/2023.

interações com a sociedade, pela Consulta Pública nº 4/2014<sup>130</sup> e pela Audiência Pública nº 3/2016<sup>131</sup>, aproximação pouco realizada na época pela ANAC, mas que se entendeu necessária ante o apelo social que a norma teria. De fato, a Resolução nº 400 foi publicada em 14.12.2016, com vigência para 14.03.2017, como nova norma das Condições Gerais de Transporte Aéreo.

A princípio, a revisão deveria atingir apenas a Portaria nº 676/GC-5 de 2000, restando as demais Resoluções ANAC nº 138, 139, 140, 141 e 196 consolidadas nas novas CGTA. No entanto, a percepção de que as regras poderiam ser aprimoradas levaram Agência a aperfeiçoar todas as regras atinentes ao modelo.

Outras normas que tratavam de condições de transporte, editadas ao longo dos anos, também foram incorporadas ao texto da CGTA. São elas:

- NOSAI TP – 024, de 01 de agosto de 1985, que tratava de tarifa de excesso de bagagem, no sistema de bagagem por peso;
- IAC 2203/0399, de 16 de março de 1999, que cuidava de informações aos usuários do transporte aéreo;
- NOSAI nº CT – 011, de 20 de setembro de 2000, que dispunha sobre o transporte de bagagens por peças;
- NOSAI CT – 012, de 23 de março de 2001, que versava de regulamentação de bagagens por peso; e
- NOSAI TP – 005, de 07 de fevereiro de 2003, que tratava de tarifas de excesso de bagagem por peça.

Nesse processo de construção das novas CGTA, para além de uma atualização e consolidação normativa, ainda se abriu diálogo acerca das regras de transportes e prestação de serviços dispostas no CCB e no CDC. Na outra ponta, se apropriou do Plano Nacional de Aviação Civil (PNAC), que também indica o atendimento às necessidades dos consumidores, assim como das orientações internacionais dadas pela ICAO, que igualmente defende o estabelecimento de princípios fundamentais da proteção do consumidor. Com isso, adotou um viés claramente voltado à tutela do consumidor, sem deixar de reforçar os mecanismos de autotutela, por meio de plataforma pública de resolução alternativa de conflitos, da qual inclusive se extrai e publica dados sobre o atendimento dispensado pelas companhias aéreas.

---

<sup>130</sup> Para mais informações sobre os relatórios produzidos neste procedimento, disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consultas-publicas-encerradas/encerradas-2014>, acesso em 15/01/2023.

<sup>131</sup> Para mais informações sobre os relatórios produzidos por este procedimento, disponível em <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/2016>, acesso em 15/01/2023.

Exposta a formação do aparato regulatório do transporte aéreo brasileiro, o advento da desregulação parcial, que tem seu ponto ápice com a liberdade tarifária, e das CGTA, válido entender o regime jurídico deste transporte aéreo, esclarecendo as funções da autoridade reguladora e das leis gerais e especial que incidem sobre o serviço.

## **6.2 Regime jurídico do transporte aéreo de passageiros**

Ora cumpre compor os elementos mínimos do marco regulatório das relações de consumo do transporte aéreo no Brasil. Inicialmente, vale verificar que compete privativamente à União legislar sobre Direito Aeronáutico, conforme artigo 22, I, da Constituição Federal, de 1988. Assim, esta, por meio da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispôs sobre o CBA. O referido documento trata de um conjunto de normas cuja finalidade é regular as atividades e serviços, direta ou indiretamente, vinculados à utilização de aeronaves civis e comerciais, configurando uma parcela da indústria da aviação civil.

O serviço de transporte aéreo refere-se ao movimento de cargas pelo ar (bens, pessoas e informação), com o auxílio de aeronaves. O contrato de transporte aéreo é o documento que formaliza a relação de serviços entre empresa aérea e passageiro ou contratante do frete aéreo. Considerando se tratar de serviço massificado, esse instrumento tem características de contrato de adesão, em que cabe ao contratante, principalmente, a escolha da rota, data e horários de partida e chegada.

Retomando a perspectiva do CCB (arts. 730 e 731), por esse tipo de contrato, alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar (deslocamento espacial), pessoas ou coisas. Ainda aponta o Estatuto Civil que o serviço de transporte depende de autorização, permissão ou concessão e submete-se aos regulamentos setoriais próprios, legislação especial, tratados e convenções internacionais, naquilo que não contrariem o CCB (art. 732). Neste contexto, as CGTA representam a regulamentação especializada setorial, mencionada no referido Diploma Civil. Vale ponderar que o CCB tem feições de norma geral, que se aplica de forma supletiva em relação a outras mais especializadas, como é o caso do CBA, por isso que a leitura do art. 732 deve ser feita com toda a cautela, considerando o fato jurídico ocorrido.

Por sua vez, o CBA disciplinou o contrato de transporte aéreo de maneira específica, indicando que neste instrumento, o empresário obriga-se a “transportar passageiro, bagagem ou carga, por meio de aeronave, mediante pagamento” (art. 222). Na dinâmica deste Código do Ar, tem-se que o bilhete de passagem ou *e-ticket* (formatos físico e eletrônico) representa o

contrato de transporte, logo, a obrigação de serviço adquirido junto ao operador aéreo, como se absorve da leitura do art. 226. O CBA também delimita a execução do contrato de transporte aéreo às operações de embarque e desembarque, nos termos do seu art. 233<sup>132</sup>. Ainda sobre o tema, deve-se citar o contrato de transporte de bagagem, que é contrato acessório ao serviço pactuado pelo passageiro, que não subsiste sem o principal, mas que tem dinâmica própria, cuja execução inicia-se a partir da entrega do volume na origem do serviço e se finda com sua devolução no destino ou gera direito de indenização ao contratante, em caso de dano ou extravio (art. 234).

Como mencionado, o setor de transporte aéreo, em geral, passou por uma significativa reforma legislativa, operada pela Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, denominada “Lei do Voo Simples”. Conforme nova disposição legal, os serviços aéreos passam a ser integralmente regidos pelas normas da Agência setorial, observados os acordos e regras internacionais. Vide novo dispositivo do CBA:

Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986

Art. 174-A. Os serviços aéreos são consideradas atividades econômicas de interesse público submetidas à regulação da autoridade de aviação civil, na forma da legislação específica.

Parágrafo único. As normas regulatórias da autoridade de aviação civil disporão sobre os serviços aéreos regulares e não regulares, observados os acordos internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária.<sup>133</sup>

Cabe recordar que o antigo art. 180 da Lei 7.565/1986, preconizava que o serviço de transporte aéreo regular dependeria sempre de prévia concessão, o que não encontrava amparo nas leis de outorga aplicáveis, quais sejam, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Em verdade, mesmo em face do art. 175, da CRFB/1988, nunca houve qualquer obrigação de licitação para a concessão de linha de transporte aéreo.

Conforme destacado no Acórdão nº 346, da sessão de 5 de março de 2008 do Plenário do TCU, “o instituto da concessão foi idealizado para a prestação de serviços públicos em situações de monopólio natural, em que não há condições de competição e, portanto, aplica-se forte regulação econômica” o que não se vê na conjuntura do transporte aéreo de passageiros. Nesse aspecto, dada a dinâmica operacional já estabelecida no mercado, a outorga da

<sup>132</sup> O que pode vir a ter seu espectro ampliado, conforme o perfil do passageiro, como disposto na Resolução ANAC nº 280, de 11 de julho de 2013, que tratou dos procedimentos relativos à acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo

<sup>133</sup> Cumpre esclarecer que, nos termos do art. 2º, I e II, da Resolução ANAC nº 440, de 9 de agosto de 2017, define-se serviço aéreo regular como “serviço de transporte aéreo público, ofertado ao público em geral e operado de acordo com uma programação previamente publicada ou com regularidade tal que constitua uma série sistemática de voos facilmente identificável” e não regular seria o “serviço de transporte aéreo público que não se caracterize como serviço aéreo regular”. Essa definição é importante em face do art. 1º da Resolução ANAC nº 400/2016, que dispõe que a resolução se aplica ao transporte aéreo regular e ao não-regular, somente quando comercializar assentos individualmente ao público, buscando tutelar, de fato, o serviço massificado direcionado ao consumidor.

exploração de linha aérea em regime de exclusividade não condizia com o mercado competitivo vigente.

A mesma lei que alterou o conceito de transporte aéreo também ajustou o sistema de previsão de infrações do CBA, abrindo a possibilidade específica de regulação direta em razão de ofensas às CGTA, nos seguintes termos:

Art. 299. Será aplicada multa de até 1.000 (mil) valores de referência, ou de suspensão ou cassação de quaisquer certificados de matrícula, de habilitação, de autorização ou de homologação expedidos segundo as regras deste Código, nos seguintes casos:

(...)

II - execução de serviços aéreos de forma a comprometer a ordem ou a segurança pública, ou com violação das normas de segurança dos transportes;

(...)

Art. 302. A multa será aplicada pela prática das seguintes infrações:

(...)

II - infrações imputáveis a aeronautas e aeroviários ou operadores de aeronaves:

(...)

h) infringir as Condições Gerais de Transporte ou as instruções sobre tarifas;

(...)

III - infrações imputáveis aos prestadores de serviços aéreos:

(...)

u) infringir as Condições Gerais de Transporte, bem como as demais normas que dispõem sobre os serviços aéreos;

Como se vê, incide a autorização para utilização do comando e controle, o que não é tomado como uma constante ou meio principal de coerção, como se verá na análise da Resolução ANAC nº 400/2016. Não obstante, cumpre apontar que a mesma Lei que reformou o CBA também operou sobre a Lei nº 11.182/2005, da ANAC, para dispor que a Agência tem competências para “tipificar as infrações à legislação de aviação civil, bem como definir as respectivas sanções e providências administrativas aplicáveis a cada conduta infracional e o processo de apuração e de julgamento”. Com isso, tornou-se clarividente que cabe aos regulamentos da ANAC a missão de detalhar as infrações, previstas de forma geral, como disposto acima pelo CBA.

Ainda sobre a Lei da ANAC neste contexto regulatório, essencial que reste pontuado sua competência para: fiscalizar operações aéreas prestadas no país, por empresas estrangeiras, e serviços aéreos e a movimentação de passageiros e cargas domésticos (art. 8º, VII e X); e expedir normas e padrões operacionais a serem cumpridos por prestadoras de serviços aéreos e deliberar quanto à interpretação da legislação, sobre serviços aéreos (art. 8º, XXX e XLIV). Da mesma forma, está nominalmente a seu encargo regular a exploração de serviços aéreos (art. 11, III), assim como tem o dever de promover audiência pública prévia as iniciativas de atos normativos e suas alterações que afetem direitos de agentes econômicos ou usuários de serviços aéreos (art. 27). As atribuições relacionadas à liberdade de rotas e tarifária (arts. 48, §1º e 49), serão analisadas abaixo.



Dado que o transporte aéreo constitui atividade que não se permite realizar de forma isolada no mundo e, por isso, suas regras são muito internacionalizadas, essencial uma palavra sobre a função dos tratados e convenções, assim como a função das recomendações dos órgãos internacionais neste cenário. Como ponto de partida, vale observar o previsto no art. 178, da CRFB/1988:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Com efeito, a própria Constituição reconhece que este tipo de serviço não rege somente por regras internas, mas sim depende da ordenação internacional, disposta nos pactos realizados entre os países, sendo muito relevante neste domínio o princípio da reciprocidade (o que tem impacto até na composição dos serviços aéreos internacionais). Na mesma linha, o CBA, dispõe que:

Art. 1º O Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

(...)

§ 2º Este Código se aplica a nacionais e estrangeiros, em todo o Território Nacional, assim como, no exterior, até onde for admitida a sua extraterritorialidade.

(...)

Nota-se, assim, que os Tratados, Convenções e Atos Internacionais nos quais o Brasil seja parte, tem um grande papel neste setor de transportes. A vocação internacional do transporte aéreo, pelo qual se tem tais instrumentos à frente do próprio Código e da legislação complementar, advém não só de sua natureza, mas também da Convenção de Aviação Civil Internacional, realizada na cidade de Chicago, em 7 de dezembro de 1944<sup>134</sup>. Por esta convenção, os Estados pactuaram princípios e procedimentos sobre a aviação civil internacional, para que “se desenvolva de maneira segura e sistemática, e que os serviços de transporte aéreo internacional, se estabeleçam numa base de igualdade de oportunidades, funcionem eficaz e economicamente”.

Nessa convenção também foi criada a Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), conforme art. 43 e seguintes da Convenção. Muito reconhecida pelo seu nome em inglês, *International Civil Aviation Organization* (ICAO), a organização é sustentada por seus 193 membros, que são Estados Nacionais que aderiram à Convenção de Chicago, e atua para facilitar a cooperação no transporte aéreo entre esses membros. A principal função da ICAO, além de apoiar burocraticamente nas funções diplomáticas, é a de fomentar o desenvolvimento

---

<sup>134</sup> A Convenção de Chicago foi promulgada pelo Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, que foi publicado no DOU de 12/09/1946.

da aviação civil, em grande parte, inclusive sugerindo novas políticas e ações de inovação de padrões operacionais, o que faz por meio de recomendações sobre as atividades da indústria, englobado aqui os serviços aéreos. Em relação ao tema de estudo deste capítulo, em especial, há diversas recomendações que precisam ser visitadas para se compor um paradigma dos serviços de transporte aéreo sob a perspectiva das relações de consumo.

Desta forma, entendidos os principais elementos do marco regulatório do transporte aéreo, vale trazer esclarecimentos sobre o papel da liberdade tarifária na ampliação do acesso ao serviço, para ato contínuo, destacar as recomendações da ICAO e já olhar o *benchmarking* internacional de direitos dos passageiros, para se ter um painel geral do tratamento deste tema.

### **6.3 Liberdade tarifária e de rotas: um novo mercado**

Conforme a dinâmica do mercado exposta, deve-se perceber que as empresas de transporte aéreo precisam gerir bem suas receitas para a obtenção de lucros e reinvestimento em equipamentos e serviços, de forma a serem competitivas. A dinâmica da diferenciação de produto e modelo de negócio (OLIVEIRA, 2009, p. 58-62), decorre, em parte, do disposto no art. 49, da Lei 11.182/2005, lançado nos seguintes termos:

Art. 49. Na prestação de serviços aéreos, prevalecerá o regime de liberdade tarifária.  
§ 1º. A autoridade de aviação civil poderá exigir dos prestadores de serviços aéreos que lhe comuniquem os preços praticados, conforme regulamentação específica.

O regime de liberdade tarifária é uma das premissas estabelecidas pela regulação econômica setorial e implica na ampla liberdade para que o transportador promova o arranjo contratual mais favorável para a formação do preço das classes tarifárias. Pela liberdade tarifária e do mercado concorrencial, as empresas aéreas em todo o mundo, a fim de manterem-se competitivas, adotaram o gerenciamento de riscos dos contratos de transportes, como meio para promover o seu gerenciamento de receitas.

Neste cenário, os preços das passagens aéreas são determinados em função de vários fatores relacionados à operação das empresas e à sistemática do mercado. Entre os elementos podem ser citados: a demanda (determinada, principalmente, pelas características do serviço, pela renda da população, pelo preço oferecido, pela sazonalidade e pela disponibilidade de outros meios de transporte concorrentes); o grau de concorrência na rota; a maturidade do serviço e da empresa no mercado; a capacidade das aeronaves; a taxa de ocupação das aeronaves (densidade da rota); a estrutura de custos da empresa; a distância da ligação; a organização da malha aérea da empresa; o horário e o dia da semana do voo; a penetração da propaganda do serviço; a antecedência de aquisição do bilhete de passagem; e os acordos operacionais

normalmente firmados entre as empresas aéreas cujos serviços são complementares, ou seja, entre aquelas que operam rotas internacionais, nacionais ou regionais.

Assim, essas operadoras normalmente estabelecem preços diferenciados para assentos em um mesmo voo, buscando atender às diversas características dos consumidores, inclusive o valor que estão dispostos a pagar por um assento. Dessa forma, conseguem alcançar maiores níveis de ocupação de suas aeronaves, obtendo rentabilidade, que é o fator que sustenta a oferta do serviço.

Pode-se assumir que o gerenciamento de receitas é uma ferramenta de competição entre as companhias aéreas, que dita o maior ou menor acesso dos consumidores aos serviços de transporte aéreo. Se uma empresa oferecer, por exemplo, vantagens diferenciadas de acordo com a classe da tarifa adquirida, cria-se um diferencial no serviço, que pode gerar atratividade. Para tarifas de maior valor, não é comum a cobrança de multa de reembolso ou remarcação (tem-se maior flexibilidade). Para tarifas promocionais, já incide essa cobrança, cujo valor pode ser variável entre as empresas. Neste caso, caberá ao consumidor estar atento às informações do site da empresa, para verificar as restrições da passagem escolhida e assumir o risco de eventual circunstância extraordinária, que impeça de embarcar. Se o consumidor adquire uma passagem com tarifa flexível, ele transfere os riscos do não comparecimento ao transportador aéreo, e poderá remarcar a passagem ou solicitar o reembolso até mesmo livre do pagamento de multas. Em ambas as hipóteses, há um custo a ser apropriado pelo gerenciamento de receitas.

Destaque-se que este mecanismo, possui três pilares: a discriminação de preços, a diferenciação de produtos e o controle de estoque de assentos. Para operar a discriminação de preços e a diferenciação de produtos, as empresas aéreas realizam estudos detalhados sobre variáveis que apontam as possíveis preferências dos consumidores. Diante dessas predileções, passam a compor o seu serviço de maneira a atrair os clientes e obter o melhor proveito da relação estabelecida. É justamente esta configuração que permitirá a classificação da empresa como *low cost*, *low fare* ou *legacy carrier* (OLIVEIRA, 2009, p. 62-68).

Entretanto, veja-se que o regime de liberdade tarifária possui finalidade social ao atender exigências do bem comum, ainda que, impondo para isso um maior risco contratual. Chega a funcionar como um ponderador do serviço, pois de um lado está a garantir a viabilidade econômico-financeira da exploração da atividade, e de outro a permitir a ampliação de ofertas que atinge parcela da sociedade mais sensível ao preço. O gerenciamento de receitas pode ser assim visto como um método desenvolvido pelas empresas para que se remunerarem, equilibrando suas contas, ao tempo em que ampliam a oferta de serviços a diversas camadas sociais, com preferências e disposição a preços diversificados.

Vale ressaltar que o serviço de transporte é do tipo que não pode ser estocado. Torna-se perecível a cada assento não ocupado, o que gera perda de receita. Nessa indústria, as empresas produzem um volume constante por linha operada, mas não podem variar sua produção conforme o consumo, a menos que deixem de operar essas linhas (ofertar voos), o que é antieconômico e socialmente indesejado para prestador e consumidor. Logo, o operador aéreo precisa viabilizar uma oferta ampla de serviços que atenda às preferências gerais dos consumidores, de forma a atrair o maior número de clientes, para que possa sobreviver no mercado concorrencial. Trata-se, por isso, de um equilíbrio de interesses assim equacionado: o consumidor, quer usufruir do serviço ao menor preço possível (em geral); e o prestador precisa comercializar seu serviço e de maneira a conseguir receita maior que seu custo operacional, para que possa obter lucro e dar continuidade em suas atividades.

Destarte, as “regras tarifárias”, representam as condições de acordo, no qual ao consumidor é dada a opção de escolha do serviço, segundo suas necessidades e possibilidades; e, para o transportador, representam os limites da oferta de serviços, dentro da dinâmica de seu processo produtivo, afetados, principalmente, na sua elaboração (oferta de voos) ou no seu preço (de forma a cobrir a perda de receita do assento não utilizado, por exemplo).

Eventual necessidade de ajuste de processo produtivo pode ter impacto sistêmico, e não apenas entre duas localidades, pois os serviços de transporte aéreo são prestados em rede, ou seja, para assegurar a sua viabilidade econômica, as ligações entre as cidades são feitas por meio de escalas e conexões. Trata-se do sistema *Hub and Spoke*, em que se estabelecem ligações aéreas diretas entre os grandes centros, utilizando-se de aeronaves de maior capacidade, e a estes conectam-se os voos para cidades de menor porte, utilizando-se de aeronaves de menor capacidade (linhas troncos e regionais).

Este tipo de sistema otimiza o uso das aeronaves e da malha aérea, na medida em que as cidades de menor porte, com pouca demanda, alimentam os *Hubs*, que servem de ponte para a ligação com outras cidades de menor porte. Com esse sistema, a tendência é que mais cidades sejam atendidas pelo transporte aéreo. Por outro lado, uma dinâmica de transporte origem-destino (ponto-a-ponto), em que são necessárias mais aeronaves para cobrir mais destinos a custos mais elevados, tende a ser menos eficiente, cobrar custos mais elevados e prover serviços a menos localidades.

#### 6.4 O Papel da ICAO na defesa dos direitos dos passageiros

Reconhecendo que a crescente liberalização da regulação do transporte aéreo gerou uma nova condição para o consumidor destes serviços, a ICAO reconhece que a proteção dos clientes e o aperfeiçoamento contínuo dos direitos dos passageiros assumiram maior importância<sup>135</sup>. Por isso, tem envidado esforços para que os países membros da Convenção sobre Aviação Civil Internacional adotem em seus ordenamentos nacionais políticas e regulamentos aderentes com a proteção dos passageiros nas relações de consumo. Há uma grande preocupação para o tratamento dado aos consumidores no caso de interrupção de serviço de transporte (atrasos, cancelamento e recusa de embarque), sobretudo em situações de intercorrências sistêmicas ou generalizadas, como no caso de erupção de vulcões que impede a decolagem e o pouso de aeronaves.

Em relação à essa atuação da ICAO, o primeiro instrumento que remete à proteção do consumidor é a Convenção de Varsóvia, realizada em 1929, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, internalizada pelo Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, atualizada pela Convenção de Montreal, realizada em 1999 e internalizada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006. O objeto dessas Convenções é estabelecer padrões internacionais para o transporte internacional de pessoas, bagagens e carga, tanto na modalidade remunerada ou gratuita.

O sistema Varsóvia-Montreal tem real pertinência com as relações de consumo por alocar segurança jurídica e transparência na conduta da prestadora de serviços em relação às indenizações devidas aos consumidores. Assim, delimita a responsabilidade por danos causados em caso de: lesão ou morte de passageiro, destruição, perda ou avaria da bagagem registrada e atraso no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga (arts. 17 e 19). Por sua vez também fixa os valores de indenização, nos arts. 21 e 22, estabelecendo tetos de valores aplicáveis. Com a adoção deste tipo de norma, o consumidor fica informado sobre os montantes que virá a dispor, se houver algum sinistro durante a viagem, conformando-se como uma garantia que o consumidor terá naquele caso, em condições ordinárias. A relação entre as partes fica mais certa, evitando-se conflitos administrativos ou judiciais.

Outros dois instrumentos que merecem ser aventados neste contexto são as orientações da ICAO materializadas nos Docs 9587 (2017) e 9626 (2018), que tratam sobre a “Política e Material de Orientação sobre a Regulamentação Econômica do Transporte Aéreo

---

<sup>135</sup> Disponível em [https://www.icao.int/sustainability/pages/eap\\_ep\\_consumerinterests.aspx](https://www.icao.int/sustainability/pages/eap_ep_consumerinterests.aspx), acesso em 15/01/2023.

