

## **LEI 13.655/18 E O SANDBOX REGULATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL: SEGURANÇA JURÍDICA PARA UM REGIME REGULATÓRIO DIFERENCIADO**

**João Paulo Resende Borges**

### **Resumo**

Em um contexto marcado pelo surgimento de inovações tecnológicas e produtos e serviços disruptivos nos mercados regulados, o *sandbox* regulatório passou a ser adotado em diversos países como um instrumento dinâmico, alternativo à tradicional atuação reativa dos órgãos reguladores. No Brasil, o Banco Central estuda a implementação desse regime temporário e diferenciado principalmente em virtude do surgimento das *fintechs*. No âmbito jurídico, a lacuna normativa acerca desse regime foi suprimida pela Lei nº 13.655, de 2018, que prevê a adoção de regime de transição e inclui disposições aderentes à Análise Econômica do Direito e à discricionariedade técnica. O presente trabalho demonstra, por meio de pesquisa bibliográfica, que esse ato normativo cria uma sistemática jurídica que confere maior segurança jurídica para que o BCB implemente esse regime regulatório diferenciado e para que os entes regulados dele participem.

**Palavras-chave:** *Sandbox* regulatório. Banco Central do Brasil. Lei nº 13.655, de 2018. Discricionariedade técnica. Segurança jurídica. Regime de transição.

## **LAW 13.655 / 18 AND THE REGULATORY SANDBOX OF BANCO CENTRAL DO BRASIL: LEGAL SECURITY FOR A DIFFERENTIATED REGULATORY REGIME**

### **Abstract**

In a context of technological innovations and disruptive products and services in regulated markets, the regulatory sandbox has been adopted in several countries as a dynamic instrument, alternative to the traditional reactive model of regulatory agencies. In Brazil, the Central Bank is studying the implementation of this temporary and differentiated regime, mainly due to the emergence of *fintechs*. In the legal context, the normative gap about this regime was suppressed by Law nº 13655 of 2018, which contains legal provisions related to the theories of Law and Economics and technical discretionarity. This paper demonstrates that this law creates a legal system that provides greater legal certainty for the Brazilian Central Bank to implement this differentiated regulatory regime and for the regulated entities to participate in it.

**Keywords:** Regulatory sandbox. Central Bank of Brazil. Law n. 13,655, of 2018. Technical discretionarity. Legal certainty. Transitional regime.

## 1. INTRODUÇÃO

Lançado em maio de 2018, o Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas<sup>1</sup> (Lift) do Banco Central do Brasil (BCB) ganhou, na categoria Iniciativa de *Sandbox*, o prêmio *Fintech Regtech Global Awards 2019*<sup>2</sup>, promovido pela revista de finanças *Central Banking*.

O Lift é um ambiente virtual colaborativo que reúne representantes da academia, de empresas de tecnologia e de *fintechs* com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de inovações tecnológicas e a troca de conhecimentos no mercado bancário e financeiro<sup>3</sup>.

Essa iniciativa não se constitui *sandbox* regulatório, mas sim *sandbox* setorial. O *sandbox* setorial tem o objetivo de criar um espaço para empresas estabelecidas e regulador colaborar em novos produtos, desde a fase de concepção até protótipo, em um ambiente virtual de testes fora de mercado e sem consumidores. Nesses casos, o acesso, em geral, não possui um processo regulado e restrito e a entrada ocorre pela aderência da proposta ao sistema financeiro local. Além disso, os recursos necessários (humanos, tecnológicos) à execução de um projeto são compartilhados entre os participantes, tornando a iniciativa inerentemente escalável<sup>4</sup>.

O Lift busca incentivar a inovação pela apresentação de protótipos de soluções tecnológicas, bem como auxilia os reguladores a promoverem a regulação em um contexto de mercado mais complexo e de rápidas mudanças. Is Nesse sentido, contribui para fomentar o repasse de conhecimento e de *expertise* pelos regulados acerca de temas nem sempre dominados pelos agentes estatais<sup>5</sup>.

