

Instrumentos regulatórios inteligentes na Regulação Econômica de Aeroportos

Smart Regulatory Instruments in Airport Economic Regulation

Submetido(submitted): 28 June 2023

Parecer(reviewed): 5 July 2023

Revisado(revised): 11 August 2023

Aceito(accepted): 12 August 2023

Renata Resende Ramalho Costa *

<https://orcid.org/0009-0002-6794-9811>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] *The Brazilian Aviation Authority launched the 2020-2026 Strategic Plan and the Responsive Regulation Project, which include guidelines for "building a model of smart and responsive regulation, promoting development and competitiveness without unnecessary barriers or interventions" (ANAC, 2020). The main goal of the agency's project is to develop inspection models that align with responsive regulation and are therefore integrated into the ANAC's inspection activities within its technical regulations. Additionally, while not the specific focus of the Responsive Regulation Project, the agency highlights the Supported Proposal instrument and the Sustainable Airports Project as examples of responsive approaches already implemented in the economic regulation of airports. This article aims to take a closer look at the regulatory methods found in smart regulation, which is a type of responsive regulation based on the theory put forth by Neil Gunningham (Gunningham, 1988).*

[Methodology/approach/design] *This is a comparative approach between the responsive initiatives in the economic regulation of airports in Brazil and the recommendations from the theory of smart regulation. The analysis is based on studying the historical development of regulatory modeling for airport concessions and the ANAC's Responsive Regulation Project.*

[Findings] *The study revealed several characteristics of smart regulation in the initiatives identified as responsive by ANAC. However, upon comparing the regulatory instruments with the theory of smart regulation, it is evident that the current model does not employ the regulatory technique proposed by the theory of regulation.*

[Practical implications] *The findings of this article can be applied to enhance the regulatory modeling of airport concession contracts in Brazil.*

[Originality/value] *The proposed analysis proves to be relevant for improving the understanding of the regulatory model adopted in Brazil for airport concessions.*

Keywords: *Smart Regulation. Airport Concession Contracts.*

*Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999), com especialização em Direito Administrativo pela Universidade de Brasília (2012-2014). Procuradora Federal desde 2003. Endereço: Procuradoria Federal junto à ANAC. Setor Comercial Sul, Quadra 9, Lote C, Edifício Parque Cidade Corporate, Sétimo Andar, Cep, 70.308.200, Brasília/DF. E-mail: renata.ramalho25@yahoo.com.br.

Resumo

[Propósito] A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) lançou, em 2020, o Plano Estratégico 2020-2026¹ e o Projeto Regulação Responsiva² contendo, dentre outras, as diretrizes para “a construção de um modelo de regulação responsiva e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade”. O objetivo principal do projeto da Agência é o desenvolvimento de modelos de atuação da fiscalização compatíveis com a regulação responsiva e insere-se, portanto, na atividade fiscalizatória da ANAC, no âmbito da sua regulação técnica.

De outro lado, embora não seja objeto específico do Projeto Regulação Responsiva, a Agência indica o instrumento da Proposta Apoiada e o Projeto Aeroportos Sustentáveis como exemplos responsivos já adotados na regulação econômica de aeroportos.

O estudo que se propõe neste artigo busca a análise comparativa entre as iniciativas da ANAC e a regulação inteligente, tipo de regulação responsiva fundamentada na teoria de Neil Gunningham (GUNNINGHAM e SINCLAIR 1998).

[Metodologia/abordagem/design] Trata-se de uma abordagem comparativa entre as iniciativas responsivas da regulação econômica de aeroportos no Brasil e as recomendações da teoria da regulação inteligente. A análise foi realizada a partir do estudo do histórico da construção da modelagem regulatória das concessões de aeroportos e do Projeto Regulação Responsiva da ANAC.

[Resultados] O estudo evidenciou diversas características da regulação inteligente nas iniciativas apontadas pela ANAC. Contudo, do cotejo entre os instrumentos regulatórios e a teoria da regulação inteligente, constata-se que o modelo atual não se utiliza da técnica regulatória proposta pela teoria.

[Implicações práticas] Os resultados do artigo podem ser aplicados no aperfeiçoamento da modelagem regulatória dos contratos de concessão de aeroportos, no Brasil

[Originalidade/relevância do texto] A análise que se propõe mostra-se relevante para a melhora da compreensão do modelo regulatório adotado no Brasil, para as concessões de aeroportos.

Palavras-chave: Regulação Inteligente. Regulação Econômica de Aeroportos.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) lançou, em 2020, o Plano Estratégico 2020-2026³ e o Projeto Regulação Responsiva⁴ contendo, dentre outras, as diretrizes para “a construção de um modelo de regulação responsiva

¹Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/arquivos/Plano_20202026.pdf

² Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva>

³Disponível em https://www.gov.br/anac/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/arquivos/Plano_20202026.pdf

⁴ Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva>

e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade” (ANAC, 2020).

Durante a execução do Projeto Estratégico, em 2020, a ANAC firmou um Termo de Execução Descentralizada com a Universidade de Brasília para o desenvolvimento de Projeto de Pesquisa, pelo Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UNB. O objeto da pesquisa consistiu no aprofundamento teórico da modelagem reguladora de caráter responsivo e sua viabilidade jurídica no setor aéreo brasileiro e apresentou, como resultado, em 2021, os seguintes relatórios⁵: (i) Estudo sobre a abordagem comando-e-controle e teorias da regulação apoiada em incentivos, com ênfase na regulação responsiva e seus fundamentos, inclusive o desenho das pirâmides responsivas, bem como sua aplicação direta no setor aéreo; (ii) Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANAC e (iii) Estudo com a proposta, para a temática escolhida pela Diretoria Colegiada da ANAC, de modelagem regulatória baseada em mecanismos de incentivos.