Internacional” e o “Manual de Regulação do Transporte Aéreo Internacional”, respectivamente. Estes documentos abordam a proteção dos passageiros como elemento essencial da regulação dos serviços de transporte aéreo, o que acaba por influenciar diversos sistemas de tutela desses consumidores no mundo.

No Doc 9587 (ICAO, 2017, p. p. 5-1 a 5-3) se destaca que, em atenção à 6<sup>a</sup>. Conferência Mundial do Transporte Aéreo, a ICAO desenvolveu um conjunto de princípios fundamentais, adotados pelo seu Conselho e disseminados a todos os países membros da Convenção de Aviação Civil Internacional e aos agentes interessados no setor. Nesses princípios, ao se reconhecer que os passageiros podem se beneficiar de um ambiente competitivo, em que se incentiva as transportadoras a diversificar a oferta, se reconhece que os passageiros, inclusive com necessidade especiais, devem igualmente ser contemplados com regulamentos de proteção dos consumidores.

Assim, de forma a estabelecer um equilíbrio entre a variedade e dinamismo das prestadoras de serviço, os direitos dos consumidores vem como a segurança de que, mesmo em face de tarifas mais agressivas, a transportadora se compromete com um núcleo de garantias devidas aos seus clientes. A ICAO recomenda que a proteção do consumidor<sup>136</sup>, em âmbito nacional e regional, deveriam: espelhar o princípio da proporcionalidade; considerar ações no caso de interrupção de serviço de grande impacto<sup>137</sup>; ser aderente aos tratados de responsabilidade civil de transporte aéreo, no caso, o sistema Varsóvia-Montreal.

O referido Doc 9587 também reforça a relevância de esclarecer os passageiros sobre os serviços oferecidos, de forma a apoiar suas escolhas, a fim de disponibilizar: informações acessíveis sobre os direitos dos passageiros; instruções sobre os instrumentos de assistência para cada situação tutelada (com material divulgando os direitos dos passageiros); e a possibilidade de apresentar reclamações perante a prestadora de serviços. Portanto, indica parâmetros para que os Estados montem seus sistemas, conforme as características locais, o que influencia efetivamente a iniciativa para elaboração dessas normativas.

Nessa proposta de modelagem, avalia-se que a maior contribuição da ICAO neste sentido reside, justamente, no mapeamento do caminho seguido pelo consumidor (experiência

---

<sup>136</sup> Também conforme o panfleto de divulgação dos Princípios Fundamentais de Defesa dos Consumidores, disponível em <https://www.icao.int/sustainability/Documents/ConsumerProtection/CorePrinciplesBrochure.pdf>, acesso em 15/01/2023.

<sup>137</sup> Essas interrupções são causadas por fatores externos e não controlados pelas transportadoras aéreas e podem acarretar cancelamentos e atrasos de voos, o que tem por consequência um número significativo de passageiros acumulados no aeroporto. São exemplos desse tipo de evento: os terremotos, as erupções vulcânicas, as inundações, as situações de turbulência política, entre outros (ICAO, 2017, p. 5-2).

do passageiro), ao indicar os direitos cabíveis antes, durante e depois do voo, de maneira didática e propositiva. Assim, aponta:

- **Antes do voo**, os passageiros demandam informações fáceis, claras e transparentes sobre os serviços de transporte, que inclua, principalmente, o preço total da passagem, com todos os encargos incluídos, as condições gerais para utilização da passagem (correspondente à tarifa escolhida) e a empresa operadora do serviço ou responsável, que virá a avisar qualquer modificação que ocorra;
- **Durante o voo**, é devida a informação sobre mudanças no serviço, em especial ante a superveniência de eventos impactantes<sup>138</sup>, e a assistência material, nos casos de atraso, cancelamento e recusa de embarque, tudo isso com especial atenção aos passageiros com deficiência; e
- **Depois do voo**, deve ser disponibilizado aos passageiros meios eficientes para a reclamação sobre danos e extravios de bagagem ou sobre o serviço, em geral, bem como os direitos dos passageiros nestes casos.

Assim, o mencionado Doc 9587 (ICAO, 2017) tem grande mérito em sintetizar essa demanda das relações de consumo do transporte aéreo de passageiros e colocar a recomendação para os países membro da Convenção de Chicago. Isso reforça a busca de disseminação de boas práticas regulatórias no transporte aéreo de passageiros, harmonizada com o sistema de liberdade tarifária, com a diferenciação de serviços e com a agressividade do mercado competitivo.

De outra sorte, o Doc 9626 (ICAO, 2018, p. IV-10-1), também aborda o tema, para tratar dos direitos dos passageiros com vistas à qualidade dos serviços oferecidos e à necessidade de sua regulação. Com o aumento da oferta de serviços, sobreveio uma insegurança quanto à sua qualidade, o que impulsionou diversos Estados Nacionais a dispor regulamentos sobre compensação por recusa de embarque, informação imediata, acesso para pessoas com deficiência, abertura das informações de cancelamentos e proibição de propaganda enganosa.

Isso gerou uma reação das empresas, que passaram a adotar voluntariamente práticas de divulgação de seus serviços e direitos disponibilizados, em caso de defeitos ou falhas do serviço. Conforme se ressalta no Doc 9626 (ICAO, 2018, p. IV-10-2), a IATA também se

---

<sup>138</sup> O Doc 9587 (ICAO, 2017, p. 5-2) reforça que, em caso de interrupções de grande impacto, em que os passageiros podem acabar em situação de vulnerabilidade, faz-se essencial que as empresas aéreas, autoridades aeroportuárias e agentes locais e nacionais interessados (Prefeitura, Estado, Defesa Civil entre outros) tenham um protocolo de ação, para tratamento destes casos.

mobilizou para a divulgação das melhores práticas contratuais, com determinações e sugestões para seus membros, chegando mesmo a associação a adotar mundialmente os princípios fundamentais de defesa dos consumidores.

A partir desses pontos, o referido Doc 9626 (ICAO, 2018, p. IV-10-2) traz a relevância, sob a perspectiva da regulação, do aprimoramento dos serviços por diferentes perspectivas, mediante ação de concorrência, medidas regulatórias e compromissos voluntários. O dimensionamento dessas forças se dá conforme a tradição e características de cada país. A indicação aponta para que a matéria seja cercada por múltiplos instrumentos e interação de atores, o que tem grande pertinência com a *Smart Regulation*. O Doc 9626 (ICAO, 2018, p. IV-10-3) destaca que tanto o aumento da competição, quanto a regulação tem problemas intrínsecos, sendo indicado que os Estados Nacionais deem início a esse tipo de movimento pelos acordos voluntários com as transportadoras, estabelecendo metas para o serviço ou boas práticas. Há, portanto, um evidente incentivo da ICAO à busca pelo voluntarismo, para que os próprios contratos de transporte já tragam regras mais aderentes à proteção dos consumidores.

Ademais, demonstra-se no documento as incursões da ICAO no desenvolvimento de material de orientação sobre as condições de transporte, informações sobre tarifas, bagagem, recusa de embarque, entre outros. Retoma-se aqui, inclusive, os princípios fundamentais da defesa do consumidor e as considerações do Doc 9587 (ICAO, 2017). Portanto, passam-se claras orientações para as ações do Poder Público quanto a essa matéria e indicação de material para o aprofundamento. Ressalta-se, entretanto, o valor que tem para o serviço de transporte, que as relações de consumo estejam dirimidas por algum meio.

Outros dois temas menos debatidos no cenário consumerista, mas de relevância para a técnica do setor, que são trazidos pelo Doc 9626 (ICAO, 2018, p. IV-10-4 a IV-10-6) e merecem menção, são os passageiros indisciplinados e aqueles que portam documentos inadequados. Em ambas as situações, em que os passageiros não atendem às regras de conduta a bordo ou as instruções da tripulação ou viaja com documentos expirados ou inválidos, gera-se um risco para os demais ocupantes da aeronave, o que traz preocupações para o setor. Conquanto fuja do escopo do presente capítulo, vale indicar que se cuida de temática pouco explorada no Brasil, que merece mais estudos.

Há outras duas ações da ICAO que são mencionadas sob as ações de Proteção dos Consumidores<sup>139</sup>, que não atraem, a princípio, maior discussão doutrinárias, mas que valem a atenção, quais sejam: a base de dados dos regulamentos específicos dos Estados sobre proteção

---

<sup>139</sup> Disponível em [https://www.icao.int/sustainability/pages/eap\\_ep\\_consumerinterests.aspx](https://www.icao.int/sustainability/pages/eap_ep_consumerinterests.aspx), acesso em 15/01/2023.



dos consumidores<sup>140</sup>; e a síntese dos principais direitos dos passageiros implementados nos países membros da ICAO<sup>141</sup>. Enquanto documentos descritivos, servem de comparativo entre os estágios de evolução dos países nesta seara, trazendo uma perspectiva da penetração dessa temática em termos globais.

Sendo esses os documentos que merecem ser referenciados e visualizado o papel da ICAO para o fomento das relações de consumo do transporte aéreo no mundo, há que se olhar para algumas legislações para que se avalie se e em qual medida atendem os postulados trazidos pelo órgão técnico internacional do setor.

## 6.5 Benchmarking internacional e comparado

Entendida a mecânica de funcionamento da proteção do consumidor nos serviços de transporte aéreo e vistas as recomendações da ICAO, deve-se olhar para alguns países membros da Convenção de Chicago, para verificar como essas regras foram internalizadas. Uma vez que esse tipo de regulação já vige entre as boas práticas há mais de vinte anos, natural que estejam arraigadas nos Estados e funcionando de forma cadenciada. Com isso, se permitirá ter uma base de comparação em relação ao regulamento posto no Brasil e seu alinhamento com a política internacional.

O *benchmarking* comparativo será realizado considerando um pacote de direitos assegurados aos consumidores, que acabam por compor o arcabouço assegurado ao adquirente do serviço aéreo, que pela legislação brasileira é o consumidor desse tipo de transporte (art. 2º, do CDC). Esse tipo de norma tem espelhamentos semelhantes em outros países, inclusive dispensando aos passageiros uma proteção típica da relação de consumo.

Para categorizar esse conjunto de direitos, propõe-se a diferenciação em cinco categorias distintas de cláusulas contratuais, atinentes: **informação** sobre o serviço, para deixar clara a oferta, que engloba as regras tarifárias (as multas para remarcação e desistência da viagem, *no-show* e prazo de reembolso); ao **bilhete** de passagem, para apontar seu prazo validade e possibilidade de transferência do serviço; à **bagagem**, com as características de contrato acessório que tem notória relevância para o transporte aéreo; à **assistência material**, referente ao suporte quando da ocorrência de atrasos e cancelamentos do serviço, com passageiros no terminal ou na aeronave (este tipicamente denominado de *Tarmac delay*) e

---

<sup>140</sup> Disponível em <https://www.icao.int/sustainability/Pages/ConsumerProtectionRules.aspx>, acesso em 15/01/2023.

<sup>141</sup> Disponível em <https://www.icao.int/sustainability/Documents/C.215.WP.14804.REV1.EN.PDF>, acesso em 15/01/2023.

preterição de embarque; à **segurança do voo e do passageiro**, relativo aos procedimentos de identificação do passageiro e transporte de menores desacompanhados. Observe-se que todos estes elementos, e outros que ainda serão vistos abaixo, compõem o serviço de transporte aéreo e são meios para compor a sua diferenciação.

#### 6.5.1 Argentina<sup>142</sup>

A Resolução nº 1.532/98 da *Administración Nacional de Aviación Civil de Argentina* (ANAC Argentina), atualizada pela Resolução nº 203/2013, rege a exploração dos serviços de transporte aéreo regular nacional e internacional, tanto de passageiros, quanto de carga. Previu-se a aplicação da referida norma de forma subsidiária ao transporte aéreo não regular de empresas autorizadas e não autorizadas, sendo que em caso de transporte gratuito e tarifa reduzida, estes seguiriam as normas ditadas pelo transportador. Ainda restou consignado na norma argentina que as Condições Gerais não se aplicam naquilo que contrariar Convenções, Leis, Decretos, Regulamentos Governamentais, disposições ou exigências de cumprimento mandatário.

Em relação ao **bilhete de passagem**, na norma argentina permite-se a transferência da titularidade do serviço conforme estabelecido, em seu artigo 3º, alínea “d”, indicando que o contrato pode ser pessoal e intransferível ou ao portador, de acordo com os regulamentos da transportadora. Já o prazo de validade do bilhete de passagem é de um ano, a contar da data de sua emissão, observadas as condições de aplicação da tarifa empregada (artigo 3º, alínea “e”).

Sobre esse prazo, aduz a norma Argentina que, quando um passageiro, antes do início da viagem, justifica através de atestado médico doença ou deficiência física para usufruir do serviço durante o período de validade do bilhete, tal prazo pode ser prorrogado pelo transportador por um período mínimo de 30 (trinta) dias. Também, como previsão de extensão do prazo de validade do bilhete, se dá quando o passageiro apresenta problemas de saúde no decorrer do percurso. Por fim, quanto ao tema, haverá previsão de extensão do prazo de validade do bilhete para os passageiros que acompanham outro que falece (artigo 3º, alínea “f”).

Quanto às **regras tarifárias**, se dispôs no texto normativo que haja **informação adequada** ao passageiro, devendo ser esclarecidas: as distintas tarifas disponíveis e suas condições, se o voo é com escalas ou se há paradas intermediárias, e se houver mudança de aeronave na rota ou compartilhamento do transporte (*codeshare*) entre transportadoras. Há

---

<sup>142</sup> Informações disponíveis em <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-1532-1998-54791/actualizacion>, acesso em 15/01/2023.

também a determinação de que nos voos com duração superior a uma hora e trinta minutos, seja informado ao passageiro, no momento da compra do bilhete, se haverá serviço de alimentação a bordo (art. 4º). Por este regramento, disponibilização de informação e responsabilidade pela oferta não são tão aprofundadas na Argentina, quanto em outros sistemas, como se verá na Colômbia, Europa e Brasil.

Em relação ao **cancelamento do contrato de transporte pelo passageiro** (também denominado de *no-show*), a companhia aérea deve fazer o reembolso, podendo cobrar taxas de até 10% da tarifa paga, se o cancelamento for feito com antecedência de mais de 24 horas antes da partida do voo; ou até 20% da tarifa paga, se o cancelamento for solicitado com antecedência menor do que 24 horas antes da partida programada, mesmo que o bilhete tenha sido comprado em tal período. Tal encargo não será cobrado em alguns casos, como por motivo de razões médicas ou se o atraso for superior a 4 horas. Em casos de *no-show*, que representa um cancelamento do serviço pelo passageiro, não informado previamente ao transportador (mas que gera eventual direito de reembolso), pode-se cobrar um encargo do passageiro. O prazo para o reembolso é estipulado em 30 dias após a expiração da validade do contrato, sendo que a empresa poderá negar o reembolso caso o passageiro não o solicite dentro deste prazo.

Em relação às regras de segurança do voo e do passageiro, no caso da **identificação do passageiro**, a Resolução nº 1.532/98 da ANAC Argentina consignou em seu artigo 7º, alínea “a”, que o transportador tem a faculdade de verificar a identidade do passageiro no momento de embarque. Sobre o **transporte de menor desacompanhado**, a operadora tem direito de recusar o transporte de pessoas com menos de seis anos, indicando a impossibilidade de manter seus cuidados a bordo. Esta criança pode viajar, no entanto, se estiver acompanhada por um passageiro de no mínimo doze anos de idade. Se o passageiro não for o pai ou responsável, deve haver a permissão necessária para viajar (art. 8º, alínea “a”, IV, e alínea “b”, I).

No que se refere à **franquia de bagagem**, a norma argentina estabelece que quando dois ou mais passageiros viajam juntos, é possível a compensação do peso ou do número de peças de suas respectivas bagagens até o limite autorizado. Ademais, versa a norma sobre equipamentos e volumes que podem ser transportados na mesma aeronave, salvo quando razões técnicas, operativas ou meteorológicas não permitam tal procedimento.

Em caso de danos à bagagem em transporte nacional, o destinatário deve requerer indenização à transportadora dentro de três dias, a contar da data de entrega. No transporte internacional, o destinatário deve enviar o seu pedido de ressarcimento para a transportadora dentro do prazo de sete dias, a contar da data de entrega. Em caso de perda, destruição ou atraso,

a reclamação deve ser feita no prazo de dez ou vinte e um dias, após a data programada para a entrega da bagagem, respectivamente para o transporte nacional e internacional.

A não reclamação nos prazos previstos torna inadmissível qualquer ação contra o transportador, salvo em caso de fraude. A norma Argentina define que qualquer direito a indenização se extinguirá se não iniciada a ação, no prazo de 1 ano para o transporte nacional ou dois anos para o transporte internacional, considerados a partir da data de chegada ao destino, da data em que a aeronave deveria ter chegado, ou a partir da data da interrupção do serviço de transporte.

Em relação à assistência material, o transportador, salvo motivo de força maior, deve cumprir os horários e rotas publicados e indicados no contrato de transporte. O artigo 12 da norma argentina é o que trata da responsabilidade do transportador em casos de **atraso, cancelamento e preterição de embarque**. Tal artigo estabelece que, por força de circunstâncias operacionais, técnicas ou comerciais, caso a transportadora cancele, atrase um voo por mais de quatro horas, recuse o embarque em caso de *overbooking* ou dê causa a perda de um voo de conexão em que tenha uma reserva confirmada, o passageiro terá direito a, alternativamente:

- A sua inclusão obrigatória no voo imediatamente seguinte do mesmo transportador para o seu destino;
- O endosso de seu contrato de transporte, incluindo conexões, quando aceito pelo passageiro;
- Ser redirecionado através de outra rota para o destino indicado no contrato, pela mesma ou outra companhia aérea, ou por outros meios de transporte, nos últimos casos sujeitos a disponibilidade de espaço.

Ainda, o operador aéreo deverá oferecer ao passageiro, sem custos, os seguintes serviços incidentais:

- Ligação telefônica para o destino e meios de comunicação local;
- As refeições, de acordo como tempo de espera, até o embarque em outro voo;
- Alojamento em hotel, no aeroporto ou na cidade, em atrasos de voo superiores a quatro horas;
- Transporte terrestre de e para o aeroporto.

Através da Resolução nº 203/2013, emitida pela Autoridade Aeronáutica Argentina, tratou-se das excludentes de responsabilidade, em caso de atrasos de voos ou entrega de bagagem, cancelamento, caso não seja possível a escala ou a chegada ao destino contratado, em razão de circunstâncias meteorológicas. A modificação normativa teve por objeto liberar as companhias aéreas da obrigação de prestar os "serviços incidentais" para os passageiros de voos atrasados ou cancelados devido às condições climáticas, o que se encaixa no conceito de força maior ou caso fortuito externo.

Nos casos de exclusão de responsabilidade, a transportadora tem o dever de tentar assegurar, por todos os meios disponíveis, que chegue aos passageiros informações adequadas sobre os atrasos, que venham a decorrer de circunstâncias extraordinárias (art. 12). As regras de cancelamento e preterição, contudo, não se aplicam ao transporte gratuito ou o de valor inferior a 50% da tarifa aplicada e disponível para o público, salvo se previsto no regulamento ou conforme as regras da transportadora.

O artigo 19 trata da responsabilidade por danos. No caso de transporte doméstico de passageiros, a responsabilidade do transportador se limita a 1000 *argentinos oro*<sup>143</sup>, por passageiro. No que tange ao transporte de bagagens, a responsabilidade do transportador se limita a 2 *argentinos oro* por quilograma de peso bruto, salvo declaração especial do passageiro no momento da entrega e mediante o pagamento de uma taxa relativa ao valor declarado. Em tal caso o transportador se obriga a ressarcir o valor declarado, a menos que prove que o valor da mercadoria é menor. Em relação aos objetos de guarda pessoal do passageiro, a responsabilidade do transportador se limita a soma de 40 *argentinos oro*. Todo o passageiro cujo volume de bagagem causar danos a outras, ou aos bens do transportador, terá responsabilidade de indenizar os prejuízos causados.

Já no transporte internacional, exceto nos casos abrangidos pela Convenção de Varsóvia ou suas emendas, o transportador será responsável pelos danos causados por sua negligência. Se a conduta do passageiro a bordo da aeronave colocar em perigo pessoas ou bens, causar perturbação à tripulação no desempenho de suas obrigações ou contrariar as instruções da tripulação, o transportador pode tomar as medidas, inclusive coercitivas, contra o passageiro que comprometa a ordem na aeronave. Pode o comandante exigir o seu desembarque na próxima escala, sem que isso acarrete qualquer responsabilidade para o transportador.

---

<sup>143</sup>*Argentino oro*: moeda utilizada para o cálculo dos limites de indenização no Código Aeronáutico argentino (Lei nº 17.285). Seu equivalente em curso legal e atual será determinado de acordo com o valor fixado pela autoridade monetária Argentina.

Em termos gerais, essas são as características da norma argentina, que atende a muitas recomendações da ICAO.

### 6.5.2 Colômbia

Na Colômbia, a regulação do transporte aéreo está a cargo da Unidade Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (UAEAC), que é uma entidade especializada atribuída ao Ministério dos Transportes, pela Lei nº 105, de 30 de dezembro de 1993, e atualmente organizada pelo Decreto nº 260, de 28 de janeiro de 2004. O órgão originou-se da fusão do Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil e do Fundo Aeronáutico Nacional (conforme Decreto nº 2.171 de 1992), constituindo-se na Autoridade de Aviação Civil da Colômbia.

O terceiro capítulo dos Regulamentos Aeronáuticos da Colômbia (RAC)<sup>144</sup>, denominado RAC 3 dispõe sobre as atividades aéreas civis. O item 3.10 desse RAC cuida do transporte aéreo regular de passageiros e dos direitos e deveres dos usuários. Atualmente, a Resolução nº 2.591, de 6 de junho de 2013, com as posteriores alterações das Resoluções nºs 415, de 31 de janeiro de 2014, 1.375, de 11 de junho de 2015, 1.458, de 18 de junho de 2015, 2.466, de 29 de setembro de 2015 e nº 675, de 14 de março de 2017, que ditam o conteúdo do item 3.10 do RAC 3. O sítio eletrônico da Autoridade de Aviação Civil traz o Guia do Passageiro do Transporte Aéreo da Colômbia<sup>145</sup>.

A norma colombiana se aplica ao transporte aéreo regular de passageiros prestado por empresas aéreas, sem afastar as disposições gerais do Código de Comércio, Livro V, Segunda Parte, Capítulo XII, principalmente Seções de I a III (Decreto nº 410, de 1971). Também se compatibiliza com as Convenções de Varsóvia e de Haia.

No que se refere ao **direito à informação** dos passageiros (item 3.10.1.1 do RAC 3), a norma é abrangente para englobar transportadores aéreos e agências de viagens e bastante prescritiva. Vale citar que exige, em especial, que seja exposto ao consumidor de forma clara: os voos disponíveis do dia e se o serviço é direto ou com escalas ou conexões; tarifas disponíveis (se for agência, em relação a todas as empresas que oferecem os itinerários) e discriminando eventuais adicionais impostos; aeroportos envolvidos no transporte e a capacidade da aeronave prevista; as condições do transporte, com as regras de alteração e cancelamento e eventuais

---

<sup>144</sup> Disponível em [www.aerocivil.gov.co/normatividad](http://www.aerocivil.gov.co/normatividad), acesso em 15/01/2023.