Aliada à iniciativa do Lift, o BCB, em 17 de julho de 2019, noticiou que estuda formas de implementar o *sandbox* regulatório no Brasil. A autarquia define essa iniciativa como a aplicação, em mercados regulados, de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado, no intuito de permitir que empresas testem serviços e produtos

---

<sup>1</sup> <https://www.liftlab.com.br/>

<sup>2</sup> <https://events.centralbanking.com/fintechawards>

<sup>3</sup> <https://www.liftlab.com.br/>

<sup>4</sup> SIQUEIRA, André Henrique.; PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; SUARES, Marcus Vinícius Cursino.; ALMEIDA, Rafael Sarres de; OLIVEIRA FILHO, José Deodoro; CAVALCANTE NETO, Aristides Andrade. LIFT – Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas. **Revista Eletrônica LIFT/Banco Central do Brasil**, v. 1, n. p. 3-25, 2019, p. 8

<sup>5</sup> PAIXÃO, Ricardo Fernandes. **Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo**. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/banco-central-ganha-premio-de-melhor-iniciativa-de-sandbox-do-mundo-04092019>

financeiros inovadores em um ambiente controlado. Durante esse período, essas empresas podem receber dos agentes reguladores orientações personalizadas sobre como interpretar e aplicar a regulação cabível. Ao mesmo tempo, os órgãos controladores têm acesso aos resultados obtidos e podem avaliar os riscos associados aos novos produtos. Assim, ao fim da experiência, a Administração pode restringir ou regulamentar as inovações<sup>6</sup>.

Em 28 de novembro de 2019, a Diretoria Colegiada do BCB decidiu submeter à consulta pública minutas de ato normativo conjunto e de circular dispendo sobre *sandbox* regulatório, ao que o órgão denomina de ‘o Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento’<sup>7</sup>. De acordo com o art. 3º da minuta de ato conjunto, *in verbis*:

Art. 3º O Sandbox Regulatório é um ambiente em que entidades serão autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a fim de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades<sup>8</sup>.

De acordo com a doutrina jurídica, o *sandbox* regulatório é um “instrumento regulatório de fomento baseado em incentivo regulatório por meio de experimentalismo estruturado tendo como pilar indutivo a isenção normativo-regulatória temporária”<sup>9</sup>. Ele tem por objetivo permitir que o regulador tenha acesso a informações relacionadas a novos produtos e serviços ofertados pelas instituições participantes do processo.

---

<sup>6</sup> <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/364/noticia>

<sup>7</sup> De acordo com o Edital nº 72/2019, de 28.11.19: “O Sandbox Regulatório permitirá que instituições já autorizadas e ainda não autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil possam testar projetos inovadores (novos produtos, serviços ou modelos de negócio) com clientes reais, sujeitos a requisitos regulatórios específicos estabelecidos nos atos normativos ora submetidos a consulta pública. 3. A proposta de ato normativo conjunto estabelece as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto do Sandbox Regulatório no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Por sua vez, a minuta de circular dispõe sobre as regras específicas do primeiro ciclo, tais como período de duração e limitação do número de participantes, documentação necessária, critérios de classificação das entidades interessadas e cronograma da fase de inscrição e do processo de seleção e de autorização. 4. Cabe ressaltar que poderão ser testados modelos de negócio inovadores em relação aos assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) ou do Banco Central do Brasil, mesmo que não estejam mencionados especificamente na minuta de ato normativo conjunto. Com base nas sugestões recebidas durante a etapa de consulta pública, é possível que sejam acrescidas, em versão final desse normativo, novas disciplinas específicas a respeito de outras temáticas”. BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 1. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf> Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetalharAudienciaPage?3&pk=321>.

<sup>8</sup> BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf>

<sup>9</sup> VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 128.

Uma vez que os modelos de negócios das *fintechs* são bastante diversos, os aspectos específicos de cada *sandbox* regulatório e as informações que deverão ser reportadas à autoridade supervisora são definidos caso a caso<sup>10</sup>.

O objetivo do *sandbox* regulatório no mercado financeiro regulado é possibilitar um espaço monitorado no qual as autoridades competentes e as empresas possam entender melhor as oportunidades e os riscos apresentados pelas inovações e seu tratamento regulatório. Por meio desse instrumento, institui-se uma espécie de fase de testes para avaliar a viabilidade de proposições inovadoras, especialmente em relação ao balanço de benefícios e riscos no sistema financeiro<sup>11</sup>.