O Projeto da ANAC, como estratégia regulatória e, amparado nos estudos apresentados pela UNB, é centrado no desenvolvimento de modelos de atuação da fiscalização compatíveis com a regulação responsiva e insere-se, portanto, na atividade fiscalizatória da ANAC, no âmbito da sua regulação técnica.

Atualmente, o projeto encontra-se na fase de análise do impacto regulatório da proposta de melhoria do modelo da Resolução n. 472, de 2016, que disciplina a atividade fiscalizatória da ANAC. Propõe-se a aprovação de nova resolução e o desenvolvimento instrumentos destinados à padronização de procedimentos, incorporação de boas práticas e assimilação de estratégias responsivas no dia a dia da fiscalização, interação com o setor e tomada de decisão sobre a combinação de incentivos mais adequados a cada contexto⁶.

O Projeto da ANAC não alcança o modelo de apuração de infrações e aplicação de sanções no âmbito dos contratos de concessão de aeroportos, que possui disciplina específica⁷ e nem tão pouco visa, na fase atual, ao estudo e aplicação da regulação responsiva nos demais temas das concessões de aeroportos.

Contudo, na contextualização do Projeto, a Agência aponta a existência de duas iniciativas na regulação econômica de aeroportos como exemplos

⁵ Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/material-de-apoio>

⁶ Relatório de Air N° 1/2023/PPRR/GT-ESPRO/GAPI/SPI

⁷ Resolução n. 599, de 14 de dezembro de 2020.

responsivos já adotados. Trata-se do programa “Aeroportos Sustentáveis” e do instrumento denominado “Proposta Apoiada em contratos de concessão de aeroportos”.

No mesmo contexto, o estudo da UNB identificou, dentre outros, os instrumentos da Proposta Apoiada e dos Aeródromos Sustentáveis como iniciativas pontuais já desenvolvidas pela ANAC.

Nesse sentido, a identificação de iniciativas responsivas pode indicar o caminho que a ANAC pretende seguir na regulação econômica de aeroportos, modelagem cuja construção teve início nos anos 2000, em decorrência do Projeto de Desestatização Dos Serviços Públicos implementado pelo Governo Federal⁸.

O presente artigo analisa as iniciativas responsivas na regulação econômica de aeroportos indicadas pela ANAC, no Projeto Regulação Responsiva, sob a perspectiva da regulação inteligente, tipo de regulação responsiva fundamentada na teoria de Neil Gunningham (GUNNINGHAM e SINCLAIR 1998) e base teórica do projeto referido.

A primeira parte do artigo trará uma síntese da teoria da regulação inteligente, descrevendo suas principais características e orientações.

No tópico seguinte será feita uma descrição do histórico do modelo de regulação econômica de aeroportos no Brasil, buscando entender como se deu a construção da modelagem regulatória do setor, no início dos anos 2000.

Em seguida, dentro da evolução do modelo regulatório adotado, serão analisados os instrumentos regulatórios identificados, quais sejam: a Proposta Apoiada e o Projeto Aeroportos Sustentáveis.

Ao final, serão apresentadas as diferenças entre a prática regulatória e teoria analisada, além das omissões, para verificar se os instrumentos utilizados atendem às recomendações da teoria da regulação inteligente.

A TEORIA DA REGULAÇÃO INTELIGENTE

A teoria da regulação inteligente, como espécie de teoria procedimental da regulação (ARANHA, 2022, p.61), propõe técnicas de desenho regulatório e indica a forma de regular um determinado setor.

A expressão regulação inteligente, ou *smart regulation*, surgiu com o livro de Gunningham e Grabosky (*Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, 1998) sobre o desenho inteligente de política ambiental. A divulgação do capítulo final do livro, antecipado em artigo resumido de Neil Gunningham

⁸ Programa Nacional de Desestatização criado pela Medida Provisória 155, de 1990, convertida na Lei 8.031, de 12 de abril de 1990 e alterado, posteriormente, pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997.

e Darren Sinclair (*Designing Smart Regulation*, 1998), pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, ensejou uma verdadeira explosão do uso da expressão regulação inteligente (Aranha 2022).

Na visão dos autores da teoria, o sucesso do desenho regulatório pode ser alcançado a partir da utilização de dois elementos que são a estrutura da teoria da regulação inteligente. Primeiro, a adesão, pelos formadores de políticas públicas, a uma série de princípios que são identificados na teoria. Em segundo lugar, a utilização de combinações de instrumentos regulatórios que, a partir da análise do setor regulado, são identificados como inerentemente complementares, inerentemente contraproducentes ou específicos para cada setor regulado. Os autores defendem uma investigação sistemática sobre como os instrumentos regulatórios podem interagir, uns com os outros, para que sejam utilizados de forma complementar e não tão somente como alternativas entre si.

Na concepção da regulação inteligente, os autores partem dos fundamentos da teoria da regulação responsiva, capitaneada por Ayres e Braithwaite⁹, para buscar transcender a dicotomia regular-desregular, valorizar o pluralismo regulatório e abordagens mais flexíveis, inclusive a autorregulação regulada¹⁰. Esses objetivos estão inseridos, em certa medida, nos princípios elencados pela teoria, quais sejam: (a) preferir políticas que incorporem combinações de instrumentos e de instituições regulatórias; (b) preferir medidas menos intervencionistas; (c) escalar a pirâmide de instrumentos na medida necessária para atingir os objetivos da política; (d) incentivar os participantes que estão em melhor posição para atuar como reguladores substitutos e (e) maximizar oportunidades do ganha-ganha (GUNNINGHAM e GRABOSKY 1998).