<sup>145</sup> Disponível em <https://www.aerocivil.gov.co/guia-del-pasajero>, acesso em 15/01/2023.

procedimentos, bem como as leis e regulamentos, internos e internacionais, que o passageiro terá de seguir para usar o serviço.

Ainda se obriga que, caso o passageiro não seja diretamente informado, deverão ser assegurados meios para que ele busque essa informação, seja em sítio eletrônico ou nos documentos a ele disponibilizados. De outra forma, o fornecedor (empresa aérea ou agência de turismo) tem o dever, no caso das vendas pela internet ou à distância, de disponibilizar em seu site todas as informações, também de maneira suficiente e clara, sobre as condições para exercício dos direitos dos passageiros, em especial acerca da desistência e devolução. Nessa parte a norma também prevê: os meios para a obtenção de informação e aquisição dos serviços (telefônico, eletrônico, pessoal); o registro da reserva da passagem; a proteção dos dados pessoais do passageiro; e a garantia da reserva confirmada. Tanto as ofertas como os planos de milhas devem ser honrados da forma como oferecidos (item 3.10.1.11)

Chama a atenção o previsto no item 3.10.1.6, ao prescrever o dever de a transportadora ou a agência de turismo comunicar qualquer alteração quanto ao voo, horário ou qualquer outro elemento pactuado na reserva, pelo meio mais rápido disponível, com mínimo de 24 horas antes do início do serviço. Excetua-se essa regra, no entanto, se a mudança for causada por evento meteorológico, falha técnica, condições operacionais ou outras situações que não podiam ser previstas neste período de antecedência.

O item 3.10.1.7 da norma cuida dos direitos dos passageiros, a partir da compra da passagem, que atrelam justamente a oferta. Portanto, todas as informações acima indicadas devem ser entregues ao consumidor, no bilhete expedido em meio físico ou eletrônico. Ademais, quando se tratar de bilhete físico, deve indicar as leis aplicáveis e as cláusulas contratuais, em letra clara, tamanho legível e no idioma castelhano e cor que contraste com a cor do papel. Quando em meio eletrônico, deve ser atrelado a um link acessível e visível, que permita o acesso ao ticket pelo passageiro. Por sua vez, a tarifa cobrada e as condições oferecidas devem corresponder àquelas oferecidas no momento da compra.

A norma colombiana oferece duas modalidades de **cancelamento** do serviço, pelo cliente, com ônus reduzidos: a desistência e a devolução (item 3.10.1.8). Pela primeira, o consumidor poderá desistir da passagem comprada com até 24 horas de antecedência do horário previsto para o voo, devendo comunicar o transportador, podendo este ou a agência de viagens, conforme o caso, reter até 10% do valor pago pela tarifa, em relação a qualquer tipo de compra, exceto no caso de tarifas promocionais, que possuem regras específicas. Pela outra, que é aplicável a todo tipo de tarifa, mas para compra feita à distância ou por método não tradicional, o consumidor poderá devolver a passagem, em até 48 horas da sua compra, desde que 8 dias

antes do voo doméstico ou 15 do voo internacional. Na hipótese de desistência, o dinheiro deve ser devolvido em até 5 dias, e na de devolução, até 30 dias, ambos da solicitação do passageiro.

Em uma situação de *no-show*, caso o passageiro compre uma passagem com ida e volta ou com conexão, e ele não queira fazer o trecho de ida ou o anterior à conexão, deverá informar a empresa aérea que realizaria o trecho subsequente, caso contrário a empresa poderá comercializar o trecho de volta ou subsequente à conexão. Também prevê a norma que a empresa aérea ou agência de viagem poderá exigir, no momento da reserva, um valor adicional de antecipação pela venda do bilhete de passagem, em dinheiro ou por meio de cartão de crédito, o qual será abatido no momento da efetivação da compra, a fim de evitar hipóteses de *no-show* e garantir as reservas.

Em relação ao **bilhete de passagem**, este terá validade de um ano, salvo se o transportador o prorrogue ou ainda pode ter uma vigência especial relacionada à tarifa oferecida. Findo o prazo, caso o passageiro: queira viajar, poderá ter sua passagem expedida, considerando custos adicionais ditados pela tarifa; não queira viajar, terá direito a reembolso, com as respectivas multas tarifárias. Ambas as possibilidades devem ser informadas no momento da aquisição do bilhete. Se houver algum erro no bilhete de passagem por culpa da transportadora ou agência de viagem, o passageiro poderá solicitar a correção do erro, devendo o responsável corrigi-lo, mediante a cobrança de encargo fixo único, que não poderá ser superior ao valor da tarifa. Essa mudança não pode servir para mudar o nome do passageiro ou do voo ou qualquer outra característica do serviço (item 3.10.1.10). Ressalte-se, ainda, que o passageiro é responsável pela veracidade e assertividade das informações fornecidas, sob pena de exonerar-se a companhia aérea em relação aos avisos de mudança do serviço, se não o encontrar (item 3.10.1.13).

Sobre o **transporte de menores** (item 3.10.1.9), dispôs-se um conjunto de obrigações tarifárias aos transportadores. Os menores de 2 anos não pagam passagem nos voos domésticos, mas a tarifa internacional pode chegar a até 10% do valor da passagem do adulto (caso de compra conjunta). Em caso de transporte doméstico de menores, entre 2 e 12 anos, estes têm direito a uma tarifa especial de valor máximo referente a 2/3 da paga pelo adulto que os acompanham em voos domésticos, com direito a ocupar um assento. Nenhum desses benefícios anteriores será obrigatório, em caso de tarifas promocionais. A empresa aérea poderá cobrar, contudo, valores adicionais pela acomodação de acompanhante de menores desacompanhados dos pais ou do representante legal, o qual ficará responsável pela sua custódia, devendo os pais ou responsável informar os dados da pessoa que irá receber o menor no local de destino.



A norma colombiana prevê, no dispositivo 3.10.2.13, diversos deveres em relação aos passageiros nos casos de **atrasos, cancelamentos, interrupção de serviço, *overbooking* e antecipação de voos** (exceto se o passageiro aceitar expressamente outra forma de compensação). Para o atraso de 1h15 a 3 horas deverá ser fornecido ao passageiro bebida não alcoólica e a possibilidade de comunicação (ligação eletrônica não superior a 3 minutos), ou outro meio de contato mais rápido com alguém no local de destino.

Se o atraso tiver duração acima de 3 e 5 horas, deverá ser fornecida, além do anterior, alimentação ao passageiro, de acordo com o horário (café, almoço ou jantar). No caso de atraso superior a 5 horas do voo, deverá ser fornecida, além dos anteriores, uma indenização de no mínimo 30% do valor pago pela tarifa, exceto se o passageiro aceitar outra forma de indenização. Ainda, se com o atraso se ultrapasse o limite das 22h, deverá ser fornecida também hospedagem ao passageiro, caso este não se encontre no local de residência, bem como despesas com traslado do aeroporto ao hotel e vice-versa, exceto se ele aceitar esperar outro voo a ser realizado dentro de um prazo razoável.

Na hipótese de voo interrompido, a compensação deverá ser proporcional ao tempo de demora até a retomada da viagem. O passageiro também pode optar pela devolução de parte proporcional da tarifa.

Nos casos de **cancelamento** por parte da empresa aérea, se não houver reembolso, a deverá arcar com os gastos com hospedagem e traslado do passageiro, se este não estiver em seu local de residência. Caso haja atraso no aviso de cancelamento, o passageiro deverá receber as compensações de acordo com o tempo de atraso (a partir de 1 hora de atraso). Se o cancelamento não for causado por força maior ou fenômeno meteorológico que afete a segurança, além do reembolso do trecho cancelado, o passageiro deverá receber uma indenização de, no mínimo, 30% do valor pago pela tarifa, exceto se o passageiro aceitar outra forma de indenização. Se, devido ao cancelamento, o passageiro for transferido para outro voo da mesma ou de outra empresa aérea, deverá ele ser compensado de acordo com o tempo de espera até o horário do voo (a partir de 1 hora). Se o novo voo sair com mais de 6 horas de espera, o passageiro fará jus à indenização pecuniária (mínimo de 30% do valor da tarifa paga).

Havendo **preterição de passageiro por *overbooking***, a empresa aérea deverá alocar o passageiro preterido no próximo voo disponível e previsto para o mesmo destino pretendido, da mesma empresa e na mesma data. Caso não haja outro voo da empresa, esta deverá arcar com os gastos necessários e alocar o passageiro o mais breve possível em voo de outra empresa aérea, para o mesmo destino. Se não houver acordo, deverá o passageiro ser indenizado com 30% do valor do trajeto.

Caso a empresa aérea **antecipe o voo** em mais de 1 hora e não avise o passageiro, ou, mesmo avisando, o passageiro não possa viajar no horário alterado, deverá alocá-lo no próximo voo existente e conveniente. Caso não haja outro voo da empresa, esta deverá arcar com os gastos necessários e alocar o passageiro o mais breve possível em voo de outra empresa aérea, para o mesmo destino. Caso o passageiro não aceite nenhuma destas alternativas, a empresa deverá realizar o reembolso do trecho ou trechos.

Interessante comentar que se o transportador proceder corretamente com as compensações nos casos indicados, ele não será penalizado pela Autoridade de Aviação Civil da Colômbia.

Em relação às **bagagens**, dispõe a norma no item 3.10.3, para apontar que cabe à empresa aérea indicar a quantidade franqueada de bagagem por passageiro, conforme a capacidade de aeronave. Se não indicar, será de 20 quilos na classe econômica e 30 quilos na executiva, para os voos domésticos e 40 quilos para internacionais. A entrega do ticket de bagagem é obrigatória, em razão do recebimento do volume, que deve conter as regras claras do transporte. Em caso de danos à bagagem, o passageiro deve apresentar a reclamação em 7 dias, e terá os direitos de indenização estipulados no sistema disposto pelas Convenções de Varsóvia e Montreal. Contudo, se a bagagem não for entregue no destino, deverá a empresa aérea fornecer itens de asseio pessoal ao cliente ou pagar por estes. Se a espera pela bagagem superar 24 horas, deverá dar ao cliente um valor suficiente para a aquisição de roupas básicas e para cada dia a mais de atraso pagará 20% do valor da tarifa adquirida. A indenização, caso a bagagem não seja encontrada, segue o mesmo sistema das convenções mencionadas e a reclamações podem ser apresentadas em até 21 dias da data em que deveria ter chegado.

A norma colombiana ainda assegura a existência de instâncias de reclamação, para que possa levar qualquer descumprimento ou inconformidade contratual, a ser exercida perante a empresa aérea ou agência de turismo, em face da Autoridade Aeronáutica ou ainda se socorrer da via judicial (item 3.10.2.18)

Anota-se, por diferencial da norma da Colômbia, a grande preocupação com as informações aos passageiros e com o cumprimento do contrato de transporte, além da autonomia das relações entre a prestadora de serviços e os seus clientes. Observa-se que quando as pendências se resolvem pelas compensações fixadas ou pelo acordo, não cabe mais espaço para a atuação da Autoridade Reguladora, situação que tem importante conotação responsiva.

### 6.5.3 Chile

A Direção Geral de Aeronáutica Civil (DGAC), que é um órgão da Força Aérea, constitui-se na Autoridade de Aviação Civil do Chile. As relações de consumo do transporte aéreo naquele país são regidas pelo Código Aeronáutico Chileno para voos domésticos (Lei nº 18.916, de 8 de fevereiro de 1990, que aprovou o código), pela Convenção de Montreal para voos internacionais e, suplementarmente, pela Lei de Proteção dos Direitos dos Consumidores. A Junta Aeronáutica Civil (JAC) do Ministério dos Transportes e Telecomunicações organiza estes direitos e informa os consumidores<sup>146</sup>.

O passageiro tem direito à informação sobre as condições de transporte a ser fornecida pela empresa aérea. Deve-se, ainda, disponibilizar informações ao passageiro nos *websites* das transportadoras ou por meio de material impresso.

As **tarifas** podem sofrer restrições quanto ao tempo mínimo ou máximo de permanência no destino. As alterações são passíveis de cobrança de multa contratual pela alteração. Existe também a possibilidade de o passageiro adquirir tarifas não reembolsáveis, todavia o passageiro tem o direito de receber a informação de forma clara e oportuna acerca das características relevantes do serviço prestado. As alterações por qualquer motivo devem ser solicitadas à empresa aérea que poderá cobrar algum encargo para alteração.

O passageiro é responsável por possuir a **documentação** correta para saída do país e ingresso no país de destino, incluindo as escalas intermediárias que porventura a viagem tenha. As empresas aéreas podem consultar a documentação ou até mesmo negar o embarque do passageiro que não possua a documentação correta. O passageiro deve se apresentar para embarque no tempo determinado pela empresa aérea ou, caso a empresa aérea não tenha estipulado, com 2 horas de antecedência para o embarque.

As empresas aéreas podem **atrasar ou cancelar** o voo por questões de força maior, segurança ou por fenômenos meteorológicos, desde que devidamente comprovadas, sendo que nesses casos existe a excludente de responsabilidade da empresa (a norma não diz se a excludente de responsabilidade é apenas para fins de penalização da empresa ou também para fins de assistência ao passageiro). Quando o voo sofre atraso ou cancelamento, o passageiro tem direito ao reembolso do valor pago ou a mudar a data de seu voo. Nos casos de voos com

---

<sup>146</sup> Disponível em <http://www.jac.gob.cl/derechos-y-obligaciones-del-pasajero/>, acesso em 15/01/2023. Enquanto órgão do Governo Chileno, a JAC provê informações aos consumidores de transporte aéreo, assim como atua junto aos órgãos da defesa do consumidor daquele país para buscar um aprimoramento contínuo na prestação de serviços. Assim, baseou-se nas informações deles para compor o presente subcapítulo.

conexão, quando for parte de um mesmo contrato, a empresa aérea é responsável por realocar o passageiro. Caso contrário, não cabe responsabilidade à empresa aérea por perda de conexões.

Quando o cancelamento ou atraso for de responsabilidade da empresa aérea, o passageiro pode entrar com uma ação judicial em face da transportadora, com base no Código Aeronáutico Chileno, no caso de voos domésticos, e no caso de voos internacionais, com base na Convenção de Montreal, sem prejuízo de eventuais indenizações com base na norma de Direito do Consumidor.

Em caso de **preterição de embarque**, o passageiro tem direito ao reembolso do valor pago, ou deve ser embarcado no primeiro voo disponível. Caso seja essa a opção do passageiro a empresa deverá ainda: oferecer facilidades de comunicação, alimentação e bebidas, enquanto o passageiro aguarda pelo novo embarque; disponibilizar acomodação quando o tempo para embarque em novo voo requeira; garantir transporte desde e para o aeroporto; dar assistência adequada quando o passageiro estiver em voo com conexão; e no caso de voo doméstico, ainda demandar indenização por danos, em caso de atraso superior a 3 horas. O *overbooking* por motivo de venda de passagens acima da capacidade da aeronave é admissível no Chile. Porém, caso isso ocorra, a empresa aérea deverá procurar por voluntários que estejam dispostos a não embarcar mediante compensações oferecidas pela empresa, devendo embarcar prioritariamente crianças desacompanhadas, pessoas com deficiência, idosas ou com problemas de saúde, mulheres grávidas e outros cuja condição requeira tratamento prioritário. Caso não haja passageiros interessados em desistir mediante compensação, a empresa deve oferecer aos passageiros preteridos as mesmas facilidades acima indicadas ou, se desistir do contrato de transporte, o reembolso do valor pago pelo bilhete, adicionado de uma indenização que varia conforme a distância do serviço contratado e é fixada em Unidades de Fomento (UF), que é a moeda comercial do Chile.

Caso uma viagem já iniciada venha a ser **interrompida**, a empresa aérea deverá proporcionar hospedagem aos passageiros as seguintes opções:

- Reembolso proporcional ao trecho realizado;
- Continuação da viagem com a previsão para conclusão;
- Endosso para outra empresa aérea nas mesmas condições; ou
- Retorno ao ponto de partida com reembolso do valor pago.

A empresa aérea pode ainda negar o embarque do passageiro no voo de volta que não tenha embarcado no voo de ida. Todavia para que tal negativa seja feita, deve informar sobre essa regra antes da celebração do contrato.

Cada empresa pode ter sua própria política para **transporte de bagagens**. O passageiro tem direito a levar bagagem de mão e bagagem despachada. A bagagem de mão fica por responsabilidade do passageiro. Extravios ou danos na bagagem despachada devem ser comunicados dentro de 7 dias da data do desembarque à empresa aérea. É facultado ao passageiro, fazer uma declaração especial de valor. Nesse caso, a empresa poderá cobrar um valor adicional ou até mesmo decidir não transportar. As indenizações ao passageiro observam a Convenção de Montreal no caso de transporte internacional e para voos domésticos o máximo de 40 UF, sem prejuízo do passageiro buscar reparação na justiça comum.

Caso o passageiro venha a ter algum problema com a empresa aérea, este deve primeiramente procurá-la para registrar sua reclamação. Caso não surta efeito, o passageiro deve procurar o Serviço Nacional do Consumidor (SERNAC)<sup>147</sup>, que procurará mediar o conflito entre passageiro e empresa aérea. Em alguns casos, o SERNAC recorre a JAC, para solicitar apoio e assessoria.

Um ponto relevante de se observar no sistema normativo chileno reside na rede de proteção aos consumidores montada, o que compensa as aparentes lacunas legislativas e a inexistência de um arcabouço mais sólido para estes passageiros.

#### 6.5.4 União Europeia

A União Europeia (UE) foi pioneira na defesa e proteção dos consumidores, ao dispor sobre as “regras comuns para a indenização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos”. Com a edição do Regulamento (CE) nº 261/2004<sup>148</sup>, estabeleceram-se níveis mínimos para a assistência material no transporte aéreo, que vieram a ser seguidos por grande parte dos países do mundo. Por essas regras, objetivou-se operar mudanças no comportamento do setor dos transportes aéreos, em especial no que se refere à da prática de recusa de embarque e aos cancelamentos de voos comerciais, além de garantir um tratamento mais equitativo aos passageiros.

---

<sup>147</sup> Disponível em <https://www.sernac.cl/portal/617/w3-channel.html>, acesso em 15/01/2023.

<sup>148</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2004/261>, acesso em 15/01/2023.

Apesar do regulamento ter quase 20 anos, deve-se apontar que a UE não está parada no mesmo texto, tendo já levantado iniciativa para alteração normativa. Conforme Memo de 13 de março de 2013<sup>149</sup>, lançado a partir de Bruxelas, a Comissão Europeia lançou uma proposta de revisão dos direitos dos passageiros, de acordo com um trabalho de perguntas frequentes elaborado com passageiros submetidos ao Regulamento (CE) n° 261/2004. Nessa proposta constam ações de esclarecimento de pontos obscuros da norma, propostas de novos direitos, apontamentos sobre *enforcement* e penalização e indicações para tornar mais proporcional a assistência, bem como para reconhecer que interrupções massificadas de serviço exigem não só um plano de contingência, bem como apoio regional.

Neste sentido, após uma reflexão sobre essas provocações, a UE optou por expedir o Comunicado da Comissão - Orientações para a interpretação do Regulamento (CE) n° 261/2004, em 15/06/2016, conforme Jornal Oficial da União Europeia (C 215/5)<sup>150</sup>. Antes de promover uma revisão na proposta, achou por bem a Comissão trazer novas interpretações e trabalhar mais tempo a proposta de novo regulamento.

O âmbito de aplicação desta norma, que dita as regras para os casos de atraso, cancelamento ou *overbooking*, incide sobre os passageiros que parte de aeroporto da UE ou chegam a aeroporto da UE, que contratam junto a empresa aérea de país da UE ou da Islândia, da Noruega ou da Suíça. O regulamento ainda se aplica às passagens emitidas a partir de programas de milhas, mas não incide sobre o transporte gratuito (art. 3°).

No caso de **recusa de embarque** (*overbooking*), a transportadora deve buscar por voluntários que aceitem ceder sua reserva por recompensas, para que possa acomodar todos aqueles que queiram voar. Esses voluntários farão jus a um voo em condições equivalentes ao contratado, na primeira oportunidade ou a sua escolha ou ao reembolso da tarifa em 7 dias. Se forem insuficientes os voluntários para acomodar todos os passageiros que queiram viajar, a empresa aérea então poderá recusá-los, mas deve-lhes, além dos benefícios dados aos voluntários, indenização pecuniária, conforme a distância do voo (que varia entre \$250 e \$600 Euros), alojamento, caso necessário, providenciando a estadia por uma noite e transporte até o local de hospedagem e de lá ao aeroporto onde será a nova partida.

O valor da indenização pode ser reduzido pela metade, se o voo de redespacho não exceda até 4 horas (conforme a distância do transporte) o horário de chegada inicialmente previsto (art. 7°). Na norma também se reconhece que essa indenização não afasta outras

---

<sup>149</sup> Disponível em [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_203](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_203), acesso em 15/01/2023.

<sup>150</sup> Disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016XC0615\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016XC0615(01)), acesso em 15/01/2023.

suplementares, mas pode ser um valor a se abater delas, em caso de a empresa aérea ser condenada por montante que já teria em parte antecipado (art. 12).

Cumpra esclarecer que há, no entanto, recusas de embarque consideradas legítimas, quando baseadas em razões de segurança, justificado em base de dados da *International Air Transport Association (IATA)* ou de autoridades públicas, consoante mencionado na Comunicação da Comissão. Dado o peso que tem a segurança contra atos de interferência ilícita na aviação civil mundial, eventual desconfiança relevante sobre passageiro se torna questão prioritária a ser dirimida, para que não se arrisque a vida dos demais consumidores que irão no voo.

Atenção específica deve ser dispensada às pessoas com mobilidade reduzida, seus acompanhantes e crianças desacompanhadas, sobretudo para que sejam mantidas as condições de contratação nos voos de redespacho. Essa categoria de passageiros passou a ter uma tutela específica neste regulamento, que indica uma tutela especial, considerando sua condição mais frágil que dos demais passageiros, até para que tenham o suporte da assistência material o quanto antes possível (art. 11).

No caso do cancelamento, a norma dá dinâmica muito próxima, naquilo que cabível. As opções de assistência são as mesmas. No entanto, não são devidas essas reparações, se o passageiro tiver sido avisado do cancelamento com duas semanas de antecedência ou com 7 dias, se oferecido uma opção de serviço compatível. Outra hipótese de afastamento desta obrigação ocorre caso a transportadora comprove ter ocorrido circunstâncias extraordinárias inevitáveis, como força maior decorrente de evento climático (art. 5º). O Comunicado da Comissão citado indica que deve haver uma relação entre a circunstância extraordinária do cancelamento ou do atraso e uma iniciativa da transportadora de evitar o fato que gerou a intercorrência, para que se legitime a exoneração dos deveres.

Em relação ao atraso (art. 6º), a norma também condiciona a assistência à distância do voo, mas de forma geral, pode-se dizer que a partir da segunda hora o passageiro já faz jus a refeições e bebidas proporcionais ao tempo de atraso, além do direito de comunicação (uso de telefone ou outro meio). Chegada a quarta hora, passa a ser devido o alojamento e transporte. Acima da quinta hora, cabem as opções de reembolso ou redespacho, em condições de transporte equivalente (próximo voo para o mesmo destino ou outra data à escolha do consumidor).