Nos termos do art. 5º da minuta de ato normativo conjunto *supra*:

Art. 5º A regulamentação e a condução do Sandbox Regulatório serão regidas pelos seguintes princípios:

I - estímulo à inovação e à diversidade de modelos de negócio no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

II - aumento da eficiência e redução de custos no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

III - promoção da concorrência e da inclusão financeira;

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial a liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório,

privacidade e proteção de dados pessoais, acesso a informações claras e completas e condições

adequadas de fornecimento de produtos e de serviços;

V - aumento da confiabilidade, qualidade e segurança dos produtos e serviços;

VI - aprimoramento da regulamentação de assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil; e

VII - aprimoramento da atuação da supervisão do Banco Central do Brasil<sup>12</sup>.

No âmbito jurídico, verifica-se que não há ato normativo que atribua, de forma expressa, ao Conselho Monetário Nacional (CMN) ou ao BCB competência para que esses órgãos instituíam esse modelo de *sandbox* regulatório.

O Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, menciona como base jurídica da minuta de ato normativo conjunto dispositivos legais<sup>13</sup>. Nenhum

---

<sup>10</sup> VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

<sup>11</sup> PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; OIOLI, Erik Fernandes. Sandboxes e Regulação de Inovação Financeira Disruptiva por meio de Fintechs. **Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários**, v. 7, n. p. 113-146, 16/05/2018.

<sup>12</sup> BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

<sup>13</sup> São eles: Arts. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4º, incisos V, VI, VIII e XXXI, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 9º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, 10-A, § 2º, inciso I, do

deles, porém, dispõe, ainda que de forma indireta, a possibilidade de instituição de um modelo regulatório com as características do *sandbox*.

Além disso, destaca-se que, recentemente, foi vetado o art. 3º, inciso VII, da Medida Provisória (MP) nº 881, de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. O ato normativo resultado da conversão dessa MP é a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. O referido dispositivo previa, *in verbis*:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo restrito de pessoas capazes, com utilização de bens próprios ou de terceiros mediante autorização destes, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em lei federal.

Ainda que não tratasse especificamente de *sandbox* regulatório, esse dispositivo abria margem jurídica para a implementação desse regime ao prever a possibilidade de o administrador testar e oferecer produtos ou serviços a um grupo restrito de pessoas.

Na mensagem de veto da Presidência da República nº 438, de 20 de setembro de 2019<sup>14</sup>, informa-se que as razões do veto decorriam da supressão de trecho que excepcionalizava da regra hipóteses de segurança nacional, pública ou sanitária ou de saúde pública, em desconformidade com a redação original da MP. Fato é que, como resultado, a referida Lei não contém previsão, ainda que de forma indireta, acerca de um regime regulatório diferenciado.

Nesse sentido, dado o caráter inovador do modelo regulatório do *sandbox*, os recentes avanços do BCB em relação a este modelo, bem como a ausência de legislação que trate especificamente sobre o assunto, o presente trabalho apresenta o seguinte problema de pesquisa: A implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB depende de legislação específica que autorize a autarquia a adotar esse regime diferenciado?

---

Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, 3º-B, inciso I, da Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, 18, § 4º-B, e 27-B, inciso I, da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, 3º-A, inciso I, e 35-B, inciso I, da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 7º, inciso III, da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, 22, inciso II, e 28, inciso II, da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, 7º e 9º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e 11 da Lei nº 13.775, de 20 de dezembro de 2018, combinado com o art. 1º do Decreto nº 9.769, de 16 de abril de 2019. BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

<sup>14</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-438.htm)

Por oportuno, destacamos que, pouco antes do lançamento do Lift, foi promulgada, em 25 de abril de 2018, a Lei nº 13.655<sup>15</sup>, que incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

De forma sintética, esse ato normativo estabelece que as decisões baseadas em valores jurídicos abstratos considerem as consequências de serem adotadas. Além disso, a norma positiva a obrigatoriedade de que decisões que decretam a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indiquem de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Nesse sentido, cria uma sistemática propícia ao emprego pelos órgãos estatais de metodologias próprias da Análise Econômica do Direito (AED) para tomada de decisão.

A Lei nº 13.655, de 2018, privilegia especialmente a segurança jurídica, inclusive com a exigência de regime de transição em alguns casos, para garantir ao administrado a previsibilidade acerca da juridicidade de sua conduta, especialmente em um contexto marcado pela mutação normativa e jurídica, próprio da realidade complexa atual.