O primeiro princípio da base regulatória proposta é a preferência por políticas regulatórias que incorporem combinações de instrumentos e de instituições. Entende-se que todos os instrumentos regulatórios têm pontos fracos e pontos fortes. A melhor estratégia para o desenho da regulação é buscar aproveitar os pontos fortes de determinado instrumento regulatório e compensar as fraquezas com instrumentos adicionais, configurando a proposta da utilização de um desgin de combinações de instrumentos.

No mesmo sentido é também recomendado o pluralismo de participantes regulatórios. A regulação não deve limitar-se à atuação do governo e por vezes do regulado, mas devem ser incluídos outros atores, terceiros, comerciais ou

9AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p.15.

10GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Smart Regulation: Designing Environment Policy*, p. 16).

não, como bancos, seguradoras, consumidores, fornecedores e consultores que podem auxiliar na tomada de decisões regulatória.

O pluralismo de participantes ganha relevância na teoria da regulação inteligente para alcançar outro princípio, que é incentivar ou estimular os participantes que estão em melhor posição para atuar como reguladores substitutos. O incentivo à participação de terceiros também está refletido na pirâmide de *enforcement* utilizada pela teoria da regulação inteligente. A teoria faz referência expressa à pirâmide de Braithwaite¹¹ como medida que os reguladores possuem para aumentar a resposta da fiscalização, sempre que níveis mais baixos de intervenção falham. Contudo, na *smart regulation* é proposto um modelo expandido da pirâmide para incluir, além de Estados e empresas reguladas, os terceiros, que passam a atuar como quase reguladores. Dessa proposta surge o conceito da teoria tridimensional da regulação, que prevê uma pirâmide de múltiplas faces indicando a relação entre poder público, regulados e terceiros interessados na regulação.

No mesmo sentido da responsiva, a regulação inteligente adota como princípio a preferência por medidas menos intervencionistas que, por serem mais flexíveis, têm maior aceitabilidade entre os regulados. Contudo, o nível de intervenção, quando necessário, deve ser aumentado com a aplicação de outros instrumentos regulatórios disponíveis, ideia central do modelo de escalada gradual da intervenção, na regulação responsiva.

Dentre os instrumentos menos intervencionistas, a regulação inteligente recomenda o voluntarismo, estratégias de informação e a autorregulação regulada (GUNNINGHAM e SINCLAIR, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environment Protection* 1999).

O voluntarismo é baseado no compromisso individual do regulado de atuar unilateralmente, sem qualquer coerção regulatória, objetivando a melhoria do comportamento, além dos requisitos regulamentados.

As estratégias de informação são instrumentos educacionais que, segundo os autores, incluem o treinamento, a divulgação de relatórios ambientais corporativos ou de certificados de produtos.

11 A compreensão da teoria da regulação responsiva depende da identificação das pirâmides. Até o momento, a literatura de regulação responsiva identificou não menos que onze pirâmides, sem, entretanto, sistematizá-las, ou mesmo, reconhecer a existência de todas elas. São elas: a pirâmide de estratégias regulatórias; a pirâmide de constrangimento; a pirâmide de perfis dos regulados; a pirâmide finalidades regulatórias; a pirâmide de pareamento entre perfis de regulados e tipos de justiça; a pirâmide de recompensas; a pirâmide de sanções; a pirâmide de regulação em rede; o diamante regulatório, que, na verdade, contém duas pirâmides – a aspiracional e a de conformidade –; a pirâmide de mecanismos regulatórios; e a pirâmide tridimensional. (ARANHA, 2022)

A autorregulação regulada ou *enforced self-regulation*, na teoria inteligente, é um instrumento de regulação que permite ao regulado a construção das suas próprias normas mas que, necessariamente, deverão ser ratificadas pelo órgão regulador a partir de alguns critérios que são sintetizados da seguinte forma (ANAC 2021):

A estratégia da autorregulação regulada exige, do regulador, que: a) somente ratifique regras de conduta empresarial que satisfaçam as políticas públicas governamentais; b) garanta que o departamento ou grupo de compliance da empresa tenha independência na estrutura hierárquica societária; c) realize a averiguação dos livros de registro da atuação desse grupo; d) implemente fiscalizações pontuais para avaliar se o grupo está cumprindo sua finalidade de detecção de violação às normas; e e) abra processos administrativos contra empresas que tenha subvertido a atuação do grupo de compliance. (BRAITHWAITE, 1985, P.125-132; BRAITHWAITE, 1982)

Ainda quanto aos princípios, a teoria propõe a maximização do ganha-ganha. O cenário do ganha-ganha é verificado quando há uma melhoria contínua na finalidade regulatória por meio do alcance de níveis mais altos de conformidade, ao mesmo tempo em que também se garante o aumento da produtividade e do lucro do regulado. A regulação inteligente propõe, a partir do incentivo do regulador, que os regulados busquem a atuação além da conformidade mínima regulada, maximizando o ganha-ganha.

Os cinco princípios indicados como norte para o desenho regulatório reforçam a base responsiva da teoria da regulação inteligente. Diferentemente da regulação responsiva (ARANHA, 2022.p.135), contudo, a teoria da regulação inteligente avança ao defender a criação de uma estrutura regulatória que possa ser aplicada a qualquer setor regulado. Trata-se do segundo elemento da teoria da regulação inteligente.

Os autores propõem o desenvolvimento de uma categorização de combinação de instrumentos, no desenho da regulação. Trata-se de uma estrutura que deve ser analisada na prática regulatória, a partir da seguinte divisão de combinações: (a) misturas que são inerentemente complementares; (b) misturas inerentemente incompatíveis; (c) mistura que são complementares se sequenciados e (d) misturas cuja complementaridade ou caso contrário, é essencialmente específico do contexto (GUNNINGHAM e SINCLAIR, *Regulatory Pluralism: Designing Policy Mixes for Environment Protection* 1999).