A norma ainda traz possibilidades de o passageiro ser colocado em uma classe superior, sem a cobrança de adicionais, para que possa chegar ao seu destino naquele voo. Mas se o

colocar em classe inferior, ou seja, serviço abaixo daquele contratado, terá de promover a devolução parcial de valores em 7 dias (art. 10).

Dois últimos pontos desta norma são relevantes para o presente trabalho: o direito à informação (art. 14) e a constituição de órgãos responsáveis por garantir os direitos dos consumidores do transporte aéreo (art. 16). No primeiro caso, evoca-se a disposição de que nas áreas de check-in dos aeroportos deve ser informado, em texto claro e visível, sobre os direitos dos passageiros em caso de atrasos, cancelamentos e preterição de embarque. A norma vai além, comandando que, aos passageiros recusados ou que tenham voos cancelados ou atrasados, a transportadora deve entregar as regras de indenização e assistência por escrito, inclusive com textos adaptados para pessoas com deficiências visuais, o que reforça o dever de transparência que a fornecedora deve ter em relação aos seus clientes.

Sobre a constituição de órgãos vocacionados a proteger os direitos dos passageiros, a norma reforça essa relevância, ainda indicando que essas entidades sejam formalmente informadas à Comissão Europeia. Além disso, essas autoridades regionais devem se prontificar a aceitar reclamações dos consumidores (ou outras designadas pelo Estado-Membro), acerca de eventuais irregularidades cometidas por companhias aéreas que não forneceram corretamente os direitos assinalados no regulamento. Esse direito de petição é essencial, não só para a estatística, mas também para o conhecimento e mapeamento das condutas das empresas nos voos domésticos e internacionais, de forma que se abra a possibilidade de uma ação ativa sobre esses fornecedores. Ademais, é claro que este requerente merece ver seu pleito apreciado e esclarecido na medida das atribuições da autoridade de regulação da aviação civil.

Isso posto, é de se ressaltar que o pioneirismo do regulamento europeu compôs inspiração para diversos Estados, mesmo fora do Velho Continente, que convergiram para adotar esse sistema de assistência material, reconhecendo que a expansão do transporte aéreo trouxe consigo maior inclusão de consumidores, que não podem ser deixados desamparados nos momentos de carestia durante a prestação do serviço. A pesquisa referida no mencionado Memo de 2013 destacou que essa norma mudou o comportamento da indústria das empresas aéreas na Europa e no Mundo, mas não computa a reforma regulatória global que essa iniciativa deflagrou, para beneficiar consumidores do transporte aéreo em vários países do mundo.

#### 6.5.5 Considerações gerais sobre o *benchmarking*

O objetivo do presente *benchmarking* foi de comparar as legislações de proteção dos consumidores do transporte aéreo da América do Sul, para demonstrar uma linha geral de convergência entre elas, o que prepara a apresentação mais pormenorizada da norma e



brasileira. Essa convergência, em grande medida, decorre de fomento da própria ICAO, como visto acima. Sua comparação com o regulamento europeu sobre as regras de assistência material também é bastante ilustrativa de como, tendo por base essa iniciativa, muitas outras jurisdições foram influenciadas e dirigiram-se pelo mesmo caminho.

É de notar, com isso, que há um pacote comum de direitos dos passageiros trabalhados em todos os países mencionados, que também detém uma autoridade aeronáutica que assume essa defesa diretamente ou por meio de um sistema de defesa do consumidor. Essa agregação de agentes fortalece a regulação, tornando-a mais responsiva. O papel da informação, como elemento central deste modelo, também denota a relevância que um modelo de relação transparente tem na relação fornecedor-cliente. Por sua vez, a convergência de instrumentos e práticas demonstra a replicação de fórmulas regulatórias que vem dando certo nos países, valendo mencionar a dinâmica de compensações pelos atrasos, cancelamentos e recusas, que acaba por se tornar um problema de resolução privada, mas com respaldo da norma pública.

Outras regras de pacificação também devem ser enaltecidas, como a possibilidade de correção do nome do passageiro de forma prévia, para que ele não venha a ser barrado no portão de embarque da aeronave, bem como a possibilidade de cancelamento da passagem algumas horas após a sua compra, conferindo esse direito ao arrependimento. Ademais, as convenções acabam por trazer conformação relevante, ao pacificarem materiais que se deixadas para a regulação e criatividade de cada país, poderiam tornar esse sistema insustentável, como é o caso das regras das Convenções de Varsóvia e Montreal, em relação à indenização por danos e extravio à bagagem.

Assim, para consolidar esse entendimento, vale o cotejo da Resolução nº 400/2016, que é a norma brasileira sobre as relações de consumo, e de certa forma foi muito inspirada nas demais diretivas acima colocadas, entre outras, olhando ainda o sistema regulatório articulado sob a perspectiva da *Smart Regulation*, segundo os postulados mais acima apostos.

## **6.6 A Resolução ANAC nº 400/2016: entre a *soft law* e a regulação direta**

A Resolução ANAC nº 400, de 13 de dezembro de 2016, como dito acima, foi fruto de um movimento de consolidação normativa e aprimoramento dos mecanismos de proteção dos passageiros, em face de serviços aéreos cada vez mais complexos. A norma tem 45 artigos e um anexo e é dividida em 5 Capítulos, reproduzindo, em grande parcela, a estrutura dos direitos fundamentais da defesa dos consumidores adotados pela ICAO (2017). Por isso, divide seus capítulos em: Obrigações prévias à execução do contrato de transporte aéreo (Capítulo I);

Despacho do passageiro e execução do contrato de transporte aéreo (Capítulo II); Obrigações posteriores à execução do transporte aéreo (Capítulo III); Atendimento aos usuários do transporte aéreo (Capítulo IV); e Disposições finais e transitórias (Capítulo V). No seu anexo dispõe, de maneira ampla, sobre os valores das multas decorrentes de infração à resolução. Assim, replica a dinâmica dos direitos devidos antes, durante e depois do voo.

Por sua vez, o primeiro capítulo se divide em 5 Seções, que cuidam: da oferta; do comprovante de passagem; da alteração do contrato por parte do passageiro e do transportador; e das informações sobre a bagagem. Essas regras se assentam, sobretudo, nos deveres de informação e transparência que as transportadoras ofertantes do serviço precisam ter em relação aos seus consumidores.

Inicialmente, tem-se dispostas, portanto, as obrigações de **informação** sobre os serviços anunciados pela empresa aérea ou pela agência de turismo, que precisa ser clara, objetiva e disponível em todos os canais de comunicação que veicularem a oferta. A disposição do valor total (art. 4º, §§ 1º e 2º), que agregue todos os seus elementos (serviços, tarifas e eventuais tributos), na linha do recomendado pela ICAO (2017, p. 5-1), constituiu enorme avanço em relação a situação anterior, em que o consumidor escolhia a passagem e depois descobria que tinha de arcar com as tarifas aeroportuárias e adicionais. O dispositivo visa, inclusive, a alcançar serviços conjugados com pacotes turísticos.

Somente coube ficar de fora desse conjunto os serviços adicionais de bagagem, assento, *wi-fi*, entre outros, que não compõe os itens básicos do transporte aéreo. Ademais, o art. 5º, da referida resolução, ainda dá um passo-a-passo das informações que devem ser apresentadas aos consumidores, a partir da caracterização do serviço desejado, vetando a prática do *opt-in*, que é a pré-marcação de serviços não acionados ativamente, o que, na prática, significa uma venda casada (art. 39, I, do CDC).

A seção II complementa a primeira, ao dispor sobre as informações do bilhete de passagem, que é o comprovante da aquisição do serviço (art. 6º). Nota-se que, seja na forma física ou eletrônica, o bilhete deve materializar exatamente a escolha do consumidor, as opções que lhe foram ofertadas. Duas relevantes garantias que foram também asseguradas nos artigos 7º e 8º, acerca do prazo de validade do bilhete, em caso de omissão do emissor, e a possibilidade de correção do voo antes do nome, cuja exatidão constitui elementos de segurança da aviação civil, mas que nas hipóteses de erro material ou de digitação, acabava deixando o consumidor desamparado.

As seções III e IV do Capítulo I vem para abordar os casos de alteração e resolução do contrato de transporte aéreo, por parte do passageiro e do transportador. Relevante destacar,

novamente a importância da compreensão por parte do passageiro da regra tarifária e da impossibilidade que essa avance sobre as outras tarifas e tributos cobrado junto ao valor total (art. 9º). Além disso, faculta-se ao consumidor desistência do serviço em 24 horas da compra, desde que o transporte ocorra em mais de 7 dias (similar ao acima descrito como direito de devolução da Colômbia), concedendo-lhe o direito de arrependimento, sem ônus (art. 11). Isso evita litígios em razão das compras por impulso.

No caso de alteração do serviço por parte da empresa aérea, indica-se um prazo de antecedência mínima para essa comunicação (72 horas), que se não realizada, gera dever de reacomodação ou reembolso integral, e se não feita de forma efetiva, gera obrigação de assistência material adicionada de reembolso ou reacomodação ou execução do serviço por outro meio (art. 12). O dispositivo é muito relevante, sobretudo para que empresas aéreas e agências de turismo atuem de forma conjunta para não deixar o passageiro sem a devida informação sobre a suspensão, modificação ou cancelamento do serviço.

Passo final deste capítulo tem-se as regras de **transporte de bagagens** de mão e bagagem despachada, que compõe parcela essencial da norma. Nesse ponto, a norma inovou em relação à sua versão anterior (Portaria nº 676/GC5/2000), por deixar de prever a obrigatoriedade de volumes de **bagagem despachada** por passageiro. Vale a comparação:

**Portaria nº 676/GC5/2000**

Da Franquia de Bagagem

Art. 37. Nas linhas domésticas, a franquia mínima de bagagem por passageiro é de:

- a) trinta quilos para a primeira classe, nas aeronaves acima de 31 assentos;
  - b) vinte e três quilos para as demais classes, nas aeronaves acima de 31 assentos;
- (...)

**Norma de Serviços Aéreos - NOSAI CT-011**

B. FRANQUIA DE  
BAGAGEM

PARTE I – Bagagem Despachada

1) Serão as seguintes as franquias de bagagem permitidas:

- a) Para passageiros viajando em Primeira Classe e Classe Intermediária serão permitidas duas malas despachadas, desde que a soma das 3 dimensões (comprimento mais largura mais altura) de cada mala não exceda 158cm (62 polegadas).

(...)

- c) Para facilitar o manuseio das bagagens, fica determinado que cada mala acima referida nos subparágrafos (a) e (b), não poderá exceder 32Kg (70 libras)

(...)

**Resolução ANAC nº 400/2016**

Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador.

§ 1º A bagagem despachada poderá sofrer restrições, nos termos desta Resolução e de outras normas atinentes à segurança da aviação civil.

§ 2º As regras referentes ao transporte de bagagem despachada, ainda que realizado por mais de um transportador, deverão ser uniformes para cada trecho contratado.

Como se mostra pela comparação, havia uma obrigação de inclusão das bagagens no preço do serviço de transporte aéreo, o que foi retirado nas novas CGTA (Resolução nº 400/2016). Conforme documento “Comentário à Minuta de Resolução” (págs. 55-59), que instrui a Audiência Pública nº 3/2016 da ANAC<sup>151</sup>, tal medida foi justificada, em suma, como: uma extensão da liberdade tarifária; convergência com as práticas internacionais; redução de barreiras à entrada de novos serviços; desincentivo ao uso da franquía de bagagem para finalidades comerciais (no caso internacional); abertura do setor para as empresas de baixo custo; entre outros.

Por evidente que, considerando o contingente de passageiros que voavam sem bagagem, as empresas aéreas deveriam fazer um equilíbrio do custo do transporte da bagagem sobre o preço das passagens, considerando uma média do transportado, o que significava repassar aos que nada transportavam algum montante referente àqueles que levavam o peso total permitido. Com efeito, avalia-se que foi uma medida importante para o setor, que deu seguimento à liberalização do serviço de transporte aéreo.

Em compensação à desregulamentação da bagagem despachada, por outro lado, a franquía de **bagagem de mão** foi aumentada de cinco para dez quilos. De outra sorte, se garantiu no art. 17 a oportunidade para que o passageiro faça uma declaração especial de valor para a bagagem despachada, de forma a resguardar bens de maior valor que precisem ser transportados nos volumes entregues à transportadora.

Cabe observar que o capítulo I se assenta de maneira substancial na estratégia regulatória da informação e transparência em relação ao serviço oferecido, pilar fundamental de qualquer ação comercial, mas que tem especial relevância no transporte aéreo, em vista das mudanças que o mercado sofreu nas últimas duas décadas. Mais do que uma proteção ao consumidor, tem-se uma função de educação imposta ao prestador de serviços, para que instrua clientes a compreender o processo de aquisição e uso do serviço neste contexto<sup>152</sup>. Ademais, esse contexto só se fez possível após a remoção de incentivos perversos, aqui identificados nos tetos tarifários e na obrigação de inclusão da bagagem no serviço de transportes. Foi justamente o novo cenário que viabilizou a diversificação da oferta e ampliação das opções de serviços ao consumidor.

---

<sup>151</sup> Para mais informações sobre os relatórios produzidos por este procedimento, disponível em <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/2016>, acesso em 15/01/2023.

<sup>152</sup> Destaque-se que a ANAC promove, periodicamente, campanhas de informação aos passageiros, sobre seus direitos. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/campanha-da-anac-nos-aeroportos-traz-informacao-sobre-direitos-e-deveres-para-os-passageiros>, acesso em 15/01/2023.

Por sua vez, o capítulo II, que cobre as intercorrências após iniciada a prestação de serviços, se divide em 5 seções: *Check-in* e apresentação para o embarque; atraso, cancelamento, interrupção de serviço e preterição; assistência material; acomodação e reembolso.

A Seção I traz os procedimentos para a identificação do passageiro (art. 16) e os requisitos para a execução do transporte (art. 18). Especial relevância tem, contudo, o art. 19, que assegurou a manutenção do voo de volta, ainda que o passageiro não se apresente no de ida, desde que avise a companhia até o momento da decolagem. Com isso, há uma abertura para que o passageiro não perca integralmente o valor dispendido no serviço, sobretudo quando se trata de passagens promocionais, com altas multas contratuais. Esse tipo de disposição decorre de prática contratual de considerar cancelada a passagem de volta, caso o passageiro não tivesse comparecido na ida, o que acabava gerando uma situação de inconformismo do consumidor com conduta adotada pela empresa. Há regra semelhante na Colômbia também.

Da seção II à V, cuidam-se de regras de **suporte e ressarcimento de passageiros**, em razão de algum vício apresentado pelo serviço (art. 20, do CDC), que neste caso se traduz em **atrasos, cancelamentos, interrupção da viagem no aeroporto da escala e a recusa do passageiro** (que é a preterição de embarque ou *overbooking*). Este sistema de suporte ao consumidor, disposto entre os arts. 20 e 29 da norma, demonstra a adesão às melhores práticas recomendadas, sobretudo pela autoridade internacional do setor.

Assim, na mesma linha do exposto no *benchmarking* acima e muito congruente com as recomendações da ICAO retromencionadas, trouxe a norma brasileira ao transportador a atribuição de manter o consumidor informado, após a entrada em área restrita do aeroporto da origem, acerca de eventos que possam retardar ou suspender a prestação do serviço. Conforme o tempo de atraso, deve o operador aéreo oferecer facilidades de comunicação, alimentação e hospedagem para pernoite, inclusive com o traslado. Caso confirme-se o cancelamento ou interrupção do serviço, cumpre abrir a possibilidade de acomodação do passageiro no próximo voo ou o reembolso integral da passagem, em até 7 dias (ou proporcional, se alguma parte do transporte for aproveitada). Dessa forma, o passageiro passará pela intempérie, com uma previsão de resolução de seu problema e a assistência da empresa contrata para a realização do transporte, não ficando em situação inóspita de desamparo.

Há também regras para específicas que em caso de **recusa de embarque**, a companhia aérea busque voluntários para serem acomodados, mediante compensação negociada, de forma que todos os passageiros que queiram ou precisem usufruir do serviço possam fazê-lo. Caso não socorram voluntários suficientes, além da assistência material, acomodação ou

reembolso, é devida compensação financeira, em montante que varia conforme a configuração do serviço em doméstico ou internacional (art. 24)<sup>153</sup>.

Destarte, efetivamente a regulamentação brasileira internalizou a fórmula mundial de procedimento estatal para a hipótese, pela qual se materializa um protocolo de entendimento entre prestadora de serviços e consumidor, que, sempre que executado, afastará qualquer punição direta do Poder Público ao agente regulado. Logo, reconhecendo as intempéries pelo qual o serviço passa, não cabe mais a multa administrativa pelo atraso, cancelamento ou preterição de embarque, mas sim pela falta de assistência e compensações, quando devidas, ao consumidor, em razão da superveniência destas ocorrências.

A solução regulatória dada mistura as ferramentas de informação sobre os direitos, educação para o consumo, voluntarismo na negociação para as compensações de consumidores que aceitem ceder seu lugar para os passageiros que precisem viajar, ao passo que permite que a empresa use de seus meios para contornar a situação, incentivando a negociação direta entre cliente e prestador, limitada no contexto. Não se pode esquecer, nesta conjuntura, do instrumento econômico das compensações financeiras, que funciona como um incentivo para que a companhia aérea evite a preterição, o que dependerá de sua eficiência no gerenciamento de receitas, na organização de suas operações e na habilidade de sua negociação.

Neste bojo ainda consta o dever de atenção especial para os **Passageiros com Necessidade de Assistência Especial** (PNAE), na forma como definidos pela Resolução ANAC nº 280, de 11 de julho de 2013<sup>154</sup>, que constitui elemento também muito sensível para o setor. De fato, a antecipação da rede de suporte para esses passageiros atrai até a o princípio da dignidade da pessoa humana, por representarem um público muito mais fragilizado em cenários de atraso ou suspensão do serviço.

Dois pontos, bastante conectados, observados no *benchmarking* internacional e nas recomendações da ICAO não foram, contudo, dirimidos por essa norma, nessa parte relacionada ao momento da prestação do serviço: a suspensão dos deveres de suporte em caso de força maior que impeça a efetivação do serviço; e a criação de uma rede de suporte regional na

---

<sup>153</sup> Vale destacar que os valores assinalados na norma, para declaração de valor (art. 17), para compensação por preterição (art. 24) e para ressarcimento por extravio de bagagem (art. 33, §3º, I, da Resolução nº 400/2016) são precificados em Direito Especiais de Saque (DES), que é a moeda internacional referencial indicada na Convenção de Montreal, nos termos do art. 23 do Decreto nº 5910/2006, que internalizou a referida convenção. Na prática, trata-se de um ativo de reserva, criado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), baseado em uma cesta de outras cinco moedas: dólar estadunidense, euro, remimbi (yuan chinês), iene e libra esterlina. Definição de DES disponível em <https://enfin.com.br/termo/des-direito-especial-de-saque-8r2ma4he>, acesso em 15/01/2023.

<sup>154</sup> O art. 3º da Resolução nº 280/2013 assim define PNAE: “Art. 3º Para efeito desta Resolução, entende-se por PNAE pessoa com deficiência, pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, gestante, lactante, pessoa acompanhada por criança de colo, pessoa com mobilidade reduzida ou qualquer pessoa que por alguma condição específica tenha limitação na sua autonomia como passageiro”.

hipótese de interrupções de grande impacto (*massive disruptions*). Ambas as situações, de fato, demandam uma atenção do Poder Público.

Em relação à suspensão dos deveres de suporte aos passageiros, essa proposta foi levada à Audiência Pública nº 3/2016 da ANAC<sup>155</sup>, conforme documento “Comentário à Minuta de Resolução” (págs. 95 e 97-99), ao argumento de que a legislação civil permitia e que havia um pleito das empresas aéreas neste sentido. Mas, conforme o “Relatório de Contribuições” (págs. 86-87), disponível no mesmo sítio, justificou-se o não seguimento dessa proposta em vista do potencial impacto que representaria, sobretudo para os consumidores, que teriam somente o aeroporto para se socorrer. Vale, contudo, anotar que no caso da COVID-19, a Agência se movimentou para permitir a suspensão de diversos deveres da empresa aérea em relação ao apoio e assistência aos consumidores, nas situações de alteração programada, atraso do voo, cancelamento do voo e interrupção do serviço, nos termos da Resolução ANAC nº 556, de 13 de maio de 2020.

Sobre o segundo ponto, que em parte pode decorrer do primeiro, avalia-se que seria uma ação de política pública a ser implementada, vez que envolve diferentes entes federativos, agentes públicos e empresas públicas e privadas, entidades estas que estão, em grande parte, fora do alcance da ANAC. Entretanto, é uma articulação que merece ser realizada e implementada, seja pelo Ministério Setorial, pelo PPI ou pela própria Casa Civil da Presidência da República.

No capítulo III, a norma dispôs sobre as obrigações decorrentes da bagagem despachada, em especial no caso de danos e extravio. Neste ponto, espelhou-se muito no consubstanciado na Convenção de Montreal (formalmente internalizada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006), para se fixar, no art. 32: a constatação do extravio, pelo protesto junto ao transportado; os prazos para a devolução da bagagem; e os deveres em relação à avaria verificada (reparação, substituição ou indenização). No mesmo sentido, o art. 33 completa com dever de suporte ao passageiro que ficou sem bagagem, fora do seu domicílio, impondo o ressarcimento de despesas eventuais, para a aquisição de itens básicos, conforme limites diários definidos em contrato, que podem inclusive ser deduzidos do teto de indenização estabelecido, caso se confirme o extravio definitivo do volume.

Igualmente, no âmbito do *design* regulatório, afasta-se, em parte, a regulação direta, em prol do acordo transportador aéreo e passageiro. É notório neste capítulo a *mens legis* de evitar

---

<sup>155</sup> Para mais informações sobre os relatórios produzidos por este procedimento, disponível em <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/2016>, acesso em 15/01/2023.

a litigância judicial em torno dos danos ao consumidor. Identifica-se, com isso, a abertura para voluntarismo, no caso das regras de ressarcimento diário e no apoio que venha a ser dado ao passageiro que ficou sem seus pertences, uma vez que essa forma de reparação demanda uma conduta positiva do agente regulado em repor as perdas de seu cliente. É missão do prestador de serviços, portanto, dirimir da melhor forma o vício no serviço que causou o transtorno. De outro lado, isso beneficia o sistema de fiscalização, que deixa de atuar no caso individual e passa a avaliar se as situações coletivas foram corretamente solucionadas.

O último capítulo de matéria regulatória trazida versa sobre o atendimento aos usuários, aqui concebidos de uma forma ampla, justamente para abranger consumidores, passageiros e outros interessados no serviço, como pesquisadores, agentes setoriais etc. Relevante neste capítulo destacar a obrigatoriedade de manutenção de um SAC, por parte da empresa aérea, conforme sua movimentação de passageiros, que era aderente ao antigo Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, atualmente superado pelo Decreto nº 11.034, de 4 de abril de 2022, o que atrai até uma necessidade de revisão da norma neste mister.