As disposições dessa Lei e do Decreto que a regulamenta impactam a atividade regulatória do Estado, uma vez que, entre outros aspectos, versam sobre (i) decretação de invalidação e revisão de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma; (ii) nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado que imponha novo dever ou novo condicionamento de direito; (iii) exigência de consulta pública para edição de atos normativos por autoridade administrativa; e (iv) necessidade de edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Com base no exposto, este trabalho apresenta a seguinte hipótese: A Lei nº 13.655, de 2018, cria um sistema normativo propício à implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB, de forma que o ordenamento jurídico já conta com diploma normativo que confere segurança jurídica para a adoção desse regime, prescindindo essa autarquia de ato normativo específico sobre o tema.

---

<sup>15</sup> Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.

O marco teórico adotado são os estudos sobre espaço regulatório, de Hancher & Moran<sup>16</sup>, sobre discricionariedade técnica, de Flávio Roman<sup>17</sup>, e sobre segurança jurídica, de Marilda Silveira<sup>18</sup>.

A metodologia adotada será a pesquisa bibliográfica<sup>19</sup>.

O presente trabalho é dividido em sete capítulos, incluindo esta introdução. O capítulo 2 trata da regulação econômica, com base na perspectiva histórica, na teoria econômica e no Direito Regulatório, bem como a relaciona com o ferramental teórico da AED.

O capítulo 3 apresenta o conceito de discricionariedade técnica, especialmente no âmbito do exercício do Poder regulatório do Estado. Em seguida, no capítulo 4, desenvolve-se o conceito de segurança jurídica no contexto de mutação legislativa e de interpretação normativa, com foco principalmente no estudo dos regimes de transição.

No capítulo 5, busca-se examinar a Lei nº. 13.655/18 à luz do marco teórico. O capítulo 6 trata especificamente do *sandbox* regulatório do BCB. Por fim, são apresentadas as considerações finais do trabalho.

## **2. REGULAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A regulação econômica não se originou apenas após a crise do Estado do bem-estar social. Antes disso, ainda no século XIX, nos Estados Unidos da América (EUA), surgiu o modelo de agências ou comissões especializadas com mandato legislativo específico, ao que se denomina regulação legislativa. Tratou-se da criação de órgãos estabelecidos por lei como autoridades independentes autorizados a operar fora da linha de controle hierárquico ou supervisão do governo central, com base principalmente na

---

<sup>16</sup> HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. **Capitalism, Culture and Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1989

<sup>17</sup> ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>18</sup> SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016. P. 110.

<sup>19</sup> A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. A principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45. Como pesquisa teórica, a pesquisa bibliográfica prioriza a construção de esquemas conceituais específicos e utiliza-se dos vários processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Teoria e Prática. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

busca por eficiência na tomada de decisões. Em alguns casos, porém, havia a discussão sobre os limites da delegação, especialmente com base no arcabouço teórico da separação de poderes<sup>20</sup>.

Esse modelo decorria da dificuldade à época de impor controle público eficaz sobre empresas nacionalizadas e da existência de múltiplos e indefinidos interesses públicos nas atividades econômicas estatais. As empresas públicas careciam de direção adequada para orientar estratégias de longo prazo e, ao mesmo tempo, estavam sujeitas à intervenção do governo em suas operações diárias. Além disso, a ordem econômica anterior ao modelo de agências falhava no objetivo de proteção ao consumidor e responsabilização democrática<sup>21</sup>.

Na Europa, porém, somente na segunda metade do século XX é que o modelo de agências independentes ganhou força sob os seguintes argumentos:

(...) a necessidade de especialização em assuntos altamente complexos e técnicos, combinada a uma função de regulação ou adjudicativa inapropriada para um departamento governamental; a separação de agências e governo é útil para a administração pública livre de ações políticas partidárias; agências oferecem maior continuidade de política do que o Poder Executivo político, porque estão a um passo dos resultados das eleições; especialmente, a capacidade de agências independentes experientes de focar a atenção em problemas controversos, enriquecendo, dessa forma, o debate público<sup>22</sup>.

A partir da década de 1970, esse modelo se espalha para outros países, especialmente os desenvolvidos. No Brasil, a criação das primeiras agências reguladoras ocorreu apenas na segunda metade da década de 1990, no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso. Nesse momento, a questão da regulação aparecia como ponto crucial sob o diagnóstico de crise fiscal do Estado e na esteira da delimitação de seu tamanho<sup>23</sup>.