A ideia central da teoria, como proposta de desenho regulatório, é que o regulador avalie, no setor que se pretende regular, a complementariedade ou não dos instrumentos regulatórios disponíveis. Há instrumentos regulatórios que, segundo a teoria, são inerentemente complementares, ou seja, a eficiência ou eficácia dos instrumentos regulatórios podem ser significativamente melhoradas

quando realizada tal combinação. De outro lado, há instrumentos que, segundo os autores, se combinados, tornam a regulação contraproducente ou ineficaz, refletindo uma combinação de instrumentos inerentemente contraproducentes.

Além dos instrumentos mais flexíveis já citados na primeira parte da teoria, a combinação de instrumentos regulatórios utiliza-se de outros instrumentos disponíveis, como o comando e controle e a regulação econômica.

Para alcançar a conclusão acerca da compatibilidade ou não dos instrumentos, a teoria apresenta a análise de várias combinações. A título de exemplo, a regulação de comando e controle tem virtudes de previsibilidade e confiabilidade, mas tem fraquezas como a inflexibilidade e se torna ineficiente. De outro lado, estratégias baseadas na informação, voluntarismo e autorregulação tem virtudes por não serem coercivas ou intrusivas, mas têm baixa confiabilidade se utilizadas isoladamente. Daí a conclusão da necessidade de superar essas deficiências por meio de um desenho de combinação de instrumentos, um complementando o outro.

Por fim, é importante ressaltar que não se trata de um modelo de regulação, mas da proposta de uma estrutura que deve ser avaliada pelo regulador, no desenho regulatório, considerando as especificações do setor regulado. Tal conclusão vai ao encontro da interpretação dada à regulação responsiva no sentido de que:

(...)na verdadeira regulação responsiva, o regulador deve ser responsivo também à performance do regime regulatório, às diferentes lógicas dos instrumentos e estratégias regulatórias e às transformações que nelas se operam.” (Aranha 2022)

A partir desses pressupostos e com o objetivo de analisar as iniciativas que vêm sendo introduzidas pela ANAC, passa-se ao histórico da regulação de infraestrutura aeroportuária no Brasil e a construção da modelagem dos contratos de concessão.

O HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA NO BRASIL

No Brasil, a regulação econômica de aeroportos se dá, principalmente, por meio dos contratos de concessão, com fundamento no art. 21, XII, c, c/c 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

O instrumento da concessão é identificado como uma das modalidades operacionais de desestatização dos serviços públicos, nos termos do Programa Nacional de Desestatização criado pela Medida Provisória 155, de 1990, convertida na Lei 8.031, de 12 de abril de 1990 e alterado, posteriormente, pela Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997.

No setor aéreo e, na trilha das desestatizações, a Lei n. 11.182, de 25 de setembro de 2005, criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (art. 1º) e atribui a ela a competência para conceder ou autorizar a exploração de infraestrutura aeroportuária, regular e fiscalizar as atividades do setor. Tais competências pressupõem, ainda nos termos da lei, a observância das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo (art. 2º) e das orientações e políticas estabelecidas pelo governo federal quanto ao modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária, a ser submetido ao Presidente da República (art. 3º).

A construção das orientações e das políticas para dar início às concessões de aeroportos, no Brasil, contou com a participação direta do BNDES, designado como gestor do Fundo Nacional de Desestatização e competente para prover apoio técnico à implementação das desestatizações, nos termos da referida Lei n. 9.491, de 1997 (art. 17 e art. 18, II)¹².

A partir do ano 2000, incorporadas as orientações dos estudos realizados, sucederam-se diversas alterações normativas visando a estruturação do setor e a definição das respectivas competências para viabilizar o início dos procedimentos de concessões de infraestrutura aeroportuária, no Brasil, como instrumento operacional das desestatizações de serviço público.

Importante apontar que a regulação da infraestrutura aeroportuária, no Brasil, especialmente com a criação da ANAC e sua competência como Poder Concedente, se desenvolveu a partir do surgimento do Estado Regulador, assim justificado pela doutrina (Aranha 2022):

Finalmente, no atual Estado Regulador, a posição do particular é elevada à categoria de parceiro do poder público, tendo-se a transposição de uma racionalidade material instrumental para uma racionalidade material reflexiva, em que o Estado se legitima pela garantia de provimento de serviços essenciais, define, em suas instâncias políticas, as finalidades de uma comunidade de princípios, mas os meios para sua consecução são entregues a um processo de contínuo realinhamento entre os interesses do Estado e dos particulares em que a regulação estatal conversa com os códigos do sistema regulado e, ao mesmo tempo, pressiona e cede terreno para o alcance de um ótimo regulatório de conformidade normativa capaz de abrir espaço, inclusive, à conduta virtuosa do particular para além da conformidade exigida

¹² Em 2008, o BNDES selecionou, por chamada pública¹², a empresa Mckinsey & Company, Inc. do Brasil Ltda para desenvolver o Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil, com as colaborações da Fundação Casimiro Montenegro Filho, ligada ao Instituto Tecnológico da Aeronáutica (ITA), do Tozzini Freire Advogados e da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE). Disponível em <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7666>

pelas regras jurídicas. Trata-se de um Estado em que o particular que avança interesses públicos é um amigo festejado.

Foi nesse contexto que, a partir de 2012, a ANAC realizou sete rodadas de concessões de aeroportos, por meio de leilão público, que totalizam 59 aeroportos concedidos à iniciativa privada, no Brasil. Contudo, o acompanhamento da execução dos contratos de concessão tem demonstrado que é preciso evoluir.