Ademais, este capítulo traz elemento essencial para a arquitetura regulatória das relações de consumo em si, neste subsetor de transporte, qual seja a adesão do regulamento à plataforma [www.consumidor.gov.br](http://www.consumidor.gov.br), que, como já mencionado, é o canal público para a autocomposição de controvérsias em matéria de consumo, previsto pelo Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020. Considerando o Acordo de Cooperação Técnica nº 02/2016<sup>156</sup>, firmado entre ANAC e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) do MJSP, a ANAC passou a impor ao mercado regulado a referida plataforma como o meio oficial de atendimento de usuários (art. 39), o que gerou obrigação para que as transportadoras abrissem aos seus clientes este canal. O uso do sistema de solução alternativa de conflitos foi regulamentado pela Portaria nº 764/SAS, de 11 de março de 2019<sup>157</sup>.

Uma característica dessa plataforma são as reclamações públicas e a possibilidade de acesso das entidades públicas que aderem ao sistema poderem acompanhar todos os litígios entre clientes e prestadores de serviço. Isso permitiu que a ANAC criasse uma inteligência de análise de dados, de forma a divulgar os resultados das interações de maneira agregada, por meio do “Boletim Consumidor.gov.br”, que trouxe em sua última edição análise do 3º trimestre

---

<sup>156</sup> Disponível em <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/acordos-de-cooperacao>, acesso em 15/01/2023.

<sup>157</sup> Disponível em [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2019/portaria-no-0764-sia-11-03-2019/@@@display-file/arquivo\\_norma/PA2019-0764.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/2019/portaria-no-0764-sia-11-03-2019/@@@display-file/arquivo_norma/PA2019-0764.pdf), acesso em 15/01/2023.



de 2022<sup>158</sup>. Neste relatório, divulgam-se, identificando os dados das empresas nacionais e estrangeiras (quando cabível): a quantidade de reclamações por transportador; os índices de solução, satisfação e tempo de resposta (portanto, a efetividade no atendimento); e os temas reclamados.

Com essa prática, constituiu-se um relatório sobre os serviços prestados pelas empresas, que funciona como claro instrumento de informação para os consumidores que querem escolher a sua transportadora e conhecer melhor os problemas do setor. A responsividade do sistema decorre então do entrelaçamento entre estes relatórios, as demais ferramentas de voluntarismo alocadas para que a prestadora de serviços resolva os problemas de seus consumidores da maneira mais escorreita possível e da possibilidade da escalada de punições, que é assegurada pela Resolução ANAC nº 472/2018, o que assegura, inclusive, uma visualização da pirâmide de *enforcement* aplicada a este setor.

Ademais, sobre a Resolução ANAC nº 400/2016, vale observar que foi publicada com prazo de revisão, nos seguintes termos:

Art. 42. A Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos - SAS deverá submeter à Diretoria, após 5 (cinco) anos de vigência da presente Resolução, relatório sobre sua aplicação, eficácia e resultados, com a indicação de possíveis pontos para revisão.

Isso denota uma boa prática regulatória, que impõe ao regulador do futuro uma análise dos resultados auferidos e avaliação do normativo em determinado prazo. Isso obriga a realização de uma análise dos impactos da regulação lançada, permitindo-se verificar os pontos positivos da medida e as chances de aprimoramento. Diante da dinâmica dos regulamentos administrativos, que precisam lidar com recorrentes inovações tecnológicas e de práticas sociais e comerciais, esse tipo de medida tende a veicular um ciclo de aprimoração do marco regulatório, sempre que baseado em evidências e análise dos dados produzidos a partir dos efeitos da resolução. Há que se reconhecer, contudo, que passados mais de cinco anos da publicação da Resolução ANAC nº 400/2016, ela ainda não foi submetida, ao menos formalmente, a essa sorte de análise.

Afinal, cumpre registrar que o Anexo Único do Regulamento analisado dispõe acerca da seguinte tabela de multas por infrações à resolução:

---

<sup>158</sup> Disponível em [https://www.gov.br/anac/pt-br/canais\\_atendimento/consumidor/boletins/2022](https://www.gov.br/anac/pt-br/canais_atendimento/consumidor/boletins/2022), acesso em 15/01/2023.

Figura 5 Valores de Multas decorrentes de infração à Resolução nº 400/2016

Valor (expresso em real)		
Mínimo	Intermediário	Máximo
20.000	35.000	50.000

Fonte: ANAC

Feita a leitura crítica da norma, deve-se submetê-la, de forma integral, ao crivo da *Smart Regulation*, que é o nosso objetivo primeiro com o presente estudo. Avoca-se que esta norma se coloca no centro de uma complexa relação travada entre os operadores aéreos e seus clientes, em um sistema de serviços com extensa conexão internacional, devendo conviver com atores diversificados, civis e militares, que cuidam: da navegação aérea, dos aeroportos, da defesa do consumidor, das normas de segurança do voo, entre outros. Considerando que o transporte aéreo só existe em razão dos seus passageiros e cargas, as relações de consumo se colocam como um elemento essencial para o desenvolvimento de toda essa indústria.

Como se nota, com a atualização das CGTA, o modelo regulatório passou a atuar de forma mais condizente com as regras que garantem a liberdade tarifária e de rotas aéreas, nos termos dos arts. 48, §1º e 49, da Lei nº 11.182/2005. Vale comentar que, no curso da revisão normativa, a proposta foi bem debatida com a sociedade, passando por consulta e audiência pública, de forma a agregar anseios dos mais diversos agentes em relação ao seu conteúdo.

A regulamentação firmou mais aderência ao CCB e ao CDC, agregando as regras de garantia do transporte e de reparação em caso de vícios na prestação, internalizando na norma administrativa a responsabilidade aquiliana. O regulamento contempla, ainda, os preceitos no do Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprova a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC), que propugna no atendimento aos consumidores do transporte aéreo, “o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”. No mesmo sentido, conforme sublinhado, também está aderente às melhores práticas internacionais, indicadas pela ICAO. Portanto, em termos regulatórios, aprimorou-se o marco das relações de consumo do transporte aéreo.

Sob a perspectiva responsiva, tem-se caminho semelhante. Apesar da norma trazer a disposição de comando e controle, o fez de forma difusa e não direcionada, a fim de permitir que, *ultima ratio*, a pena pecuniária pode ser utilizada, o que, apesar de não representar uma pirâmide de medidas de *enforcement*, está bem em consonância com a *Smart Regulation*. Com as múltiplas possibilidades de que o vício no serviço seja sanado por um acerto, entre

transportadora e consumidor, a norma transita bem entre os conceitos de regulação direta e *soft law*, visto que se o regime de compensações for seguido, ao regulado jamais será devida a pena pecuniária. Por isso, a referida resolução busca, efetivamente, na conduta do regulado, a atuação informativa, transparente e de suporte, sempre que necessária, para que o serviço seja corretamente prestado e eventuais impactos amenizados, na medida do devido. Caberia à ANAC, por outro lado, tornar mais clara na norma essa integração dos instrumentos responsivos.

Como apontado em diversos momentos, nas quatro etapas consideradas para o serviço pela regulamentação, quais sejam, antes do voo, durante o voo, depois do voo e atendimento de usuários, são amplamente empregadas ferramentas de voluntarismo, sobretudo nas hipóteses multas pela desistência do serviço, danos causados a item frágil, transporte de animais, ressarcimento de passageiros que ficam sem suas malas fora do destino. Por outro lado, identifica-se a autorregulação nas recomendações da ICAO influenciando nos procedimentos de informação e assistência material. De outra sorte, há fartos instrumentos de educação e informação, até incentivados setorialmente, para que se explique o serviço aos consumidores. Os Boletins de Monitoramento extraídos da plataforma *consumidor.gov.br* e publicados pela ANAC trazem dados relevantes sobre o empenho das empresas aéreas na resolução dos litígios de consumo, assim como permitem vislumbrar uma classificação neste quesito, dando uma perspectiva de competitividade entre as companhias brasileiras e entre as estrangeiras que atuam no país. Ainda sob a rubrica dos instrumentos econômicos, é de se listar as compensações financeiras a serem pagas aos consumidores preteridos no voo, independentemente de sua acomodação e assistência material ou reembolso. Também nesta seara devem ser categorizadas as remoções de incentivos perversos operados nestes anos de liberalização, pela qual o setor passou.

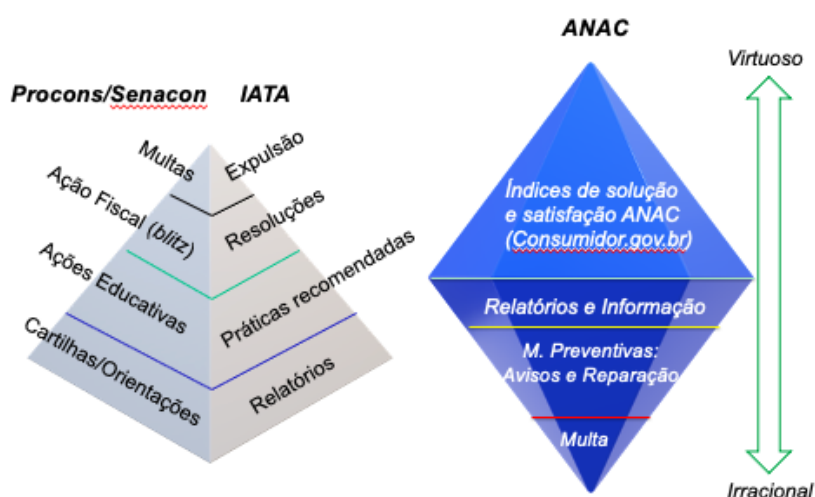
Isso tudo permite afirmar que, sob a perspectiva dos instrumentos regulatórios, a norma é bastante aderente à *Smart Regulation*. Sobre a participação dos grupos de interesse público na regulação, também há boas perspectivas, ao passo que o órgão setorial internacional tem atuação bastante presente e regularmente leva debates sobre as relações de consumo para os países membros da Convenção de Aviação Civil Internacional. Também a associação internacional dos prestadores de serviços, a IATA, é muito atuante em relação às ações de regulamentação nos diversos países, tendo atuado para que os operadores aéreos tenham contratos mais aderentes com as regras de defesa dos consumidores. No âmbito interno, esse

papel é conduzido pela Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR)<sup>159</sup>, que também é atuante na divulgação da informação e estudos setoriais, ao tempo em que participa das iniciativas da regulação.

Do lado dos consumidores, é de se ressaltar a atuação da Senacon e dos Procons, que também monitoram a plataforma *consumidor.gov.br* e participam de forma bastante ativa, nem sempre coordenada com a ANAC, da supervisão dos serviços aéreos. Seu papel na participação da elaboração das normas deste setor também é notável. A OAB também pode ser mencionada como agente transversal que debate o tema em suas comissões internas e contribui para o processo de supervisão externa dos serviços e participação na regulação deste subsetor dos transportes. Não se registra, contudo, agremiações de consumidores específicas para este setor. Ressalte-se, há um razoável grupo engajado, o que denota importante participação de terceiros interessados no processo regulatório dos transportes aéreos, sob a perspectiva das relações de consumo. Esse engajamento mostra-se relevante sob as lentes da regulação, que conta com esses atores, ainda que de forma nem sempre estruturada, como portadores de alertas ou de elementos que merecem ser considerados no processo administrativo.

De maneira a ilustrar essa percepção do setor de transporte aéreo, sob a perspectiva das relações de consumo, foi elaborada a figura 6 abaixo, que conjuga uma proposta de visão da regulação da ANAC, e das possíveis atuações da IATA e dos Procons, considerando os postulados da *Smart Regulation*, de pluralismo e tridimensionalidade regulatórios, pela combinação da ação de ferramentas regulatórias e de interessados no processo regulatório.

Figura 6 Pirâmide de Conformidade e Diamante Regulatório da ANAC



Fonte: Elaboração própria

<sup>159</sup> Disponível em <https://www.abear.com.br/>, acesso em 15/01/2023.

Neste contexto, como se percebe, há uma maior identidade entre os conceitos pregados pela teoria da *Smart Regulation* e a regulação do transporte aéreo, sob a perspectiva das relações de consumo. Como se indicará nas conclusões do capítulo, esse subsetor de transportes já incorporou a filosofia da teoria sob estudo, pela própria convergência do sistema internacional neste sentido. Enquanto atividade que integra diversos países, não pode a regulação do transporte aéreo afastar-se do praticado pelos demais países, sob pena de onerar a sua indústria com deficiências competitivas.

## 6.7 Conclusões Parciais

Nesta parte do estudo, dedicou-se um olhar atento à regulação dos transportes aéreos sob a ótica das relações de consumo. Enquanto ponta de uma grande indústria que se estrutura para a realização do transporte, as formas de interação entre empresas aéreas e passageiros sofreram severas mudanças ao longo do tempo, passando de serviço elitizado para a movimentação de grandes contingentes de passageiros.

Diante disso, buscou-se mostrar como ocorreu a evolução dessa indústria, em especial no caso do aparato público estabelecido para lidar com a política pública e regulação do serviço, destacando-se a ANAC como autoridade reguladora civil a tutelar o setor. Importante também o conhecimento do processo de liberalização tarifária, para se entender a direcionamento da regulação atual para um processo contínuo de educação dos consumidores acerca dos múltiplos serviços a que pode ser exposto e quais direitos lhe socorrem em cada caso.

No mesmo sentido, fez-se uma retomada da tradição em torno das CGTA, instrumento típico da regulamentação do transporte aéreo, que assumiu nova forma com a Resolução ANAC nº 400/2016. Nesta toada histórica, o esclarecimento do regime jurídico atual entra como o arcabouço geral no qual a norma se insere, até para que se esclareça como a liberdade tarifária e de rotas se enquadra neste contexto. De fato, foi o gerenciamento de tarifas que permitiu a ampliação do serviço, o que não pode vir separada de um reforço no arcabouço das relações de consumo, sob pena de se expor os passageiros a situações penosas.

Com a apresentação dos Docs 9587 (ICAO, 2017) e 9626 (ICAO, 2018), além da Convenção de Montreal, pode-se ter uma real dimensão da incumbência da ICAO no cenário internacional, em matéria de fomento da adoção de regulamentos baseados nos enunciados princípios fundamentais da defesa do consumidor. Esse acompanhamento e instigação têm apoiado muitos países no aprimoramento de suas legislações para a convergência em padrões internacionais, como se viu no *benchmarking* realizado. De fato, há regras similares em todos

os países da América do Sul no que concerne aos direitos e deveres dos passageiros e ainda uma aproximação das normas europeias, em relação aos deveres de assistência aos passageiros em situações de atrasos, cancelamentos, interrupção de serviço e recusa de embarque.

Após estabelecido este caminho, pode-se analisar a Resolução ANAC nº 400/2016, traçando seus pontos de aproximação das melhores práticas internacionais de serviços aéreos, sob o viés das relações de consumo. Ainda se permitiu escrutinar a regulamentação e o sistema criado sob os auspícios da *Smart Regulation*, permitindo-se afirmar que a norma adotou contornos de *soft law*, ao indicar os caminhos normativos para a reparação dos passageiros, em caso de ocorrências que suspendam ou impeçam a efetivação do serviço, que quando feitos de forma eficiente retiram o fundamento para que a transportadora seja apenas com multa.

No mesmo sentido, todos os princípios enunciados pela teoria estão bem representados: a combinação de políticas regulatórias, o uso de medidas menos interventivas, a escalada de ações conforme a pirâmide de *enforcement*, o empoderamento de agentes estratégicos da cadeia e até eventuais oportunidades de ganha-ganha para a transportadora e o seu cliente. Isso permite concluir que este modelo é mais responsivo que aquele observado no caso da infraestrutura rodoviária, mas que ainda tem espaço para evoluir na organização de atuação dos entes envolvidos com o mercado e na administração de mais instrumentos regulatórios, como a divulgação dos relatórios das ouvidorias das companhias aéreas e a criação de protocolos de atendimento de passageiros, no caso de interrupções de serviço de grande impacto.

Ademais, a multiplicidade de instrumentos de regulação utilizados e o envolvimento de terceiros interessados no processo regulatório indica que, sob uma análise dos aspectos qualitativos, a norma agrega muitos elementos da regulação responsiva, nos moldes indicados pela *Smart Regulation*. Com isso, vislumbra-se a importante influência da teoria neste subsetor dos transportes, de maneira até mais sistêmica que o observado na infraestrutura rodoviária concedida, porque uma conduta positiva do agente regulado, de acerto privado com seu cliente, tende a eliminar grande parte dos defeitos de seu serviço, para os fins da regulação. Isso viabiliza uma atuação mais geral da fiscalização da Agência e direcionamento de seus recursos para casos em que evidentemente incidiu a desídia da prestadora, com grande número de consumidores, tornando essa atividade pública mais eficiente e menos dispendiosa. Não obstante, ainda se deve registrar uma boa oportunidade para que a ANAC deixe mais clara a integração dessas ferramentas responsivas.

Dito isto, vale passar por um último setor relacionado ao transporte, que merece um olhar crítico da academia, sobretudo por estar em uma nova fase de estruturação.

## 7 ESTUDO DE CASO 3: NAVEGAÇÃO AÉREA

O presente estudo de caso versa sobre a regulamentação da prestação de serviços de navegação aérea no Brasil. Apesar de compor um dos elementos essenciais do transporte aéreo, atrelado ao uso de infraestrutura aeronáutica, às políticas públicas e à regulação deste subsetor andaram de forma muito diversa àquela dada aos serviços aeroportuários e aviação civil. Assim, partindo dessa comparação inicial, serão apresentadas as perspectivas dessa regulamentação e como ela se aproxima da *Smart Regulation* atualmente.

### 7.1 Panorama histórico dos serviços de navegação aérea

O Plano Geral de Outorgas para a exploração de aeródromos civis públicos constitui uma política pública deflagrada pela então Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR), instituída pela Portaria SAC-PR nº 110, de 8 de junho de 2013 e posteriormente atualizada pela Portaria SAC-PR nº 183, de 14 de agosto de 2014. Conquanto as outorgas de infraestruturas aeroportuárias tenham se iniciado em 2011, ainda no âmbito do Ministério da Defesa, somente em 2013 foi estruturado uma Pasta Civil para conduzir essa política. Sua criação significou uma grande mudança na condução da administração e gestão aeroportuária, que até então mantinha para essa função uma empresa pública, criada pela Lei Federal nº 5.862 de 12 de dezembro de 1972, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Esse plano deu esteio para que quase todos os aeroportos administrados pela Infraero fossem transferidos para parceiros privados, contando atualmente 54 concessões de aeroportos.

No entanto, os serviços de navegação aérea, serviço realizado a partir da infraestrutura pública aeronáutica, não seguiram esse caminho, como se sugeria ao tempo do início das concessões aeroportuárias (FEITOSA, 2013). Em 1941, o então Ministério da Aeronáutica passou a prover a navegação aérea em território brasileiro. Em 1969, esses serviços foram assumidos por uma empresa de economia mista, Provedora de Serviços de Navegação Aérea (PNSA), denominada Telecomunicações Aeronáuticas S.A. (TASA), sob o controle do Ministério da Aeronáutica, conforme Decreto nº 65.451, de 17 de outubro de 1969, pelo qual se aprovou a sociedade (nos termos do art. 6º, do Decreto-Lei nº 107, de 16 de janeiro de 1967). Com a extinção do Ministério da Aeronáutica, a TASA foi integrada ao COMAER do

Ministério da Defesa (MD). Em 1996, a parte civil desta empresa foi absorvida pela Infraero, que também estava submetida ao MD<sup>160</sup>.

Embora a Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, desde sua publicação, reconhecesse que a infraestrutura aeronáutica poderia ser privatizada (art. 18, IV), até a experiência da concessão da infraestrutura aeronáutica ao Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, na qual se transferiu a operação da Estação Prestadora de Serviços de Telecomunicações Aeronáuticas e de Tráfego Aéreo (EPTA) para a concessionária do aeroporto, nenhuma outra ação foi feita nesse sentido. Com isso, os serviços de navegação aérea brasileira continuaram majoritariamente sob a tutela militar no MD, exceto por algumas operações realizadas por civis no caso da Infraero. Embora os serviços aeroportuários e de navegação sejam complementares, a política pública sempre os tratou de formas diversas.

Somente em 19 de novembro 2019, pela Lei nº 13.903, o Governo anunciou a gênese de uma empresa pública denominada “NAV Brasil - Serviços de Navegação Aérea S.A.” (NAV Brasil), que depois foi constituída pelo Decreto nº 10.589, de 24 de dezembro de 2020. Concebida como uma cisão da Infraero, a NAV Brasil está se firmando como uma empresa pública subordinada ao MD, sob a coordenação e regulamentação do COMAER, e de seu órgão especializado em comunicação aeronáutica, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), para prestar os serviços de navegação aérea civis e militares no Brasil. Destaque-se que o DECEA é a entidade designada como órgão central do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (SISCEAB) e do Sistema de Proteção ao Voo (SPV), nos termos do art. 21, do Decreto nº 11.237, de 18 de outubro de 2022, com atribuição específica para planejar, gerenciar e controlar as atividades relacionadas ao controle do espaço aéreo e à proteção ao voo<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Sobre a evolução histórica das telecomunicações aeronáuticas e da navegação aérea, vale indicar pesquisa feita em por Feitosa (2013, p. 66-72).

<sup>161</sup> É importante diferenciar a ANAC e o DECEA quanto à sua competência regulatória, para além do quanto já dito. Se a ANAC é entidade reguladora de natureza civil, com razoável independência, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes, voltada ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento e fomento da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País (arts. 4º e 8º da Lei nº 11.182/2005), portanto com foco na expansão do serviço e evolução econômica. De seu lado, o DECEA se constitui em órgão militar, submetido ao Comando da Aeronáutica, sob autoridade do Presidente da República e destinado à defesa da Pátria e garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (art. 1º do Anexo único do Decreto nº 11.237, de 18 de outubro de 2022), logo com vocação estratégica para a proteção nacional, restando a prestação de serviços e desenvolvimento econômico da atividade relacionada à aviação civil em segundo plano. Com isso, são entidades que tem características muito diferentes, o que, evidentemente, se reflete na condução da governança regulatória que exercem.



Dado o caráter internacional que tem essas entidades, são geralmente reconhecidas por sua alcunha internacional, qual seja, *Air Navigation Service Provider* (ANSP). Por esse motivo, passa-se a adotar essa denominação.

Cumprе sublinhar que a navegação aérea constitui serviço público previsto no art. 21, XII, c, da CRFB, que pode ser explorado diretamente ou por regime de concessão ou autorização (dependendo da vinculação ou não com a infraestrutura aeronáutica). Vale referenciar também que os serviços dos quais ora se trata são aqueles indicados nos arts. 47 e 48 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (CBA), *in verbis*:

Art. 47. O Sistema de Proteção ao Vôo visa à regularidade, segurança e eficiência do fluxo de tráfego no espaço aéreo, abrangendo as seguintes atividades:

- I - de controle de tráfego aéreo;
- II - de telecomunicações aeronáuticas e dos auxílios à navegação aérea;
- III - de meteorologia aeronáutica;
- IV - de cartografia e informações aeronáuticas;
- V - de busca e salvamento;
- VI - de inspeção em voo;
- VII - de coordenação e fiscalização do ensino técnico específico;
- VIII - de supervisão de fabricação, reparo, manutenção e distribuição de equipamentos terrestres de auxílio à navegação aérea.