Essas entidades foram criadas com o objetivo central de “promover a eficiência econômica, por meio do incremento da concorrência, com a repressão ao exercício do

---

<sup>20</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. **Revista CEBRAP n.º.76** São Paulo, nov. 2006.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>23</sup> MOURA FÉ, Carlos Frederico de. **Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS)**. Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

poder de mercado por parte das empresas e a tentativa de, se não corrigir, pelo menos minorar as chamadas falhas de mercado”<sup>24</sup>.

Partia-se da visão de que a delegação do poder regulatório do Legislativo para as agências administrativas decorre do fato de que esse Poder não pode regular continuamente uma área complexa. Além disso, havia o entendimento de que o interesse público pode ser atingido de maneira mais eficiente por meio da especialização da agência e de sua independência do controle político<sup>25</sup>.

Baseando-se na teoria do insulamento burocrático, as agências brasileiras foram constituídas sob o argumento da especialização técnica, da discricionariedade administrativa e da negociação entre diversos atores sociais e econômicos que se relacionam diretamente e que, muitas vezes, apresentam interesses divergentes em relação ao mercado regulado<sup>26</sup>.

A consolidação desse novo modelo de Estado Regulador em vários países do mundo despertou o interesse da doutrina jurídica sobre o assunto, de forma que foram desenvolvidas teorias para explicar o padrão observado da regulação estatal da economia. Entre elas, a teoria do interesse público e a teoria da captura, que se baseiam, principalmente, na dicotomia interesse público versus interesse privado<sup>27</sup>.

A teoria do interesse público parte dos pressupostos de que (i) os mercados são extremamente frágeis e estão prontos para funcionar de maneira bastante ineficiente (ou não equitativa) se deixados à sua própria sorte, e (ii) a regulação governamental praticamente não tem custos. Posteriormente reformulada, essa teoria passa a sustentar que as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos, mas são mal administradas<sup>28</sup>.

A teoria da captura, de outro modo, especificamente na teoria econômica da regulação de George Stigler, apregoa que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes, tendo por pressuposto o fato de que as pessoas procuram promover seus próprios interesses e o fazem de forma racional<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. **Revista CEBRAP n.º.76** São Paulo, nov. 2006, p. 27.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> POSNER, Richard. Teorias da Regulação Econômica, apud: **Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano**. Paulo Mattos (coord). São Paulo: Editora 34. 2004. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

Não obstante, e este é o ponto a se salientar, nenhuma dessas teorias possui suporte empírico significativo. No caso da teoria do interesse público, esta não define qualquer mecanismo pelo qual uma concepção de interesse público é traduzida em ação legislativa com potencial de maximizar o bem-estar social. Também não considera significativas evidências de que as consequências socialmente indesejadas da regulação são, com frequência, desejadas por grupos influentes na elaboração da legislação que estabelece o sistema regulatório<sup>30</sup>.

Por sua vez, a teoria econômica da regulação, apesar de mais bem formulada, também apresenta pontos de crítica. Em primeiro lugar, a visão de que os reguladores, com interesses próprios, seriam capturados pelos regulados resultaria, em última análise, na cartelização de todos os setores, o que não é demonstrado na realidade fática. Além disso, a pressuposição de que algumas formas de regulação geram custos com a má alocação de recursos também carece de demonstração. Ademais, não há comprovação de que a regulação tenda a favorecer a concentração do mercado e o aumento de barreiras<sup>31</sup>. A teoria da captura levada ao extremo da análise resultaria na proposição de separação absoluta entre as esferas pública e privada de poder.

De modo diverso, a teoria institucionalista propõe a interdependência entre os entes estatais e não-estatais. Uma de suas vertentes dessa teoria propõe o conceito de espaço regulatório, ou seja, espaço de interação entre as diversas instituições devidamente organizadas, públicas e privadas, e que atuam no respectivo setor regulado. Essa atuação conjunta possibilita a diminuição de assimetrias de informação entre regulador e regulado, bem como um ganho de legitimidade por meio do diálogo para a reestruturação da ordem no mercado<sup>32</sup>.