Apesar da regulação econômica de infraestrutura aeroportuária se concretizar especialmente por meio de contratos de concessão, tal instrumento regulatório, isoladamente, não é suficiente para endereçar todas as questões que surgem ao longo da execução contratual. Pela sua própria natureza, os contratos de concessão, de longo prazo, são incompletos e demandam constante evolução para que se sustentem ao longo da sua vigência. É nesse sentido que se busca análise dos contratos de concessão sob a perspectiva das recomendações da teoria da regulação inteligente.

Aliás, as teorias responsivas, como a regulação inteligente, surgiram no mesmo contexto do movimento de desestatização e descentralização que impulsionou a criação do Estado Regulador e, no Brasil, a política de concessão de aeroportos, conforme aponta a doutrina (ARANHA, 2022):

O momento histórico do livro clássico de Ayres e Braithwaite, por sua vez, transparecia uma experiência de cerca duas décadas do predomínio de um discurso pró desregulação, de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, e da diferença em termos de efetivos constrangimentos normativos implementados pelas agências reguladoras dos Estados Unidos no primeiro e segundo governo Reagan, em que foi detectada uma efetiva retomada da força regulatória – no segundo mandato – após uma inicial diminuição no primeiro mandato. Essa constatação de que o discurso de desregulação, de fato, resultara em mais regulação vinha atribuída à compreensão de que a regulação havia migrado de um período de opção maniqueísta entre regular e desregular para uma era de fluxo regulatório caracterizada pelo predomínio dos fluxos e refluxos, de correntes e contra-correntes oriundas da interrelação e interdependência entre as ordens social, mercadológica, estatal e associativa.

Sob essa perspectiva e considerando o Projeto Estratégico da ANAC para o estudo da viabilidade da implementação da Regulação Responsiva no setor aéreo é que segue a análise das duas iniciativas da ANAC: A Proposta Apoiada e o Projeto Aeroportos Sustentáveis.

Da Proposta Apoiada

A Proposta Apoiada foi introduzida no Capítulo do Reequilíbrio Econômico-financeiro dos contratos de concessão a partir da 5ª rodada. Trata-se da possibilidade da concessionária do aeroporto, apoiada pelas empresas aéreas, apresentar propostas em conjunto ou isoladamente, para alterar algumas regras contratualmente previstas¹³, desde que observado o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste. A proposta, quando apresentada pela concessionária, deverá ser aprovada ou rejeitada pela ANAC, com base em critérios de boas práticas de tarifação, de investimentos, eficiência operacional ou de qualidade de serviço nos aeroportos e/ou dos interesses dos usuários finais dos aeroportos (cláusula 6.18) e, se aprovada, terá duração de cinco anos.

Segundo a ANAC, o objetivo do instrumento regulatório é ampliar a participação dos operadores aeroportuários e dos usuários nas decisões sobre o planejamento e a utilização do aeroporto, o que é proposto dentro da regulação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

O instrumento implementado pela ANAC traz características evidentes dos princípios da regulação inteligente que orientam a participação e capacitação de terceiros na regulação.

Segundo a ANAC, os atores formuladores da proposta apoiada são capazes de alcançar arranjos superiores à regulação para os parâmetros de oferta e remuneração dos serviços aeroportuários, o que se caracteriza, portanto, como um incentivo no comportamento dos regulados para a obtenção dos melhores resultados.

De outro lado, ao prever que a proposta poderá ser aprovada ou rejeitada pela ANAC, viabilizando a negociação da norma com o regulador, o instrumento regulatório parece se aproximar da autorregulação regulada, princípio em que também se fundamentou a teoria da regulação inteligente¹⁴. Ocorre que, uma característica importante desse tipo de regulação é que sua construção não se encerra com a apresentação da proposta pelo regulado e aprovação pelo regulador. Além da possibilidade de participação de terceiros e

13 alterar valores de Receita Teto e Teto Tarifário ou estabelecer modelos alternativos de tarifação (6.17.1); estabelecer um ou mais parâmetros da concessão que irão vigorar no quinquênio subsequente a partir da Revisão de Parâmetros da Concessão seguinte (6.17.2); estabelecer novos compromissos relativos à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários não previstos no Contrato (6.17.3); ou alterar obrigações contratuais relativas à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários (6.17.4)

14 Outra possibilidade encontra-se na operacionalização por um determinado ator regulado, ou outros níveis de agregação de atores regulados, de normas negociadas com o regulador e garantidas por ele, como ocorre com a chamada autorregulação com constrangimento normativo estatal, ou autorregulação obrigatória (enforced self-regulation) da literatura australiana da regulação responsiva (ARANHA, 2022)

do regulado na definição da norma, é preciso que sejam estabelecidos os critérios para a aceitação ou não da proposta das concessionárias e os instrumentos para acompanhamento da sua execução. O tema não passou despercebido na sexta rodada de concessões e foi objeto da contribuição n. 4064, da Audiência Pública n. 11/2018, da seguinte forma.¹⁵

CONTRIBUIÇÃO Solicitamos à Agência que esclareça quais regras e/ou procedimentos disciplinarão a formulação e aprovação das Propostas Apoiadas, na forma do item 6.23 do Contrato. Em especial por tratar-se de instituto recente no âmbito das Concessões, é importante que todo o aparato legal que será utilizado como argumento para viabilizar as Propostas Apoiadas seja de conhecimento público, inclusive a fim de serem dirimidas eventuais dúvidas e/ou questionamentos mais específicos quanto aos processos em tempo hábil para a boa condução das etapas inerentes à participação nas concessões.