Art. 48. O serviço de telecomunicações aeronáuticas classifica-se em:

- I - fixo aeronáutico;
- II - móvel aeronáutico;
- III - de radionavegação aeronáutica;
- IV - de radiodifusão aeronáutica;
- V - móvel aeronáutico por satélite;
- VI - de radionavegação aeronáutica por satélite.

Parágrafo único. O serviço de telecomunicações aeronáuticas poderá ser operado:

- a) diretamente pelo Ministério da Aeronáutica;
- b) mediante autorização, por entidade especializada da Administração Federal Indireta, vinculada àquele Ministério, ou por pessoas jurídicas ou físicas dedicadas às atividades aéreas, em relação às estações privadas de telecomunicações aeronáuticas. (grifo nosso)**

Há de se esclarecer que é o conjunto destes serviços que assegura o serviço aeronáutico. Perceba-se que a prestação da navegação aérea por outras entidades é admitida no CBA, inclusive com transferência para a iniciativa privada, que representaria o processo de concessão. Atualmente, a cobrança por estes serviços está galgada na Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973, que agregou os serviços, identificando-os em pacotes tarifários a serem adquiridos pelas empresas aéreas, conforme sua operação, exposto da seguinte forma:

Art. 8º. A utilização das instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea, proporcionados pelo Comando da Aeronáutica, está sujeita ao pagamento das seguintes tarifas de navegação aérea:

- I - Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Rota - devida pela utilização do conjunto de instalações e serviços relacionados ao controle dos vôos em rota, de acordo com as normas específicas do Comando da Aeronáutica;
- II - Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios-Rádio à Navegação Aérea em Área de Controle de Aproximação - devida pela utilização do conjunto de instalações e serviços relacionados ao controle de aproximação, de acordo com as normas específicas do Comando da Aeronáutica;

III - Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios-Rádio à Navegação Aérea em Área de Controle de Aeródromo - devida pela utilização do conjunto de instalações e serviços relacionados ao controle de aeródromo ou aos serviços de informações de voo de aeródromo, de acordo com as normas específicas do Comando da Aeronáutica.

§ 1º. Os serviços de que trata o caput poderão, a critério do Comando da Aeronáutica, ser prestados por outros órgãos e entidades públicos e privados.

§ 2º. As tarifas previstas neste artigo incidirão sobre o proprietário ou o explorador da aeronave.

§ 3º. As tarifas previstas neste artigo serão fixadas pelo Comandante da Aeronáutica, após aprovação do Ministro de Estado da Defesa e manifestação da Agência Nacional de Aviação Civil, para aplicação geral em todo o território nacional.

§ 4º. Compete ao Comandante da Aeronáutica, nos termos do § 3º deste artigo, reajustar as tarifas de que trata este artigo anualmente até o limite do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou por outro que vier a substituí-lo, e proceder, quando couber, à sua revisão.

Como visto, identifica-se a Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Rota (TAN), pela qual se recebe serviços de controle de tráfego, apoio à navegação, meteorologia, cartografia e demais informações e a Tarifa de Uso das Comunicações e dos Auxílios à Navegação Aérea em Área de Controle de Aproximação e de Aeródromo (TAT), que é bipartida conforme o agente que presta a informação (FEITOSA, 2013, p. 91-96). Cumpre esclarecer que, nos termos da ICA 63-18<sup>162</sup>, existem quatro operadores aptos a prestar o serviço de tráfego aéreo, internacionalmente conhecido por *Air Traffic Services* (ATS): a Torre de Controle do aeródromo (TRW); o Controle de Aproximação (APP); e o Centro de Controle de Área (ACC).

Conhecidos os serviços e posto o cenário, em que se estabeleceu uma nova autoridade para prestar serviço público e considerando as premissas da *Smart Regulation*, constitui exercício válido verificar se a nascente estrutura contempla esses postulados da teoria sob estudo. Com isso, quer-se revisar se as práticas materiais regulatórias, recomendadas pela OCDE, referenciais para o setor, vem sendo adotadas no caso. Vale também um estudo comparado da forma de organização e atuação destas em outros países, que possuem uma atividade relevante de gestão de tráfego aéreo. Por fim, ainda se espera oferecer uma análise crítica da escolha brasileira e tecer observações sobre o caminho regulatório que se vislumbra, sob a perspectiva da *Smart Regulation*.

## 7.2 Política Pública sobre os serviços de navegação aérea

Como parte significativa das telecomunicações aeronáuticas, os serviços de navegação aérea sempre foram reconhecidos como um setor estratégico do controle do espaço aéreo. Durante longo período, muitos países atribuíram às forças militares a função de prestar esses

<sup>162</sup> Disponível em <https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/ica-63-18>, acesso em 15/01/2022.

serviços (normalmente por um segmento da Aeronáutica), para manter um rígido e contínuo monitoramento das aeronaves que cruzavam as vias aéreas do Estado. Também serviu para regular o acesso das nações aliadas e indesejadas, cujos transportadores de bandeira teriam taxas e encargos diferenciados, de acordo com os interesses militares (BUTTON, 2008).

Mas, ao final da Guerra Fria, considerando a alta proporção de custos fixos dos serviços de navegação aérea e a obrigação de se manter altos padrões de segurança, proteção e qualidade de serviço, muitos Estados aprimoraram sua modelagem para oferecer tarifas reduzidas, com o objetivo de atrair mais clientes para aeroportos nacionais. Isso significa que eles tiveram que implantar uma ação empresarial voltada ao mercado, com a missão de atrair novos clientes, além de reduzir custos e ser eficiente, de forma a entrar como *players* competitivos no cenário internacional. Este foi o início da nova modelagem de prestação dos serviços de navegação aérea, que se pautou pela criação e fortalecimento das ANSP.

Atendendo a uma demanda desses países, a ICAO aprovou o DOC 9082 (ICAO, 2012), recomendando a “Política de Tarifas para Aeroportos e Serviços de Navegação Aérea”, divulgada em 1974 e agora na 9ª edição, atualizada até 2012. Uma necessária orientação complementar foi dada pelo Doc 9161 (ICAO, 2013), intitulado de “Manual sobre Serviços Comerciais de Navegação Aérea”, publicado pela primeira vez em 1991 e atualmente na sua 5ª edição, na versão de 2013. Esses Docs da ICAO reforçam o conceito de que os Governos devem considerar a criação de entidades autônomas para operar seus serviços de navegação aérea, garantindo o uso das melhores práticas de boa governança corporativa (ICAO, 2012, p. 12). As orientações da ICAO foram adotadas em muitos países, como se verá no *benchmarking* apresentado no item 7.4.

No entanto, a ANSP brasileira não seguiu essa trilha lógica. Conforme mencionado, coube ao COMAER as principais atribuições relativas à navegação aérea, quais sejam: dispor sobre políticas públicas e regulação; implementar e fiscalizar, prover a operação de sistemas e de serviços; e exercer o controle e apurar, julgar e aplicar penalidades por infrações ao setor, conforme disposto no art. 3º, incisos V, VII, X, XIV e XV do anexo único do Decreto nº 11.237, de 18 de outubro de 2022. Ocorre, portanto, concentração total das atividades política pública, operação, controle e fiscalização em um único órgão, o que não é recomendado pelas práticas modernas de Gestão Pública. Como mencionado, alguns dos serviços de navegação aérea de aproximação e controle de aeródromos foram transferidos para a Infraero em 1995, com a extinção da TASA e agora estão franqueados à NAV Brasil. Ainda assim, a totalidade dos serviços de navegação aérea em rota ainda são prestados pelo DECEA.

Em 2011, conforme comentado, deu-se início ao processo de desestatização dos aeródromos civis públicos administrados pela Infraero, que foi apoiada política e operacionalmente pelo Poder Público, com a criação de aparato estatal direcionado e edição de políticas públicas voltadas a suportar o plano de outorgas. Naquele tempo, o arcabouço jurídico federal também estava pronto para sustentar um programa de concessão da infraestrutura aeronáutica, conforme art. 18, I e IV, e art. 21, da Lei Complementar nº 97, de 10 de junho de 1999, que permitia a outorga e indicava a criação que autoridade reguladora e fiscalizadora para tratar dessa função.

De forma a cumprir esse mister, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, criou a ANAC e lhe atribuiu as referidas competências, nos termos do art. 2º e art. 8º, §2º, desde que observadas as atribuições e consultada a Autoridade Aeronáutica, quanto às normas com repercussão econômica ou operacional, na prestação de serviços aéreos. Paralelamente, entretanto, reforçaram-se as competências do COMAER neste setor, como mencionado, inicialmente pelo Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009, que estruturou as atividades da Aeronáutica, depois consolidadas no Decreto nº 11.237, de 18 de outubro de 2022.

Por isso, perdeu-se a oportunidade de se formular uma política de outorgas da infraestrutura aeronáutica, que poderia constituir novos prestadores de serviços de navegação aérea para o Brasil, com vistas a fundar até um ambiente competitivo pelas rotas aéreas e os aeroportos, valioso, sobretudo, para a escolha das empresas aéreas que efetivamente utilizam-se desses serviços para sua produção. Vale repisar que a maior parte desses serviços ficou sob a tutela do COMAER e uma pequena parcela com a Infraero. Neste ponto, o Brasil, que tinha uma grande tradição em seguir as recomendações da ICAO, acabou por ignorar essas importantes sugestões de organização da indústria da aviação civil.

Em 2015, o Tribunal de Contas da União (TCU), preocupado com a instabilidade econômica da Infraero, causada pelo plano de privatização dos aeroportos, instaurou o Processo de Tomada de Contas nº 025.043/2015-3, para analisar as proposições da SAC/PR para alcançar a sustentabilidade empresarial da empresa pública. O TCU determinou, no Acórdão nº 2.915/2016-TCU-Plenário, que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e a Infraero implementassem um novo plano de ação para viabilizar a sustentabilidade econômica da empresa pública<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Deve-se esclarecer que ao tempo da proposição do plano de recuperação, a Secretaria de Aviação Civil estava sob a batuta da Casa Civil, nos termos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 e detinha competências expressas, nos termos do art. 24-D, I, III e VII, para: “formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil”; “formular e implementar o planejamento estratégico do setor, definindo prioridades dos programas de investimentos” e “coordenar os órgãos

Nessa decisão, apontou-se que os serviços de navegação aérea deveriam ser segregados das demais atividades da Infraero e que os encargos e tarifas desses serviços deveriam ser reavaliados, por apresentarem saldo deficitário. Conforme mencionado no Acórdão, durante a fiscalização do TCU, a Infraero e o DECEA firmaram um Termo de Ajuste nº 001/DECEA/INFRAERO/2015, “para permitir o equilíbrio econômico-financeiro do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro (Sisceab)”.

Um ano após a decisão do TCU, o COMAER apresentou um projeto de lei para autorizar a criação de uma nova empresa pública destinada a prestar serviços de navegação aérea e ser a ANSP brasileira, que seria a NAV Brasil. Conforme pode-se observar no Parágrafo 14 da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 866 de 2018 (posteriormente convertida na Lei nº 13.903 de 2019), a NAV Brasil representou uma resposta ao TCU, como parte de um plano de reestruturação da Infraero, com a segregação de serviços de navegação aérea em uma nova empresa pública<sup>164</sup>.

Assim, pode-se inferir que a decisão da política pública sobre a constituição de uma ANSP não foi orientada pelas práticas recomendadas pela ICAO, nem por uma vontade pública de prestar serviços de navegação aérea de forma empresarial. O fato é que foi produto de um processo de controle e apuração das contas públicas conduzido pelo TCU, cuja solução apresentada não atende às preocupações da ICAO, como veremos a seguir.

### **7.3 A regulação da navegação aérea: aspectos teóricos**

A sustentabilidade comercial de navegação aérea no Brasil não foi estudada por muitos pesquisadores. Durante o processo de privatização do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, entre 2010 e 2011 foram feitas algumas incursões preliminares nesta matéria pela ANAC, que foram descontinuadas, pois a modelagem de privatização dos aeroportos retirou os serviços de navegação aérea das outorgas seguintes.

Cabe destacar, neste domínio, um importante estudo de Button (2008), sobre privatização e desregulamentação em aeroportos e serviços de navegação aérea de países em desenvolvimento, que considerou os fortes interesses militares na infraestrutura de transporte

---

e entidades do sistema de aviação civil, em articulação com o Ministério da Defesa, no que couber”. Em 2016, quando o referido acórdão foi prolatado, a Secretaria havia sido removida, com todas as suas atribuições, para o Ministério de Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), nos termos da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. No início dos anos de 2010, aparentemente ambas as autoridades civil e militar aparentavam ter competência sobre as políticas públicas da navegação aérea e poderiam, em conjunto, propor um plano de outorga. Entretanto, não foi isso o que ocorreu efetivamente, quedando essa atribuição com o COMAER/MD, que não deu seguimento a novas outorgas neste setor.

<sup>164</sup> Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br), acesso em 15/01/2023.

aéreo. À época do estudo, o autor registrou uma crescente participação do setor privado na prestação desses serviços, de forma lucrativa, que fornecidos por parceria público-privada e não lucrativa, quando assumidos por empresa pública. Alertou também para a falta de serviços de navegação aérea adequados para os países em desenvolvimento, não só em termos de voos domésticos, mas também de serviços internacionais, que muitas vezes não conseguiam fazer as rotas mais diretas.

A propósito, no caso brasileiro, Feitosa (2013) avaliou que o sistema de navegação aérea poderia ser ampliado para acomodar o crescente tráfego apresentado em razão da redução dos preços das passagens e melhor infraestrutura aeroportuária, a partir de meados dos anos 2000, quando ocorreu a desregulamentação dos tetos de preços das passagens aéreas.

Nesse sentido, vale considerar um desenho institucional mínimo para se conceber as atribuições da ANSP. Neste sentido, Abeyratne (2012, p. 22) propôs os objetivos de um sistema global de gerenciamento de tráfego aéreo integrado, merecendo destaque: a flexibilidade e eficiência para acomodar perfis de voos conforme a demanda das empresas aéreas, inclusive para agregar amplo espectro de aeronaves; a manutenção de altos níveis de segurança existentes; aprimoramento das informações sobre meteorologia, tráfego e disponibilidade dos aeroportos; organização o espaço aéreo conforme o gerenciamento do tráfego; aumento contínuo de capacidade para acomodação de demanda futura.

De acordo com o artigo 28 da Convenção de Chicago, cujo texto está disposto no anexo do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, o Estado contratante se compromete a fornecer, em seu território, aeroportos, serviços de rádio, serviços meteorológicos e outras facilidades de navegação aérea para facilitar a navegação aérea internacional, de acordo com os padrões e práticas recomendados. Por isso, o Poder Público é responsável pelos serviços de navegação aérea, podendo ser executados diretamente pelo Governo (normalmente, uma unidade militar) ou por uma entidade autônoma ou de interesse privado. De qualquer forma, uma unidade especializada deve ser criada para essa tarefa.

A partir desta perspectiva, pode-se compreender que, para além de assegurar as medidas corretas de segurança e proteção neste sistema, a missão da ANSP também deve prestar serviços de alto nível. Acima de tudo, operações transparentes para os usuários são sempre relevantes, não apenas para mostrar os limites do operador da navegação, mas também para comprovar que todos os clientes são atendidos igualmente no espaço aéreo específico. Observe-se que a ANSP seria a primeira ponta de atendimento de clientes, que também necessitarão de serviços aeroportuários e terrestres, funcionando como a porta de entrada para o transporte internacional.

Abeyratne (2012, p. 37) destaca que a jurisdição soberana de um Estado não se estende além de seus territórios, o que revela uma atribuição estratégica para a ANSP de vigilância e proteção dos limites do país, assim como respeito a soberania de outros Estados Nacionais. Na qualidade de agente designado pelo Poder Público para exercer o controle do tráfego aéreo, à ANSP incumbe a complexa atividade de fornecer aos clientes informações que viabilizem o serviço aéreo, em relação ao qual passam a ser solidariamente responsáveis.

Depois de entender essas características, pode-se ver as regras da Convenção de Chicago, já acima comentado, e os Documentos da ICAO que trazem as práticas econômicas recomendadas pela ICAO para a operação da ANSP.

Conforme Abeyratne (2012, p. 19), a obrigação de providenciar serviços de tráfego no espaço aéreo e em aeródromos está apoiada no Apêndice W da Resolução A37-15 da Assembleia da ICAO, de acordo com o Anexo 11 da Convenção de Chicago. Assim, os Estados Contratantes têm o dever de fornecer serviços de navegação aérea, para garantir a segurança de seu espaço aéreo e para participar do sistema de transporte aéreo internacional. Caso contrário, as transportadoras aéreas não poderiam chegar aos aeroportos nacionais e cumprir os horários de pouso e decolagem atribuídos. Do lado do Poder Público, resta o dever de garantir que os serviços prestados atendam aos requisitos estabelecidos para segurança, regularidade e eficiência da aviação civil internacional. Esses esforços cooperativos servem para facilitar uma gestão mais eficiente do tráfego aéreo.

Para chegar nessa realidade, cabe à Pasta setorial e à Autoridade Reguladora dispor de política nacional de tarifas dos serviços de navegação aérea, a ser aplicada a todos os clientes em igualdade de condições, considerando os custos devidamente alocados a eles e a sustentabilidade econômica do serviço, de forma a tornar a atividade da ANSP equilibrada e factível. Com a organização deste aparato, é possível transferir à ANSP a responsabilidade primária pelos investimentos em infraestrutura aeronáutica, gestão de capacidade e meio ambiente.

Dentre os princípios recomendados pela ICAO (2012, p. 24) para taxas de serviços de navegação aérea, cabe destacar: reconhecimento do custo total da prestação dos serviços de navegação aérea, incluindo custo de capital, depreciação dos bens, manutenção, operação, gestão e administração; segregação do serviço em operação da aeronave em rota, aproximação e aeródromo, serviços meteorológicos aeronáuticos, serviços de informação entre outros; os custos de fiscalização da navegação aérea, podem ser incluídos na base de custos do ANSP, a critério do Estado.

Pode-se compreender, a partir dessas diretrizes, que a alocação de custos para a mensuração de tarifas rentáveis constitui elemento de atenção da ICAO. A correta alocação de custos demonstra-se ainda mais importante do que a recuperação completa de custos no sistema, reconhecendo-se todos os serviços indiretos que possam ser associados ao serviço. Além disso, a prestação de contas do sistema de cobranças também precisa identificar cada serviço separadamente.

Do outro lado, as tarifas também precisam gerar receita suficiente para proporcionar um retorno razoável sobre os ativos, a fim de se garantir a continuidade dos serviços. O dimensionamento incorreto das tarifas leva a uma atividade comercial deficitária, que ameaça inclusive a precisão exigida para as operações. Nenhum consumidor deve ser cobrado por serviços não consumidos, pelo menos indiretamente, pela transportadora aérea, o que motiva a acuidade que se deve ter com o pacote de serviços que compõem a tarifa.

O Doc 9082 (ICAO, 2012, p. III-2) ainda recomenda princípios para a tarifação, indicando que este sistema deve ser simples, equitativo, não discriminatório ou proibitivo. A efetiva prestação dos serviços será a base desses encargos, comunicados de forma transparente, e eventuais aumentos deverão ser introduzidos de forma gradual, para amenizar os impactos econômicos. Em qualquer hipótese, esses serviços devem objetivar a chegada a um aeroporto nacional, não abrindo-se margem para a cobrança do direito de trânsito. A maioria desses princípios significa uma interpretação direta do artigo 15 da Convenção de Chicago.

Dessa forma, as recomendações da ICAO sobre a ANSP estão solidamente fundamentadas na Convenção de Chicago e desenharam uma expectativa dos serviços de navegação aérea, voltada para os deveres contratuais típicos da boa-fé. Portanto, são tão significativos a prestação de contas, o preço justo, o tratamento isonômico e o sistema de cobrança equilibrado.

No Doc 9161 (ICAO, 2013, p. I-2) são desenvolvidos conceitos econômicos essenciais sobre a figura do ANSP, que é reconhecido como um único provedor de um mercado nacional, gerando, por isso, um monopólio natural regional ou nacional, que requer uma intervenção regulatória, para evitar a conduta de abuso de posição dominante. Neste caso, a fixação de tarifas teto que façam frente aos custos dos serviços, mas que não sufoquem o serviço aéreo, se mostra essencial para o modelo de negócio. Nesse cenário, a arquitetura jurídica da ANSP assume papel relevante, de modo a imprimir viés comercial e o real dimensionamento de custos na prestadora. Empresas públicas nem sempre tem o direcionamento para buscar mais receitas e tampouco para aprimoramento contínuo dos serviços, dado que, ao final, será sempre o Estado que arcará com o funcionamento da estrutura.



Entre os muitos aspectos a serem considerados, vale lembrar que quando o Governo presta serviços de navegação aérea diretamente, a estrutura da ANSP é paga com receitas públicas, arcadas por todos os cidadãos. Caso contrário, quando é gerada uma entidade autônoma ou um projeto público-privado para esta atividade, os consumidores do transporte (passageiros ou clientes de carga) arcam com estes custos no preço da passagem aérea ou do conhecimento de carga, atribuindo-se a despesa efetivamente a quem gera a demanda por aquele serviço.

A ICAO (2013, p. II-3) aponta as seguintes características, quando a ANSP está integrada ao aparelho estatal: o responsável pelos serviços de navegação responde diretamente à estrutura do Poder Executivo; enquanto organização pública, ocorre que a manutenção das atividades pode ser financiada com receita de tributação geral ou, no caso de superávit das operações, que o Governo se utilize dos recursos arrecadados pelas tarifas para outras finalidades; a possibilidade da entidade não estar sujeita a tributos; e a realização de outros serviços, nem sempre atrelados à finalidade comercial, como no caso da busca e salvamento. Como nestas circunstâncias estas ANSP geralmente estão atreladas à estrutura militar, também não se registra acordos formais com estas entidades, para a formalização da prestação dos serviços e sua cobrança. Como se nota, esse tipo de entidade acaba por não revelar os custos diretos e indiretos consumidos com o serviço, tampouco como a utilização dos recursos arrecadados com as tarifas estão sendo empregados.

Esse é parte do caso brasileiro. Apesar da constituição da NAV Brasil, parte do serviço de navegação aérea ainda é prestado pelo DECEA, que é um departamento militar sob as ordens do COMAER, e que ainda exerce outras atribuições como a coordenação de salvamento e defesa aérea, políticas públicas, regulamentação, monitoramento e fiscalização, conforme identificado na Decisão nº 2915/2016-TCU-Plenário. As outras verificações também se mostram pertinentes ainda, o que pode vir a ser aprimorado no futuro com a nova empresa pública.

No Doc 9161 da ICAO (2013, p. II-4) também se analisou a prestação deste serviço por empresa pública, destacando-se as seguintes características: cabe ao Poder Público fixar seus objetivos e acompanhar o seu desempenho; há a criação de um conselho administrativo, com indicações do Poder Executivo; quando a gestão é eficiente, esse tipo de ANSP é autossuficiente e pode usar a receita obtida para investimentos em infraestrutura e melhoria da qualidade das atividades, além de seguir as práticas da contabilidade comercial e poder ser exigida a gerar retornos financeiros; e está sujeita à tributação das empresas comerciais e regime de contratação de funcionários privado, submetidos a metas e desempenho.