Na visão dessa vertente teórica, a adesão das empresas reguladas ao processo regulatório é condição para o êxito da regulação no contexto de capitalismo avançado. Nessa perspectiva, a existência de uma regulação que favoreça as firmas reguladas não é, por si só, uma conduta inadequada do regulador, tendo em vista, inclusive, o fato de que não seria simples para o regulador identificar interesses únicos entre os regulados, dado que estes se consubstanciam, cada vez mais, em organização complexas<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. **Capitalism, Culture and Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 1989

<sup>33</sup> Ibidem.

Em outras palavras, para essa visão, a regulação não é uma atividade distinta e isolada. Pelo contrário, insere-se no âmbito do próprio contexto regulado e de intervenção do Estado na economia, o que pressupõe a análise do ambiente competitivo, inclusive na arena regulatória, e a distribuição de recursos entre as diferentes instituições envolvidas<sup>34</sup>.

Nesse contexto de atuação conjunta de organizações públicas e privadas, uma estratégia regulatória seria a regulação de resposta compreensiva. Essa teoria elaborada com base na teoria dos jogos assevera que a resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, fatores esses que determinarão maiores ou menores graus de intervenção<sup>35</sup>.

Essa estratégia busca superar a dicotomia entre regulação pública vs. privada e regulação vs. desregulação. No primeiro caso, porque se entende que a consecução de políticas públicas é tanto mais eficaz quanto maiores os incentivos ao setor privado na implementação. Há uma demanda, portanto, por inovação na regulação estatal. No segundo caso, porque a desregulação, ou mais propriamente uma desregulação vigiada<sup>36</sup>, surge também como uma opção regulatória<sup>37</sup>. A escolha por maior ou menor grau de intervenção dependerá do contexto fático<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> “Responsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be. We suggest that regulation be responsive to industry structure in that different structures will be conducive to different degrees and forms of regulation. Government should also be attuned to the differing motivations of regulated actors. Efficacious regulation should speak to the diverse objectives of regulated firms, industry associations, and individuals within them. Regulations themselves can affect structure (e.g., the number of firms in the industry) and can affect motivations of the regulated. We also conceive that regulation should respond to industry conduct, to how effectively industry is making private regulation work. The very behavior of an industry or the firms therein should channel the regulatory strategy to greater or lesser degrees of government intervention”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 4.

<sup>36</sup> Um conceito próximo seria o de Sandbox regulatória. De acordo com o Banco Central do Brasil, trata-se da aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado. Busca permitir que empresas testem produtos e serviços financeiros inovadores em um contexto regulatório controlado. Ao fim da experiência, os órgãos reguladores podem restringir ou regulamentar inovações, de forma que sejam ofertadas de maneira adequada no mercado financeiro. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/364/noticia>. Acesso em setembro de 2019.

<sup>37</sup> “An attitude of responsiveness does generate different policy ideas that do transcend the divide between regulatory and deregulatory solutions. But for the responsive regulator, there are no optimal or best regulatory solutions, just solutions that respond better than others to the plural configurations of support and opposition that exist at a particular moment in history”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 4.

<sup>38</sup> “Responsive regulation is not a clearly defined program or a set of prescriptions concerning the best way to regulate. On the contrary, the best strategy is shown to depend on context, regulatory culture, and history. Responsiveness is rather that enables the blossoming of a wide variety of regulatory approaches, only some of which are canvassed here”. Ayres, Ian; John, Braithwaite. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford Socio-Legal Studies New York. Oxford University Press. 1992. P. 5.

A teoria do espaço regulatório e a visão estratégica da teoria da regulação responsiva guardam similaridade com a Análise Econômica do Direito (AED).

O pensamento jurídico tradicional é essencialmente normativo, no sentido de que aborda o que deveria ser, ao invés de tratar sobre como o mundo social funciona, abordagem essa que é própria da economia. Não prevê, portanto, nenhuma teoria que possa servir de base à previsão de comportamento<sup>39</sup>.

Por sua vez, a AED constitui-se na reformulação da disciplina do Direito em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do Direito em si, com os gastos para efetivação de seus institutos, bem como com os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais<sup>40</sup>. Em outras palavras, caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções de eficiência, redução de custos, valor e utilidade<sup>41</sup>.