A ANAC, por sua vez, ao responder à contribuição, esclareceu que:

A Anac agradece a contribuição e esclarece que, por se tratar a Proposta Apoiada de instituto recente no âmbito das Concessões, optou-se por prever a regulamentação posterior dos procedimentos do mecanismo, de forma a possibilitar discussões específicas sobre o assunto junto às partes envolvidas. Ademais, a previsão de procedimentos de forma prescritiva no Contrato poderia engessar o mecanismo ao passo que a regulamentação permite sua atualização diante da evolução das melhores práticas.

No mesmo sentido, à luz da teoria da autorregulação regulada, a eficácia da proposta parece depender ainda do avanço na regulação por parte da ANAC. É importante observar algumas diretrizes para a definição do acompanhamento da execução da regulação. No contexto (ARANHA, 2022):

Eis a grande diferença entre propostas de autorregulação voluntária e autorregulação regulada: somente a última delas impõe soluções antipáticas às empresas, fazendo uso de grupos de compliance empresarial, por exemplo, mediante regramento governamental de que o diretor de compliance deve reportar à agência reguladora, à diretoria da empresa ou a um corpo de auditores externos, quaisquer diretivas oriundas dos grupos de que a autorregulação regulada propõe soluções antipáticas às empresas, fazendo o uso de compliance que tenham sido ignoradas pela gerência empresarial. Trata-se de uma regulação de segundo nível, em que as ordens de conduta são

15 <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/processo-licitatorio-5-rodada/02-audiencia-publica/5r-relatorio-de-contribuicoes-anac-pos-redir.pdf>

oriundas do setor regulado, submetidas à aprovação do órgão regulador, cabendo ao regulador lidar com as deficiências de controles internos, agregando consequências impositivas a processos de auditoria e a recomendações de grupos de compliance, definindo parâmetros mínimos de melhoria dos serviços prestados, anunciando margens aceitáveis de impacto regulatório, entre outros. (ARANHA, 2022, p. 68)

Outro ponto de destaque na iniciativa da ANAC é evolução do modelo de regulação para além do comando e controle. Dentre os temas previstos para a utilização da proposta apoiada estão a possibilidade de estabelecer novos compromissos relativos à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários não previstos no Contrato (6.17.3) e a possibilidade de alterar obrigações contratuais relativas à oferta de infraestrutura e serviços aeroportuários (6.17.4), mantido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. A medida viabiliza a flexibilização da obrigação da oferta de infraestrutura e dos serviços aeroportuários prescritos no contrato, a partir da proposta dos regulados que seriam capazes de alcançar arranjos mais eficientes para a regulação e, com isso, obter resultados melhores na prestação do serviço. No modelo anterior, as obrigações prescritivas, se não cumpridas, independentemente de se adequarem ou não à necessidade do serviço, podem ensejar a aplicação das penalidades contratuais previstas.

Nesse sentido, a iniciativa da ANAC demonstra o esforço da Agência na evolução do modelo da regulação e atende a diretrizes da regulação inteligente como o incentivo a participação de terceiros e a preferência a instrumentos regulatórios mais flexíveis. De outro lado, é preciso avançar com a definição de critérios para a aceitação da proposta apoiada para garantir a eficácia da regulação como correção regulada, e não mera autorregulação privada. A partir da definição desses critérios também será possível estabelecer com maior clareza a escalada do *enforcement* nas hipóteses de descumprimento da norma, para além do comando e controle do modelo original.

Dos aeroportos sustentáveis

A segunda iniciativa responsiva identificada é o programa Aeroportos Sustentáveis¹⁶, descrito pela ANAC como “instrumento não-regulatório de incentivo que visa a disseminação de boas práticas de gestão ambiental em aeródromos”. O projeto piloto foi lançado em 2019 e vem sendo renovado, anualmente, por meio da publicação de chamamento público para participação voluntária de aeródromos na aferição da maturidade da gestão ambiental, a partir de critérios pré-definidos.

Os editais estabelecem critérios referentes à qualidade do ar, mudanças climáticas e ruído, para avaliação do aeroporto inscrito que, se classificado será reconhecido como aeroporto sustentável, pelo prazo de um ano. Os critérios e objetivos são alterados a cada edital, o que incentiva constantes evoluções na atuação dos aeródromos participantes.

16 <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/meio-ambiente/aeroportos-sustentaveis>

Os objetivos principais¹⁷ do programa são: a) acompanhar o desenvolvimento das medidas ambientais adotadas pelos aeroportos; b) disseminar as melhores práticas para a redução dos impactos da aviação civil no meio ambiente; c) incentivar os aeroportos a buscarem, de forma voluntária, o desenvolvimento de planos de ação para atuar nos diversos temas ambientais; e d) dar visibilidade à sociedade das medidas adotadas pelos aeroportos para a melhoria da gestão ambiental da aviação.

Além disso, os resultados do programa compõem o Índice de Desempenho Ambiental (IDA), criado pelo extinto Ministério da Infraestrutura, para verificar a evolução qualitativa e o comprometimento socioambiental da infraestrutura do setor de transportes do Brasil¹⁸.

Apesar de denominado pela ANAC como instrumento não-regulatório, a descrição dos objetivos do projeto indica características bem definidas dos instrumentos regulatórios da informação, voluntarismo e ganha-ganha, elementos fundamentais da teoria da regulação inteligente.

A disseminação das melhores práticas ambientais e a atribuição de visibilidade à sociedade são lidas, à luz da teoria da regulação inteligente, como estratégias de informação ou instrumentos educacionais baseados na informação. A informação melhora a relação entre regulador e regulado, incentiva outros regulados a atuarem em conformidade e podem definir o comportamento dos consumidores do serviço regulado. A proposta da teoria dialoga com o uso de recompensas informais, como elogios e reconhecimento, que estruturam a pirâmide de recompensas¹⁹ da teoria da regulação responsiva.