Uma vantagem deste modelo é o reinvestimento que pode ser veiculado pelas receitas geradas na operação e desenvolvimento das instalações e a contribuição direta dos consumidores do serviço para a manutenção das operações e estrutura de navegação aérea. Também pode reduzir a carga de aportes estatais e incentivar a cultura empresarial, em que a eficiência e a qualidade dos serviços se tornam ativos valiosos. Existe, contudo, algumas dúvidas sobre a autonomia da designada ANSP brasileira, que foi criada como uma empresa pública vinculada ao MD e submetida à sua estrutura de governança e diretrizes de prestação de contas. Por um lado, há um grande avanço em se ter trazido o serviço para um ambiente privado, submetido a regras de *compliance* empresarial e possibilidade de transparência das tarifas arrecadadas e a viabilidade de seu reinvestimento no sistema. De outro, ainda há serviços que não foram atribuídos à NAV Brasil, como é o caso da navegação em rota, bem como não se sabe qual será a orientação de mercado da empresa.

Finalmente, também se prospectou sobre o ANSP puramente privado, que pode ser um provedor independente, competitivo, eficiente e econômico, tanto quanto qualquer outro negócio comercial. De acordo com a ICAO (2013, p. II-6), um ANSP tende a apresentar as seguintes características: Conselho de Administração, nomeado conforme as regras do seu estatuto social; ser autossuficiente, para obter recursos no mercado, utilizar os padrões de contabilidade comerciais e estar submetida a metas de desempenho fixadas pela corporação; sujeitar-se à tributação como todas as empresas comerciais; e estabelecer preços para os serviços prestados às entidades do Estados, ainda que sua cobrança seja feita de forma centralizada a somente um ente responsável pelo repasse dos recursos.

Considerando que esse gênero de serviço tende a sair do aparato estatal para, conforme recomendado pela ICAO, torna-se uma prestadora sob regime privado, com perspectiva de cobertura de suas despesas, abertura para investimentos em infraestrutura de navegação aérea e perspectiva de lucro, vale ponderar essa transição entre a o serviço estatizado e o de natureza privada. Sobre o tema, Ortiz (2003, p. 484-86) propõe quatro boas razões para privatizar os serviços públicos: as empresas privadas tendem a ser mais eficientes e lucrativas em relação às empresas públicas; redução da carga pública e criação de novos mercados; anulação de disputa política para controle da empresa pública e possibilidade de diversificação de serviços da empresa privatizada; inserção da livre concorrência. Ressalte-se que a privatização aqui vislumbrada pode se dar pela venda direta do ativo público ou pela outorga do serviço para que um agente privado passe a prestá-lo. A propósito, no Doc 9161 da ICAO (2013, p. I-6) se afirma que, quando bens e serviços são fornecidos por concorrentes que disputam clientes, o bem-estar

econômico dos consumidores sujeita-se às forças de mercado, que atua para garantir eficiência na fixação de preços e no estabelecimento da quantidade e qualidade da oferta.

Assim, essas três formas de configuração da ANSP, vislumbradas pela ICAO, dão uma dimensão das possíveis conformações institucionais para o desenvolvimento do serviço. Ademais a esse formato institucional, a governança corporativa também constitui assunto a ser considerado na formação da ANSP, pois será essencial para determinar sua autonomia. O Doc 9161 da ICAO (2013, p. II-8) considerou este elemento para propor boas práticas de governança corporativa a serem consideradas na constituição da ANSP, valendo mencionar: a definição de objetivos e responsabilidades claramente definidos, com base na lei e no ato de outorga; tratamento igualitário dos acionistas e proteção de seus direitos; constituição de um conselho de administração independente e profissional, para conduzir bem a empresa; administração transparente e fortalecida, para tomar decisão oportunas sobre a administração financeira, operações, tecnologia, recursos humanos, investimentos e serviços de acordo com os interesses empresariais e do conselho de administração; boas relações com os interessados e relacionados ao serviço; publicação tempestiva das informações empresariais e sobre os serviços, provendo a devida transparência às atividades da empresa. Assevera-se ainda no referido Documento da ICAO (2013, p. II-9) que uma boa governança corporativa pode ser mais relevante para o sucesso da ANSP que a estrutura de controle.

Depois de se entender as recomendações da ICAO, é vital visitar algumas experiências internacionais para colher como os outros países estão indo neste domínio.

#### **7.4 Benchmarking internacional e comparado**

Para obter uma amostra relevante, observou-se seis ANSP de diferentes países com relevante volume de tráfego aéreo. Nota-se que, na maioria dos casos estudados, a ANSP figura como um órgão do Estado ou uma empresa pública ou de economia mista, que recebe a atribuição ou outorga do serviço diretamente do Poder Central. De outra sorte, conquanto o foco deste capítulo está na regulação econômica da navegação aérea, o presente *benchmarking* objetiva justamente mostrar como os Estados Nacionais constituem ou elegem esses agentes, de modo a alocá-los como indutores econômicos desta etapa do processo do transporte aéreo<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Em razão disso, diferentemente do *benchmarking* anterior, as autoridades supranacionais não serão abordadas, como é o caso da *European Union Aviation Safety Agency* (EASA) e do EUROCONTROL, visto que as organizações nacionais é que são o objeto deste comparativo. Observe-se, não obstante, que no Regulamento de Execução (UE) 2017/373 da Comissão, de 1º de março de 2017, que regulamenta a prestação de serviços de navegação aérea (disponível em: <https://eur-lex.europa.eu>, acesso em 04/03/2023), indica-se que as ANSP do Bloco Europeu devem estar hábeis a: adimplir suas obrigações financeiras, cobrindo a atividade seus custos fixos

Feitos esses esclarecimentos, descreve-se abaixo, brevemente, as informações coletadas sobre cada autoridade estudada, com vistas a demonstrar sua conformação em países de tráfego aéreo relevante.

#### 7.4.1 Espanha

A *ENAIRES*<sup>166</sup> é o principal provedor de navegação aérea e informação aeronáutica da Espanha, o quarto maior volume de tráfego aéreo da Europa. Organizado como empresa pública e subordinado à política do Ministério dos Transportes, Mobilidade e Agenda Urbana, segue os regulamentos da União Europeia e do Departamento-Geral da Aviação Civil. A *ENAIRES* presta serviços de: Gestão de Tráfego Aéreo (*ATM*), em rota, aproximação e controle de aeródromos; Comunicações, Navegação e Vigilância (*CNS*); Sistema de Informação Aeronáutica (*AIS*); apoio a Drones; serviços técnicos; Planeamento de Voo; cálculo de tarifas; educação etc. A ANSP espanhola opera com recuperação de custos e reinvestimento de lucros em suas instalações.

#### 7.4.2 Alemanha

A *DFS Deutsche Flugsicherung GmbH*<sup>167</sup> é uma empresa estatal de direito privado (empresa pública), responsável pelo controle de tráfego aéreo civil e militar, que é representada por suas subsidiárias (*DFS Aviation Services*<sup>168</sup>) em 15 aeroportos internacionais e 9 aeroportos regionais, incluindo duas localidades no Reino Unido, com operações adicionais em Pequim, Cingapura e Bahrein. Ele fornece serviços de *ATM*, *CNS*, *AIS*, voo e treinamento de drones e é regulado pela *Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung* (BAF), a autoridade alemã de segurança aérea. Atua também com recuperação de custos, reinvestimento dos lucros e garantia de que nenhum serviço prestado aos militares seja financiado pela aviação civil<sup>169</sup>.

---

e variáveis, além dos investimentos de capital; utilizar metodologia apropriada de contabilidade; e submeter-se a auditoria independente.

<sup>166</sup> Informações disponíveis em <https://www.enaire.es/home>, acesso em 15/01/2023.

<sup>167</sup> Informações disponíveis em [www.dfs.de](http://www.dfs.de), acesso em 15/01/2023.

<sup>168</sup> Disponível em <https://dfs-as.aero/en/>, acesso em 15/01/2023.

<sup>169</sup> Conforme indicado no site: “*The following applies to military air traffic: DFS determines the costs incurred for the services provided to military airspace users and the Bundeswehr reimburses DFS. These costs do not fall on civil aviation*”. Disponível em [https://www.dfs.de/dfs\\_homepage/en/Services/Charges](https://www.dfs.de/dfs_homepage/en/Services/Charges), acesso em 15/01/2023.

### 7.4.3 Reino Unido

O *National Air Traffic Control Services (NATS)*<sup>170</sup> constitui-se em uma parceria público-privada entre o *Airline Group*, que detém 42% do capital, o pessoal do *NATS* que detém 5%, o operador aeroportuário do Reino Unido *LHR Airports Limited* com 4% e o governo que detém 49% e a *Golden Share*. Presta serviços de *ATM*, *AIS*, *CNS*, Engenharia, Treinamento, Parques Eólicos, operando em 14 aeroportos no Reino Unido e outros na Europa, Oriente Médio e Ásia. A Autoridade de Aviação Civil (CAA), que é a Autoridade que promove a regulação econômica do *NATS*, realiza o controle das tarifas cobradas pela empresa de navegação aérea<sup>171</sup>.

### 7.4.4 Estados Unidos

A *Federal Aviation Administration - Air Traffic Organization (FAA-ATO)* é o Departamento do Governo dos Estados Unidos responsável pela regulamentação e pelos serviços de navegação aérea. Controla mais de 5 milhões de milhas quadradas de espaço aéreo estadunidense e 24 milhões de milhas sobre o mar. Gere, ainda, torres de controle de aeródromos federais e sob contratação, centros de controle de aproximação e em rota e ainda orienta os voos. Sua manutenção é assegurada pelos impostos dos cidadãos e as políticas públicas são entregues pelo Departamento de Transportes e pelo Congresso dos EUA (controle de encargos). Apesar de a FAA fornecer vários serviços (*ATM*, *CNS*, *AIS* etc.), indica-se que está focada na segurança das operações da aviação civil<sup>172</sup>.

### 7.4.5 Canadá

A *NAV Canada*<sup>173</sup> é uma corporação privada sem fins lucrativos que investe seus rendimentos diretamente em operações, pessoas e infraestrutura para manter o sistema de navegação aérea do Canadá seguro, eficiente e inovador. Presta serviços de *ATM*, *CNS* e *AIS* e o conselho de administração representa quatro grupos de partes interessadas: Governo, transportadoras aéreas comerciais, setor da aviação geral e trabalhadores sindicalizados dos

<sup>170</sup> Informações disponíveis em <https://www.nats.aero/about-us/what-we-do/our-ownership-2014>, acesso em 15/01/2023.

<sup>171</sup> A licença para que a *NATS* preste os serviços de navegação aérea está disponível em <https://www.caa.co.uk/media/azlfstks/air-traffic-services-licence-for-nats-en-route-plc-january-2022.pdf>, acesso em 15/01/2023.

<sup>172</sup> Disponível em [https://www.faa.gov/about/office\\_org/headquarters\\_offices/ato/service\\_units/air\\_traffic\\_services/](https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/ato/service_units/air_traffic_services/), acesso em 15/01/2023.

<sup>173</sup> Disponível em <https://www.navcanada.ca/en/>, acesso em 15/01/2023.

serviços de navegação aérea. A Agência Canadense de Transportes (CTA)<sup>174</sup> é responsável por regular o *NAV Canada*.

#### 7.4.6 Argentina

A Companhia Argentina de Navegação Aérea (EANA)<sup>175</sup> é uma empresa estatal de direito privado, que opera em 54 aeroportos e 5 centros de controle de área, regulados pela Administração Nacional de Aviação Civil (ANAC). Presta serviços de *ATM*, *AIS* civil, *MET*, *CNS*, busca e salvamento e opera com recuperação de custos e reinvestimento de lucros. Interessante comentar que a EANA disponibiliza um guia de tarifas de navegação aéreas para explicar seus serviços e a forma de cobrança<sup>176</sup>, de forma transparente, didática e direta.

#### 7.4.7 Considerações gerais sobre o *benchmarking* nas ANSP

Como visto, a ANSP é normalmente um provedor de serviços *ATM*, *CNS*, *AIS* civil, com independência, autonomia de governança, responsabilidades pela prestação e orientado a entregar qualidade aos seus clientes, que diretamente são os operadores de serviços aéreos, aviação executiva, drones, entre outros, e, indiretamente, os passageiros e adquirentes de produtos enviados por carga aérea. Uma informação comum oferecida pela maioria dos ANSP é o manual de cálculos das tarifas, para deixar claro aos clientes o preço que devem pagar pelos serviços prestados.

Além disso, é notável a profunda preocupação com a segurança nas operações aéreas. Pode-se dizer que a maioria dos casos observados está de acordo com as recomendações econômicas da ICAO, especialmente Espanha, Alemanha, Reino Unido e Canadá, que demonstram mais experiência neste campo.

Após apresentação da teoria específica do setor e a observação pragmática, pode-se analisar a futura ANSP brasileira, conforme constituída pela Lei nº 13.903, de 19 de dezembro de 2019 e o Decreto nº 10.589, de 24 de dezembro de 2020.

---

<sup>174</sup> Disponível em <https://otc-cta.gc.ca/eng>, acesso em 15/01/2023.

<sup>175</sup> Disponível em <https://www.eana.com.ar/servicios#node-116>, acesso em 15/01/2023.

<sup>176</sup> Disponível em <https://eana.com.ar/sites/default/files/2022-08/guia-de-tasas-de-navegacion-aerea-eana-2022.pdf>, acesso em 15/01/2023.

### **7.5 Nova autoridade de navegação aérea brasileira e o olhar da *Smart Regulation*.**

Conforme mencionado acima, a NAV Brasil foi estabelecida em 2020, em princípio, para substituir o DECEA, exclusivamente na prestação de serviços de navegação aérea. Trata-se de uma empresa pública, integralmente controlada pelo Estado e vinculada ao MD. A ideia de estabelecer uma ANSP no Brasil não é realmente nova, pois, como visto, tanto a Infraero (empresa pública de administração aeroportuária) e o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (concessionária de aeroporto) têm experiência na prestação de serviços de navegação aérea de aproximação e controle de aeródromos. Não por acaso, a NAV Brasil se iniciou como uma cisão parcial da Infraero, que lhe transferiu instalações especializadas e funcionários com expertise no assunto. Estava previsto que o COMAER também fornecesse instalações e equipamentos à NAV Brasil.

O sítio eletrônico da empresa passou a trazer uma série de informações que são úteis para o nosso conhecimento e análise da sua atuação<sup>177</sup>. Anuncia-se que a missão da NAV Brasil é “Prestar serviços de navegação aérea de qualidade, com eficiência e segurança, visando ao desenvolvimento do transporte aéreo e ao bem-estar da sociedade”. Já o objeto da empresa é “implementar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeronáutica destinada à prestação de serviços de navegação aérea que lhe for atribuída pelo Comandante da Aeronáutica”. Consoante se depreende do referido site, a NAV Brasil presta serviços de ATS (APP e TRW), MET e AIS, sendo que sua principal fonte de remuneração são as tarifas de navegação aérea (TAN e TAT).

Ademais, já estabeleceu uma estrutura de Governança Corporativa, que conta com Assembleia Geral, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, Presidência e Diretorias de Administração e de Serviços, além de órgãos de controle interno como Auditoria e Ouvidoria. As demonstrações contábeis também vêm sendo disponibilizadas de maneira transparente e acessível.

Conquanto se visualize uma governança profissional, faz-se mister acompanhar o andamento das decisões e o desempenho da empresa nos exercícios vindouros. Seria muito importante que clientes, como transportadoras aéreas, e usuários, como passageiros ou clientes de carga, pudessem participar das decisões da empresa. Espera-se que seja demonstrado aos clientes que os tarifas cobradas são formadas com custos diretos e indiretos do serviço prestado e que nenhuma atividade militar será subsidiada por taxas de navegação aérea. Uma publicação, no formato de guia das tarifas cobradas seria bastante útil para esse propósito.

---

<sup>177</sup> Disponível em <https://www.navbrasil.gov.br/institucional/empresa>, acesso em 15/01/2023.

Então, aparentemente, a NAV Brasil ainda está se estruturando como uma empresa estatal autônoma. Não está claro quais funções ainda serão transferidas do DECEA para o NAV. Imprescindível que seja mantida uma governança corporativa autônoma e transparente, com a contínua adesão aos preceitos indicados pela ICAO para a prestação dos serviços de navegação aérea. De fato, espera-se que as atividades de soberania nacional e defesa do espaço aéreo sejam exclusivamente tuteladas pelas autoridades militares e que a navegação aérea se direcione para atividade empresarial pujante, voltada não só ao equilíbrio das contas, mas ainda ao investimento em infraestruturas aeronáuticas e aprimoramento das operações, considerando um tratamento igualitário aos clientes e apropriado para as suas necessidades.

Sob a perspectiva da *Smart Regulation*, pode se verificar que a regulação desta nova empresa ainda está se iniciando e não sendo totalmente claras as normas às quais terá de se submeter. Tampouco consegue-se indicar se os princípios da teoria de base estão sendo seguidos nesta etapa. Por isso, ainda é cedo para fazer esse tipo de avaliação, devendo-se aguardar que esta indústria amadureça mais, o que não impede de fazer ponderações sobre as perspectivas de regulamentação e do pouco material que já está disponível.

A regulação econômica e técnica dos serviços de navegação aérea, apesar de complexa, não deve ser mostrar de difícil organização, uma vez que há vários exemplos em torno do mundo e essa atividade precisa ser a mais convergente possível entre os países, para que se dê uma competição pela qualidade dos serviços ofertados e não por fatores como tarifas muito baixas ou diferenciação de clientes. Por isso, eventual regulação direta ou por comando e controle poderia ser direcionada às situações de abuso de posição dominante em relação aos clientes e, principalmente, eventuais falhas que venham a causar acidentes aéreos ou danos ao serviço prestado.

De outra forma, a regulação da qualidade dos serviços pode ser notoriamente pautada em sistema de incentivos, inclusive com margem para autorregulação para os serviços que atinjam menos usuários, direcionados a aviação experimental, por exemplo. O voluntarismo pode ser bastante incentivado, sobretudo para a adesão de boas práticas regionais, já implementadas por outras autoridades aéreas da região (como o caso da divulgação do guia de tarifas de navegação).

Quando se observa os mecanismos de educação e informação, avalia-se como positiva a preocupação da NAV Brasil com a transparência das informações e da contabilidade comercial instituída, em momento anterior não evidenciados. Mas é necessário que a governança corporativa dê contínuas comprovações de sua autonomia e independência, de



forma a afastar a ameaça de que uma gestão mais conservadora possa puxar a atuação da empresa para ações de segurança nacional, que não são de sua responsabilidade precípua.

Há ainda lacunas para que se instituem obrigações de treinamento das equipes, abertura de relatórios operacionais e até a utilização da inspeção acreditada para se verificar a acuidade da prestação de determinados serviços. Seria importante buscar junto aos Estados Nacionais vizinhos um acordo para premiação do melhor ANSP regional, para fomentar a competição entre os prestadores, bem como incentivar seu desempenho. Igualmente, vale que as unidades de prestação de serviço da NAV Brasil sejam envolvidas em competição interna para a eleição da melhor prestadora de serviços, gerando-se um círculo virtuoso em torno da boa entrega para os clientes.

Na parte dos instrumentos econômicos, observa-se pouca possibilidade de criação. A abertura deste mercado já constitui um grande ganho se comparada com a prestação eminentemente incrustada em uma instituição militar, recheada por diversas outras atribuições. Considerando os possíveis investimentos que terão de ser feitos em equipamentos e infraestruturas aeronáuticas, a política de tomada de financiamentos precisa ser bem avaliada e suas condições devidamente reguladas. A responsabilização civil pode constituir elemento de pressão para a boa prestação de serviços, considerando que uma orientação equivocada pode levar aos fatais acidentes aéreos. Há que se pensar, inclusive, na regulamentação para a utilização da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, batizada Lei Anticorrupção, em face da atuação de dirigentes que cometerem atos lesivos à administração pública.

Em relação aos agentes envolvidos, a Autoridade Reguladora deve fomentar a formação de entidades setoriais especializadas e grupos de interesse público, que possam trazer informação de qualidade sobre as atividades desempenhadas pela empresa e supervisão de suas ações. Mas efetivamente os grandes parceiros em prol do *compliance* seriam os clientes, nominalmente as empresas aéreas e os aeroportos, que tem nesse serviço o principal insumo de suas entregas. A eficiência de uma TRW, sob o comando do ANSP, é fundamental para o funcionamento do sistema inteiro da aviação civil nacional.

Assim, apesar de não ser seguro emitir uma opinião quanto à adesão desse modelo de regulação, pela falta de elementos, permite-se apontar que há reais oportunidades ao regulador para constituir um modelo bem aproximado da *Smart Regulation*.

## 7.6 Conclusões Parciais

O presente capítulo foi dedicado à análise do subsetor de prestação de serviços de navegação aérea. Ainda há poucos estudos sobre esses serviços, no Brasil, talvez porque se trate de matéria ainda ligada às questões de segurança nacional. Como área que restou muito tempo sob a tutela quase exclusiva militar, ainda há poucas informações públicas disponíveis sobre o tema, o que deve mudar nos próximos anos, com a criação e funcionamento da NAV Brasil, enquanto empresa pública submetida às obrigações de transparência e *accountability* exigidas pelo mercado e pelas próprias autoridades internacionais, que tem ascendência sobre a temática. Por esse motivo, compõe um relevante tema para pesquisas futuras.

Em análise à configuração da política pública e regulação delineadas, observa-se que a mudança de rumos para que a prestação do serviço fosse transferida de uma entidade orgânica do Poder Público para uma empresa pública deu-se por impulso direto do TCU, que apurou uma significativa concentração de atribuições neste setor. Com efeito, enquanto matéria dividida entre as esferas militar e civil, foi oportuna a intervenção do órgão de controle para gerar uma mudança efetiva no cenário.

Em vista das recomendações da ICAO e das práticas internacionais observadas, percebe-se que a regulação deste subsetor de transportes se manteve por muito tempo atrelado a uma estrutura rígida, de caráter pouco empresarial, até contrariando os avanços que se adotou em outras áreas próximas deste mercado. De outra forma, também não se alinha com as estruturas mais reconhecidas estabelecidas ao redor do mundo, que prestam esses serviços até mesmo em países estrangeiros.

Ante este novo episódio da regulação de serviços que apoiam o transporte aéreo, não se faz possível uma análise a partir dos preceitos da *Smart Regulation*, mas pode-se vislumbrar que há um vasto campo para aplicação de mecanismos flexíveis, criativos e inovadores de controle, em busca de uma regulação efetiva, conforme os contornos que a teoria indica.

## 8 CONCLUSÕES

Na presente tese teve-se por objetivo realizar uma análise de parte da regulação dos transportes no Brasil, a partir da teoria da *Smart Regulation*, para avaliar se os formuladores da arquitetura institucional vêm considerando, no seu processo de elaboração, o pluralismo regulatório, materializado em instrumentos flexíveis, criativos e inovadores de controle social e na atuação das entidades afetadas pelo serviço público. Galgada em princípios para sua aplicação, a teoria fornece um mapa prático e didático, tanto para a desenho de um modelo regulatório como para a crítica de um sistema posto, com vistas a avaliar se os agentes públicos se preocuparam com os meios de regulação e com os atores relacionados ao fato regulado.