A AED busca aplicar ao fenômeno jurídico conceitos e ferramentas econômicas com o fim de observar, compreender e prever o comportamento humano em um contexto normativo, bem como propor alterações no próprio direito positivo. Assim, ela investiga os efeitos de determinadas normas sobre o comportamento das pessoas e se os objetivos alcançados por uma norma são os socialmente desejados<sup>42</sup>.

A visão clássica da microeconomia baseia-se no pressuposto de que os tomadores de decisão padrão são racionais, têm preferências transacionais, reflexivas e completas, e tomam suas decisões de modo a maximizar sua utilidade ou bem-estar, a menos que sejam enganados pelas imperfeições do mercado. Além disso, pressupõe que uma análise economicamente informada pode coordenar as ações individuais de melhoria social<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e Economia no Direito Civil – O Caso dos Tribunais Brasileiros, apud: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. **Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. Almedina, Coimbra, 2017.

<sup>40</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, nº 57, p. 85-138, 2010.

<sup>41</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 1999, p. 42, jul./set. 2013.

<sup>42</sup> TORRES, Larissa Fontes de C. LEITE, Filipe Mendes Cavalcanti. **O superendividamento do consumidor de crédito no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Coordenadores: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2014.

<sup>43</sup> ULEN, Thomas S. Direito e economia para todos, apud: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. **Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito**. Almedina, Coimbra, 2017.

Não obstante, esse paradigma clássico tem sido questionado especialmente no que tange ao pressuposto de racionalidade do homem econômico. Ganham relevância as teorias econômicas agregadas de estudos de psicologia e ciências sociais, ao que se denomina Economia Comportamental<sup>44</sup>.

Um dos conceitos básicos dessa nova teoria é o de racionalidade limitada, elaborado inicialmente por Herbert Simon, em 1950. Esse conceito é construído com base no fato de que: (i) existem restrições ao processamento de informações pelos seres humanos porque há limites de conhecimento e de processamento de informações; e (ii) não há conclusões sem premissas, o que torna o uso da lógica indispensável para a construção de uma teoria normativa, dado que as contingências futuras não podem ser antecipadas<sup>45</sup>.

Com base nisso, assevera-se que os agentes econômicos tomam decisões sob condição de incerteza. Nessa situação, os cálculos de probabilidade são mais difíceis, de modo que os agentes se apoiam em um número limitado de princípios heurísticos que reduzem o trabalho complexo de fornecer probabilidade. As decisões, portanto, baseiam-se mais em associações e habilidades inatas do que em cálculos probabilísticos, de modo que, em algum grau, estão permeadas por ilusões e vieses cognitivos<sup>46</sup>.

Essas regras heurísticas são, assim, procedimentos simples que ajudam o agente a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis<sup>47</sup>.

Essas ponderações da Economia Comportamental, contudo, não implicam o descarte total dos pressupostos da maximização e da racionalidade da teoria clássica, dado

---

<sup>44</sup> THALER, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*. Nova York, NY: W. W. Norton, 2016

<sup>45</sup> Simon, Herbert Alexander. (1956). Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review* **63** (2), 129-138

<sup>46</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

<sup>47</sup> Três dessas heurísticas são (i) a representatividade e a insensibilidade ao tamanho amostral, com fundamento em meras análises de semelhança; (ii) a disponibilidade, ou seja, a probabilidade de um evento é estimada com base na facilidade de se recorrer a padrões em nossas mentes, a exemplo de familiaridade e proeminência, imaginabilidade e correlação ilusória; e (iii) ancoragem ou seja, quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade, com evocação seletiva de evidências compatíveis com padrões já fixados. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect theory: an analysis of decision under risk* *Econometrica*, Nova Iorque, v. 47, pp. 263-91, 1979.

que eles servem de ponto de partida para análises mais realistas, especialmente em análises menos especializadas e mais gerais<sup>48</sup>.

Nesse sentido, a utilização da premissa de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos e benefícios; o ponto é que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível, ainda que incerto<sup>49</sup>.

Observadas as limitações da racionalidade e, em última análise, da própria análise de custos-benefícios, a AED se propõe a regular por incentivos e promover a segurança jurídica. Isso porque visa obter decisões com menores oscilações subjetivas ao pressupor que as alterações normativas devem ser precedidas de avaliação de consequências<sup>50</sup>.