Contudo, no Projeto Aeroportos Sustentáveis, apensar da louvável iniciativa da ANAC num tema tão caro à aviação civil, a sustentabilidade, não se identificou a utilização das estratégias de informação como instrumento regulatório de negociação das regras de conduta ou como instrumento responsivo de recompensa.

De outro lado, o objetivo de incentivar os aeroportos a buscarem, de forma voluntária, o desenvolvimento de planos de ação para atuar nos diversos temas ambientais, caracteriza-se pelo voluntarismo, mas também é um incentivo à maximização do ganha-ganha dos regulados. Essa é uma das diretrizes da teoria da regulação inteligente. O regulador deve incentivar as empresas a uma atuação além da conformidade dos padrões mínimos de desempenho. Na teoria da regulação inteligente, desenvolvida no âmbito da regulação ambiental, a maximização do ganha-ganha tem, inclusive, papel fundamental no desenvolvimento de novas tecnologias ambientais.

¹⁷ <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/meio-ambiente/aeroportos-sustentaveis>

¹⁸ <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/sustentabilidade/ida>

¹⁹ A compreensão da teoria da regulação responsiva depende da identificação das pirâmides. Até o momento, a literatura de regulação responsiva identificou nada menos que onze pirâmides, sem, entretanto, sistematizá-las, ou mesmo, reconhecer a existência de todas elas. São elas: a pirâmide de estratégias regulatórias; a pirâmide de constrangimento; a pirâmide de perfis dos regulados; a pirâmide finalidades regulatórias; a pirâmide de pareamento entre perfis de regulados e tipos de justiça; a pirâmide de recompensas; a pirâmide de sanções; a pirâmide de regulação em rede; o diamante regulatório, que, na verdade, contém duas pirâmides – a aspiracional e a de conformidade –; a pirâmide de mecanismos regulatórios; e a pirâmide tridimensional. (UNB, 2021)

O Programa Aeroportos Sustentáveis também demonstra o esforço da Agência na evolução do modelo de regulação ao se utilizar de instrumentos mais flexíveis como o voluntarismo e medidas informativas e educacionais.

A iniciativa, ao apontar como um dos objetivos o incentivo ao desenvolvimento de planos de ação para atuar nos diversos temas ambientais, parece flertar também com o incentivo à atuação para além da conformidade regulatória. Contudo e, conforme ressaltado na teoria da regulação inteligente, dificilmente o regulado avançará, voluntariamente, para além dessa conformidade, sobretudo em razão da avaliação entre o custo e o lucro na atividade regulada. Por isso é importante o papel do regulador no incentivo à maximização do ganha-ganha. Também é relevante, na estratégia regulatória, a utilização de outros instrumentos regulatórios que, combinados entre si, impulsionam o regulado a avançar para além da conformidade ambiental regulada.

Um exemplo da teoria de como o regulador pode incentivar a maximização do ganha-ganha é a criação de um sistema regulatório paralelo, de duas vias. A primeira via é regulamentada para empresas que atuam dentro da conformidade e a outra, empresas comprometidas com níveis mais altos de desempenho ambiental, para além da conformidade exigida. O objetivo é atrair o maior número de empresas para a “trilha verde” que contará com maior flexibilidade e maiores incentivos regulatórios, segundo a proposta. Tal estratégia implica, mais uma vez, na utilização de outros instrumentos regulatórios, inclusive econômicos que, combinados, incentivam o regulado inclusive para além da conformidade mínima. (GUNNINGHAM e SINCLAIR, *Designing Smart Regulation* 1998)

Apesar da divulgação da premiação dos aeroportos sustentáveis, como incentivo ao regulado, não foi identificada a relação da iniciativa com outras estratégias regulatórias, para a construção do formato responsivo piramidal da regulação, nem tão pouco para incentivar o ganha-ganha dos aeroportos sustentáveis. No mesmo sentido, a orientação da teoria da regulação inteligente defende que instrumentos como o voluntarismo e a informação, se utilizados isoladamente, podem não ser suficientes para garantir a melhora no desempenho. Por isso a necessidade da combinação de instrumentos regulatórios compatíveis entre si.

Da abordagem comparativa

Conforme apontado no relatório produzido no âmbito do Projeto de Pesquisa da UNB, a indicação das iniciativas responsivas, pela ANAC, é de grande relevância na medida em que demonstra que a Agência reconhece a importância dos instrumentos da regulação responsiva, “por mais que tais mecanismos ainda não sejam vinculados à estrutura de pirâmide regulatória (UNB, 2021).

A análise da Proposta Apoiada e do Projeto Aeroportos Sustentáveis confirma a atenção a alguns princípios da regulação inteligente, na regulação econômica de aeroportos. As iniciativas buscam a preferência por medidas menos intervencionistas e incentivam a participação dos regulados e de terceiros

na regulação. Ainda de forma bastante incipiente, as iniciativas abrem caminho para a escalada da pirâmide de *enforcement* nos temas a que se propõem regular.

Ainda quanto à observação dos princípios, é preciso avançar na busca da maximização do ganha-ganha e, sobretudo, na incorporação de combinação de instrumentos regulatórios que orienta a construção da estrutura proposta pela regulação inteligente.

Nesse ponto, não parece haver, na regulação econômica de aeroportos, no Brasil, uma estratégia regulatória responsiva e inteligente, sobretudo pela ausência de uma análise da compatibilidade da combinação de instrumentos regulatórios disponíveis.