Neste caminho, promoveu-se uma revisão da teoria de base, já considerada no contexto da regulação dos transportes. Em segundo momento, defendeu-se a autonomia de um direito regulatório dos transportes, ressaltando sua importância enquanto instrumento que materializa direitos sociais e fundamentais. Ao final, produziu-se três estudos de casos, de forma a testar pragmaticamente se os preceitos desta teoria vêm sendo adotados.

Pode-se afirmar que a hipótese inicialmente proposta, de que os mecanismos regulatórios utilizados nos transportes ainda têm se valido da regulação direta ou técnica comando e controle, como principal instrumento da regulação, sendo possível verificar que essa tendência se mantém ainda forte, mas não como única ferramenta. Observou-se que em muitos dos subsetores de transportes têm-se organizado a abordagem do regulado pela lógica da pirâmide de *enforcement*, como no caso do subsetor aquaviário, em relação ao procedimento de fiscalização, e no subsetor de transporte aéreo, na parte em que toca as relações de consumo. Ferramentas responsivas também foram identificadas nas iniciativas de regulação do setor, como a autorregulação, educação e informação e instrumentos econômicos. Outros mecanismos inovadores têm se mostrado auspiciosos neste panorama, como o caso do *Sandbox* Regulatório, pelo qual se permite testar uma inovação tecnológica ou regulatória, em ambiente limitados de usuários e controlado, com regras específicas, de maneira a avaliar a receptividade da sociedade e a forma de atuação da empresa regulada.

Também pode-se detectar que as associações de interesse social, associações setoriais e terceiros interessados têm ganhado espaço na regulação, sobretudo ao participarem do processo de participação social para elaboração normativo, como as audiências e consultas públicas. Mas ainda tem sido relevante os estudos e relatórios setoriais produzidos por eles, judicialização em face de leis que oneram o setor e outras ações de apoio à regulação, como no caso do SEST e

SENAT em relação ao transporte de carga e condições de trabalho de caminhoneiros. É de se registrar, igualmente, o relevante papel dos agentes econômicos relacionados ao mercado e envolvidos na cadeia de produção, por exemplo, no caso das concessões ferroviárias, em que os principais clientes dos serviços são acionistas das prestadoras (conforme modelagem dos anos 1990) e tem imenso interesse que seja oferecido um serviço de qualidade. Investidores, Seguradoras e Financiadores também são agentes que tem atuado, geralmente, de forma positiva para o cumprimento das normas, no caso das infraestruturas de transportes, constituindo apoio para a Autoridade Reguladora. No mesmo diapasão, as auditorias e os OIA vêm assumindo relevante posição de escora para os contratos de concessão. Contudo, ainda não se identifica uma transferência de funções quase regulatórias para esses entes, o que poderia facilitar o *enforcement* das normas.

Posta a teoria, foram escolhidos três subsetores para se testar as premissas da *Smart Regulation*. Foram selecionados para a análise da regulação dos serviços de transportes dos subsetores de infraestruturas rodoviárias federais concedidas, transporte aéreo, sob a perspectiva das relações de consumo e da navegação aérea.

No caso da regulação das infraestruturas rodoviárias federais concedidas, observou-se a existência de esforços em busca de uma regulação mais responsiva, sem que esse movimento se dê de maneira sistêmica. Considerando os princípios da *Smart Regulation* e que os contratos de concessão simulam ambientes regulatórios bilaterais, evidencia-se a utilização de múltiplos instrumentos para buscar o cumprimento contratual. Não obstante, ainda se trabalha muito com ferramentas interventivas, como é o caso do comando e controle e não está claramente organizada uma pirâmide de *enforcement* para os regulados. Por outro lado, há ainda poucos agentes estratégicos empoderados neste contexto, como no caso dos financiadores. Com isso, percebe-se um bom espaço disponível caso a regulação da concessão de rodovias federais queira caminhar no sentido da responsividade, sobretudo para buscar mais instrumentos educativos, de informação e econômicos, com coesão sistêmica, e para tornar o subsetor menos prescritivo. Espera-se que a reforma regulatória, que se avizinha, possa assumir essa bandeira e dar esse salto de qualidade.

Quanto ao transporte aéreo, nota-se que a recente reforma aproximou a regulação de um tipo de *soft law*, que ainda guarda margem para ações mais incisivas da Autoridade Reguladora. A regulamentação se apega na divulgação de informações sobre a prestação de serviços das empresas aéreas, para orientação dos consumidores e incentivo à sua busca de direitos, de forma a ampliar o *compliance*. Considerando não ser uma área que lida com a segurança da aviação

civil ou com elementos que possam vir a afetar o desempenho operacional da empresa aérea, a opção por tornar a regulação menos dura e mais baseada em instrumentos de educação e informação, parece ser mais adequada para o serviço que se regula. De outra sorte, abriu-se oportunidade para que as operadoras aéreas usassem da autorregulação para organizar o seu atendimento e suporte aos consumidores, conforme as práticas internacionais mais recomendadas. Também se verificou como relevante a utilização de uma plataforma transparente de resolução de conflitos de consumo, pela qual a contenda pode ser dirimida diretamente com os clientes, ainda fornece relatórios para divulgação, veiculando relatórios sobre o atendimento, que facilita uma comparação entre o desempenho das empresas. Um *ranking* de prestadores de serviços também é reconhecido por esta regulamentação, permitindo que as empresas capitalizem esse mérito. Portanto, cuida-se de um modelo com muitos elementos de responsividade, com razoável sistematização, e com bom envolvimento de terceiros no processo de supervisão dos serviços e participação na regulação setorial, apresentando importante aproximação dos postulados pela teoria da *Smart Regulation*.

Sobre a regulação dos serviços de navegação aérea, em análise à configuração da política pública e regulação delineadas, observa-se que a mudança de rumos para que a prestação do serviço fosse transferida de uma entidade orgânica do Poder Público para uma empresa pública deu-se por impulso direto do TCU. Em vista das recomendações da ICAO e das práticas internacionais observadas, percebe-se que a regulação deste subsetor de transportes se manteve por muito tempo atrelado a uma estrutura rígida, de caráter pouco empresarial, até contrariando os avanços que se adotou em outras áreas próximas deste mercado, como a infraestrutura aeroportuária. Não se faz possível uma análise a partir dos preceitos da *Smart Regulation*, visto que com a nova modelagem do prestador deve vir também uma nova regulamentação, mas pode-se vislumbrar que há um vasto campo para aplicação de mecanismos flexíveis, criativos e inovadores de controle, em busca de uma regulação efetiva, conforme os contornos que a teoria indica.

Vale ressaltar que, como mencionado, foram escolhidos para estudos de casos os setores de concessões de infraestrutura rodoviária, do transporte aéreo de passageiros, sob a perspectiva da proteção do consumidor, e da navegação aérea, enquanto indústria reformulada, por sua representatividade no setor e afinidade com a regulação trabalhada. Não se deixa de considerar, entretanto, que esta análise pode e merece ser feita em relação à regulação de outros subsetores dos transportes, o que inclusive se sugere para estudos futuros. A opção aqui externada representa, justamente, um primeiro passo de avaliação crítica dos modelos, que merece, a nosso ver, ser aprimorado e diversificado.

Assim, como fechamento geral, é importante asseverar que os diversos subsetores de transportes têm dado sinais de que uma nova regulação, mais otimizada e que não exija quantitativos crescentes de servidores públicos, seja implementada. Neste contexto, novas ferramentas regulatórias vêm sendo introduzidas e alguns atores privados vem tomando protagonismo no apoio à regulação dos transportes.

Ainda se identificam muitas oportunidades para a adequação regulatória, como um subsetor com pluralidade de ferramentas novas, mas que ainda se apoia, prementemente, em sistema de comando e controle, que por evidente precisa ser revisto para que os esforços responsivos não sejam anulados. Por outro lado, também, se encontram exemplos de subsetores bastante imersos na lógica da *Smart Regulation*, em que uma organização e esclarecimentos do tratamento dos agentes e uso dos mecanismos regulatórios acaba por ser a demanda essencial. Com isso, confirma-se, em parte, a hipótese de que o comando e controle ainda é a principal ferramenta utilizada pelas autoridades reguladoras dos transportes. Não obstante, mostra-se como o principal instrumentos, mas não mais o único, como visto, sendo ainda certo que determinados setores dos transportes já trazem meios para que a ferramenta sequer seja implementada, se o transportador agir de maneira rápida e eficiente com o seu cliente.

De qualquer forma, evidencia-se um processo regulatório dos transportes vivo e em movimento, aberto a melhorias, por estar direcionado para o aprimoramento das relações entre os agentes públicos e privados em prol de uma ampliação da prestação de serviços.

## 9 BIBLIOGRAFIA

- ABEYRATNE, R. **Air Navigation Law**. Quebec: Springer, 2012.
- ALMEIDA, M. P. A Reestruturação do Setor Público Estatal Brasileiro rumo às Privatizações dos anos 1990. **Anos 90**, Porto Alegre, jul. 2014. 363-397.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- AZEVEDO, C. H. A. J. E. A Regulação dos serviços over-the-top de video streaming por assinatura no Brasil: uma proposta à luz do modelo de autorregulação regulada. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 12 (2), p. 133-171, outubro 2020.
- BACELLAR FILHO, R. F. Processo e Procedimento Administrativo. In: BACELLAR FILHO, R. F.; MARTINS, R. M. **Tratado de Direito Administrativo: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2014. p. 361-463.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. Second Edition. ed. Oxford: Oxford Press, 2012.
- BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. D. S.; MARQUES NETO, F. D. A. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.
- BINENBOJM, G. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BLACK, J. Critical Reflexions on Regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, Melbourne, v. 27, p. 2-35, 2002.
- BLACK, J. Risk-based Regulation: Choices, Practices and Lessons Being Learnt. In: OCDE **Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk**. Paris: OECD Publishing, 2010. p. 185-224.
- BOEHM, F. Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. **Revista de Economía Institucional**, v. 7(13), p. 245-263, 2005.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 25a. ed., atual, rev. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRAITHWAITE, J. Policies for an Era of Regulatory Flux. In: HEAD, B.; ELAINE, M. **Deregulation or Better Regulation?** Melbourne: Macmillan, 1991.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **WORLD DEVELOPMENT**, v. 34 (5), p. 884-898, 2006.
- BRAITHWAITE, J. The essence of responsive regulation. **UCB Law Review**, v. 44:3, p. 475-520, 2011.
- BRAITHWAITE, J. Types of responsiveness. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory: foundations and applications**. Canberra: Australian National University, 2017. p. 117-133.
- BUCHANAN, J. **Public Choice: The Origins and Development of a Research Program**. Fairfax: Center for Study of Public Choice, 2003.
- BUTLER, E. **Escolha Pública: um guia**. São Paulo: Bunker Editorial, 2016.
- BUTTON, K. J. Air transportation infrastructure in developing countries: Privatization and Deregulation. In: WINSTON, C.; DE RUS, G. **Infraestrutura Performance: a Study in Comparative Political Economy**. Nora Iorque: Bookings Institution Press, 2008. p. 193-221.
- CAMINHA, U.; LIMA, J. C. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre o direito e economia para contratos de longo prazo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10(1), p. 155-199, jan-jun 2014.
- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 31a. edição, revista e ampliada. ed. São Paulo: GEN, 2017.

- CARVALHO NETTO, M.; SCOTTI, G. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras.** 2a. ed. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- COSTA, G. C.; FONSECA, F. Q. É tempo de fiscalização responsiva: contexto e metodologia do projeto de responsividade fiscalizatória da Agência Nacional de Transportes Aquaviários. In: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE AGENCIAS DE REGULACAO A **Regulação de Infraestrutura no Brasil: Transporte e Logística.** Santana do Parnaíba: KPMG, v. 4, 2021. p. 101-120.
- CRUZ, A. A. B. R. D. Teoria da escolha pública - Uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra. **Revista Virtu@I (Faculdades Milton Campos. Online)**, Delo Horizonte, v. 9, p. 1-11, 2011.
- CUÉLLAR, L. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo.** São Paulo: Dialética, 2001.
- CUNHA, B. Q. **Texto para discussão 2311 - Os Regulocratas: características corporativas e implicações sistêmicas do funcionamento da burocracia das Agências Reguladoras no Brasil.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA. Rio de Janeiro, p. 48. 2017.
- DEBES, C. **Washington Luís: primeira parte 1869-1924.** São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, v. 1, 1994.
- DUARTE, D. **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório.** Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- ECCLES, T.; POINTING, J. Smart regulation, shifting architectures and changes in governance. **International Journal of Law in the Built Environment**, v. 5, n. 1, p. 71-88, 2013.
- EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA. **Plano Nacional de Logística 2035.** Ministério da Infraestrutura. Brasília, p. 216. 2021.
- FEITOSA, F. B. O consumidor do serviço de transportes terrestres. **Revista da ANTT**, Brasília, v. 1(1), p. 48-61, nov 2009. ISSN ISSN 2177-6571.
- FEITOSA, F. B. Telecomunicações Aeronáuticas: natureza jurídica, regime regulatório e formas de delegação. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 5(1), p. 65-106, 2013.
- FERREIRA FILHO, M. G. Os Direitos Fundamentais: Problemas Jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar 1996. 1-10.
- FINGER, A. C. Serviço Público: um instrumento de concretização de Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2003. 59-82.
- FIRMINO, A. C.; WRIGHT, C. L. **Financiamento do Setor de Transporte no Brasil.** Washington, DC: Banco Interamericano de Desenvolvimento-BIRD, 2001.
- GARCIA, F. A. **Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GASPARI, D. **Direito Administrativo.** 17a. ed. atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GEIPOT. **Caminhos do Brasil.** Brasília: Brasil, 2001.
- GIANNAKOS, D. B. D. S. O princípio da eficiência e a Public Choice. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. Ano 3, nº 5, p. 573-596, 2017.
- GODOY, C. L. B. D. Do Transporte. In: PELUSO, C. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.** 3a. edição. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 716-745.
- GRABOSKY, P.; BRAITHWAITE, J. **Of Manners Gentle: enforcement strategies of Australian Business Regulatory Agencies.** Melbourne: Oxford University Press, 1986.
- GRAU, E. R. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 7a. edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14a. ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRINOVER, A. P. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- GROTTI, D. A. M. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. pp. 39-71.
- GUNNINGHAM, N. Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures. **Journal of Environmental Law**, v. 21, n. 2, p. 179-212, 2009.
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P.; SINCLAIR, D. **Smart Regulation**: designing environment policy. Canberra: Clarendon Press, 1998.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy. **Law & Social Inquiry**, v. 24(4), p. 853-896, 1999.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. Smart regulation. In: DRAHOS, P. **Regulatory theory**: foundations and applications. Canberra: ANU Press, 2017. p. 133-148.
- HABERMAS, J. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo: UNESP, 2011.
- HAINES, F. Regulation and risk. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory**: foundations and applications. Canberra: Australian National University Press, 2017. p. 181-196.
- HARRIS, J. W. NC Regulatory Sandbox Act: Encouraging Innovation Despite Missing Some Opportunities. **North Carolina banking institute**, v. 26, p. 301-334, 2022.
- ICAO. **Doc 9082 - ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services**. 9th Edition. ed. Montreal: ICAO, 2012.
- ICAO. **Doc 9161 - Manual on air navigation Services Economics**. 5th Edition. ed. Quebec: ICAO, 2013.
- ICAO. **Doc 9587, Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport**. 4ª ed. ed. Montreal: International Civil Aviation Organization, 2017.
- ICAO. **Doc 9626, Manual on the Regulation of International Air Transport**. 3ª ed. ed. Montreal: International Civil Aviation Organization, 2018.
- JOB, J.; STOUT, A.; SMITH, R. Culture Change in Three Taxation Administrations: From Command-and-Control to Responsive Regulation. **Law & Policy**, Melbourne, v. 29 (1), p. 84-101, 2007.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 8a. ed., rev., ampl. e atual. ed. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2012.
- KAPLAN, A. **The conduct of inquiry**: Methodology for behavioural science. 2ª ed. ed. Nova Iorque: Routledge, 1998.
- KASARDA, J. D.; GREG, L. **Aerotropole – o modo como viveremos no futuro**. São Paulo: DVS, 2012.
- KOLIEB, J. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, v. 41:1, p. 136-162, 2015.
- LACHAUD, E. The General Data Protection Regulation and the rise of certification as a regulatory instrument. **Computer law & security review**, 2018. 244-256.
- LEURQUIN, P. **A Regulação da Aviação Civil no Brasil**: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- LINDER, D. R. L. **Da garantia de execução em concessões rodoviárias federais: análise de eficácia das cláusulas contratuais para realização de investimentos**. Tribunal de Contas da União. Brasília, p. 130. 2022. Monografia de Especialização.
- MACHADO, F. M. Desestatização e Privatização no Brasil. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto-SP, 2015. 99-119.

- MALAGUTTI, A. O. **Evolução da Aviação Civil no Brasil: Estudo da Consultoria Legislativa da Camara dos Deputados - Área XVII Segurança e Defesa Nacional**. Camara dos Deputados. Brasília, p. 7. 2001.
- MARCHETTI, D. D. S.; DALTO, E. J. Logística. In: FERRARI, M., et al. **O BNDES e as agendas setoriais: contribuições para a transição de governo**. Rio de Janeiro: BNDES, 2018. p. 11-21.
- MARQUES, F. D. A. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 90-113.
- MARTINS, E. M. O. **Curso de Direito Marítimo: teoria Geral**. 4a. edição. ed. Barueri: Manole, v. I, 2013.
- MARTINS, F. G.; DANNI, L. D. S. Uma análise sobre a dinâmica operacional na prestação de serviços de transporte aéreo regular de passageiros. **XXII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes - ANPET**, Fortaleza, 9 novembro 2008. 1624-1635.
- MASCINI, P. Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid? **Regulation & Governance**, v. 7, p. 48-60, 2013.
- MAY, P. H. Política fiscal verde: ICMS-Ecológico e IPTU-Verde. In: SOARES DE ALMEIDA, M. C.; MAY, P. H. **Gestão e governança local para a Amazônia sustentável: notas técnicas**. Rio de Janeiro: IBAM, v. 3, 2016. p. 44-55.
- MAZZUCATO, M. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.
- MCKINSEY & COMPANY. **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**. McKinsey & Company. Rio de Janeiro, p. 381. 2010.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo em evolução**. 3a. edição. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25a. ed. e atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MILHOMEM, A. K. D. O. A teoria da escolha pública e a dívida pública federal: uma análise histórica do endividamento brasileiro na nova república. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, v. 37(1), p. 12-27, jan/jul 2019.
- MONTANER, C. L.; BENITEZ, M. L. **Derecho Público Económico**. 3a. ed. Madri: Iustel, 2009.
- MONTEIRO, J. V. "Carrossel constitucional" & grandes tendências em 2011. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45(2), mar/abr 2011. ISSN 0034-7612.
- MOTTA, A. L. B. **Regulação Jurídica do Transporte Aquaviário de Mercadorias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- NATAL, T. E. **A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão**. Revista do XXXV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Fortaleza: Mínio. 2009. p. 2-27.
- NUSDEO, F. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- OCDE. **Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, OECD/LEGAL/0278**. Paris: OCDE, 1995.
- OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections - OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. OCDE. Paris, p. 70. 2014.
- OLIVARES, B. D. The impact of GDPR on European Name & Shame tax defaulter lists. **computer law & security review**, n. 35, 2019. 241-250.
- OLIVEIRA, A. **Transporte aéreo: economia e políticas públicas**. São Paulo: Pezco, 2009.
- OLIVEIRA, R. W. C. D. **Direito dos Transportes Ferroviários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- OLIVEIRA, V. E. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.
- ORTIZ, G. A. **Princípios de Derecho Público Económico**: modelo de Estado, Gestion Pública, Regulación Económica. Bogota: Universidad Externato de Colombia, 2003.
- PAULSEN, L.; VELLOSO, A. P. **Contribuições**: Teoria geral, contribuições em espécie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PEREIRA, V. D. B. **Transportes**: história, crises e caminhos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- RANCHORDÁS, S. Experimental Regulations and Regulatory Sandboxes – Law Without Order? **Law and Method**, p. 1-23, dezembro 2021.
- REES, J. V. **Hostages of Each Other**: The Transformation of Nuclear Safety since Three Mile Island. Chicago: Chicago University Press, 1994.
- REIS, N. G. **Memória do Transporte Rodoviário**: desenvolvimento das atividades rodoviárias em São Paulo. São Paulo: CPA/SCI, 1997.
- SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª Edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da Atividade Econômica**: princípio e fundamento jurídicos. 2a. edição, revista e ampliada. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SANTIAGO, J. M. **La Ponderación de Bienes e Interés en el Derecho Administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SCHIRATO, V. R. O Processo Administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: SCHIRATO, V. R.; MEDAUAR, O. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.
- SCHIRATO, V. R. **Transportes Aquaviários**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCHWIND, R. W. Processo Administrativo em evolução. In: ALMEIDA, F. D., et al. **Direito Administrativo em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 375-387.
- SILVA, D. T. D. **Transportes Terrestres**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, F. Q. D. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. In: FREITAS, V. P. D.; SILVA, F. Q. D. **Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, F. Q. D. Agências reguladoras: um modelo em constante aperfeiçoamento. In: FREITAS, V. P. D.; SILVA, F. Q. D. **Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, R. T. Água e saneamento da metrópole: a atualidade dos desafios do passado. **Revista DAE**, São Paulo, junho 2014. 5-18.
- SMITH, A. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultura, v. I, 1996.
- SOARES DE MELO, J. E. **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**. 5ª ed, rev, atual e ampl. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SOUZA, H. A. M. D. **Regulação Jurídica do Transporte Rodoviário de Passageiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2(1), p. 3-21, 1971.
- STIGLITZ, J. **Economics of the Public Sector**. Londres: W. W. Norton, 2000.
- SUNDFELD, C. A. Serviços Públicos e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

- SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**. 2a. edição. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TAYLOR, M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50(2), p. 229-257, 2007.
- TEPEDINO, G. **Comentários ao Novo Código Civil**: das várias espécies de contratos. Do Mandato. Da Comissão. Da Agência e Distribuição. Da Corretagem. Do Transporte. Rio de Janeiro: Forense, v. 10, 2008.
- THORNTON, D.; GUNNINGHAM, N.; KAGAN, R. General Deterrence and Corporate Environmental Behavior. **LAW & POLICY**, Berkeley, v. 27, p. 262-288, abril 2005.
- TRETTEL, D. B.; SANTOS, G. S. S. Algumas considerações sobre litigância estratégica e direito à saúde. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, 3(14), junho 2018. 208-217.
- TRUXAL, S. **Competition and Regulation in the Airline Industry**: puppets in chaos. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2012.
- TULLOCK, G. The Origin Rent-Seeking Concept. **International Journal of Business and Economics**, v. 2 (1), p. 1-18, 2003.
- VAN GOSSUM, P.; ARTS, B.; VERHEYEN, K. From “smart regulation” to “regulatory arrangements”. **Policy Sciences**, v. 43, p. 245-261, 2010.
- WOOD, S.; JOHANNSON, L. Six Principles for Integrating Non- Governmental Environmental Standards into Smart Regulation. **OSGOODE HALL LAW JOURNAL**, v. 46, p. 345-395, 2008.