No caso da regulação econômica de aeroportos, a análise da compatibilidade e a utilização da combinação de instrumentos regulatórios perpassa pela imposição constitucional da regulação por meio do contrato de concessão (art. 21, XII, c, c/c 175, CF, de 1988). Contudo, a utilização do contrato de concessão como instrumento regulatório também deve ser orientada pela diretriz incluída pela Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021, no § 16²⁰ do art. 37 na Constituição Federal, o que é denominado pela doutrina como princípio da instrumentalidade das técnicas regulatórias (ARANHA, 2022). Aliás, como visto, o contrato de concessão, instrumento de longo prazo que se caracteriza pela incompletude e pela necessidade de adequação às alterações da realidade, já demanda, na sua essência, a constante reorientação, o que passou a ser determinante, como princípio constitucional, a partir da EC n. 109, de 2021.

Por fim, não pode passar despercebido aqui, o Relatório de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil, publicado em 2022, com a colaboração do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que examinou o impacto da regulamentação sobre a concorrência nos setores de aviação civil e portos do Brasil (OECD, 2022).

Não é pretensão aqui analisar o mérito das recomendações, de caráter substantivo e procedimental, para a regulação do setor aéreo. Contudo, à luz da regulação responsiva que orienta a regulação conforme perfis do regulado, chama atenção a recomendação para que se considere “a harmonização de todos os modelos de concessão aeroportuária de modo a garantir que todos os players estejam sujeitos ao mesmo ambiente regulatório, especialmente o regime de regulação tarifária.” No mesmo sentido, recomenda-se que “Idealmente, as melhorias implementadas nas rodadas de concessão mais recentes devem ser

20 § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021\)](#)

aplicadas retroativamente, quando possíveis, a contratos de concessão anteriores.”²¹

O tema, contudo, extrapola o objeto deste estudo e demanda novas pesquisas que poderão contribuir no desenvolvimento das estratégias regulatórias da ANAC, na regulação econômica de aeroportos.

CONCLUSÃO

Consolidado o Estado Regulador, no Brasil, e implementada a política de desestatização da infraestrutura aeroportuária, surge o desafio de garantir a manutenção do interesse público desenhado na política regulatória, inclusive quanto à obrigação da manutenção do serviço adequado (CF, de 1988, art. 75, inciso IV).

Ao longo de mais de uma década de rodada de concessões, as políticas públicas evoluíram e, em consequência, foram implementadas diversas alterações nos editais e contratos de concessão. Além disso, a ANAC, como Poder Concedente e órgão regulador, tem buscado iniciativas que contribuam para a evolução do modelo regulatório. É o que demonstra o Plano Estratégico 2020-2026 e, na sequência, o lançamento do Projeto Regulação Responsiva (e inteligente).

Na regulação econômica de aeroportos, implementada essencialmente por meio dos contratos de concessão, foram identificadas iniciativas pontuais de aplicação das orientações da regulação inteligente. A Proposta Apoiada e o Projeto Aeroportos Sustentáveis demonstram a largada responsiva da regulação do setor aeroportuário. Contudo, ainda não existe uma estratégia regulatória definida para tornar possível o desenho regulatório que, baseado em princípios responsivos e inteligentes, possa avaliar a utilização de outros instrumentos regulatórios compatíveis com o contrato de concessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Marcio Iorio. *As formas de autorregulação*. JOTA, 26 de outubro de 2019.

_____. *Manual de Direito Regulatório*. Londres: Laccademia, 2022.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

21 OECD (2022), Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/283dc7c1-pt>

- BRAITHAITE, John. *The Essence of Responsive Regulation*. 2011: 475-520.
- _____. “*Responsive Regulation and Developing Economies.*” *World Development*, 2006: 885-898.
- CHAVES, Mauro Santiago. *O Conselho de Aviação Civil e a Teoria Processual Administrativa da Regulação*. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, outubro de 2000: 1-2-.
- GUERRA, Sergio. *Discricionabilidade, Regulação e Reflexividade*. Belo Horizonte: Forum, 2017.
- GUNNINGHAM, Neil, e Peter GRABOSKY. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. *Designing Environmental Policy*: Clarendon Press, 1998.
- LOPES, Othon Azevedo. *Fundamentos da Regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MCLINSEY & COMPANY, INC. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Estudo do setor de transporte aéreo do Brasil: relatório consolidado*. Rio de Janeiro. 2019
- OCDE. *Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil*. Paris: OCDE Publishing, s.d.
- ROCHA, Paulo Rios Matos. “*Regulação da aviação civil brasileira: reflexos sobre enforcement, legalidade e juridicidade.*” *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, 2018: 61-80.
- SINCLAIR, NEIL GUNNINGHAM and DARREN. *Designing Smart Regulation*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and, 1998.
- UNB. *Estudo sobre abordagem comando-e-controle e teorias da regulação apoiadas em incentivos, com ênfase na regulação responsiva e seus fundamentos, inclusive o desenho das pirâmides responsivas, bem como sua aplicação direta no setor aéreo*.
- _____. *Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico constitucionais e a fiscalização regulatória da ANAC*. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/material-de-apoio>
- _____. *Estudo com a proposta, para a temática escolhida pela Diretoria Colegiada da ANAC, de modelagem regulatória baseada em mecanismos de incentivos*. Disponível em <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/material-de-apoio>.

Normas e Julgados

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.*

BRASIL *Lei 8.031, de 12 de abril de 1990.*

BRASIL *Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997.*

BRASIL *Lei n. 11.182, de 25 de setembro de 2005.*

BRASIL *Decreto n. 3.564, de 17 de agosto de 2000.*

BRASIL *Decreto nº 6.373, de 14 de fevereiro de 2008.*

BRASIL *Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023.*

**Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório**

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>