Destaca-se, ainda, que a AED seja vinculada às ideias consequencialistas, ela se difere do consequencialismo clássico, o qual exclui decisões guiadas por valores. O consequencialismo clássico é o termo “(...) normalmente utilizado para designar a ética das consequências, por meio da qual, em oposição à ética deontológica ou de matriz kantiana, condutas são julgadas e decisões são tomadas não pelo seu valor intrínseco, mas tão somente pelas suas consequências”.

O presente trabalho adota a visão do consequencialismo na lógica da AED, que mescla a ciência econômica, a qual privilegia a modelagem dos comportamentos humanos, com a ciência jurídica, cuja essência é a regulação das ações dos indivíduos em sociedade, com base em regras e princípios. Nesse sentido, conjuga a avaliação de resultados com valores próprios do sistema jurídico<sup>51</sup>.

Ademais, convém esclarecer que a AED não se constitui em método ou estudo propriamente jurídico, mas busca complementar a insuficiência dos critérios hermenêuticos tradicionais para indicarem a solução ótima para a aplicação do Direito, sem afastar-se em si do mundo jurídico<sup>52</sup>. O Direito mantém sua autonomia, mas a

---

<sup>48</sup> MARCATO, Marília Bassetti; MARTINZ, Felipe Pasini P. A tomada de decisão do agente econômico: uma breve discussão sobre incerteza e a Teoria do Prospecto. **Revista Economia Ensaios**. Uberlândia (MG), 28 (1), p. 47-66, Jul./Dez. 2013

<sup>49</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB**, Ano 1 (2012), nº 1.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> JASPER, Eric Hadmann. **O desencanto da economia. Dissertação de Mestrado**. Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

economia tem um caráter prático e uma aplicabilidade de seus raciocínios em certas questões que oferecem regras de aplicação aos juristas<sup>53</sup>.

O surgimento das agências reguladoras no Brasil e a legislação própria sobre o assunto deram ainda mais força ao intercâmbio entre direito e economia, ao enfatizar a validade finalística das decisões, enquanto o direito tradicional privilegia a validade condicional<sup>54</sup>.

As mudanças na forma de concepção do Estado, de um Estado Social para um Estado Regulador, e o surgimento de novas formas de análise do fenômeno jurídico, especialmente com base no raciocínio econômico, passaram a configurar o Direito Regulatório como uma área do Direito baseada mais no pragmatismo, na flexibilidade, nos incentivos e na persuasão do que na lei reguladora clássica, baseada exclusivamente na autoridade e na coerção<sup>55</sup>. O capítulo seguinte explora alguns dos temas básicos dessa área do Direito.

### **3. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E PODER REGULATÓRIO**

Um dos pilares do Direito Administrativo é o princípio da legalidade, que tem por objetivo principal controlar a atuação administrativa evitando que se configure em arbitrariedade. Os pressupostos básicos desse princípio são os de que o Poder procede diretamente do ordenamento jurídico e que os poderes do Estado, por serem instrumentais, servem à realização do interesse público fixado em lei<sup>56</sup>.

Não obstante, é importante destacar que o princípio da legalidade não é capaz de excluir por completo a liberdade funcional de atuação da Administração, concedida,

---

<sup>53</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo. **Raciocínio jurídico e economia**. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV). Disponível em: [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4110089/mod\\_resource/content/1/Lima%20Lopes%2C%20Jos%C3%A9%20Reinaldo.%20Racioc%C3%ADnio%20jur%C3%ADdico%20e%20economia.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4110089/mod_resource/content/1/Lima%20Lopes%2C%20Jos%C3%A9%20Reinaldo.%20Racioc%C3%ADnio%20jur%C3%ADdico%20e%20economia.pdf). Acesso em setembro de 2019.

<sup>54</sup> “Condicional é a validação que legitima uma decisão desde que esta tenha cumprido as condições previstas em lei. Finalística é a validação que legitima a decisão em função dos fins atingidos ou a serem atingidos. No sistema erigido ao longo de dois séculos pelo direito liberal, o sistema político ficou, em princípio, encarregado de decisões finalísticas (validação pelos objetivos), enquanto o sistema jurídico ficou encarregado das decisões condicionadas. O surgimento das agências reguladoras no Brasil acabou por introduzir a racionalidade finalística e pode, por isso mesmo, gerar muitas polêmicas com o raciocínio jurídico tradicionalmente estabelecido no direito liberal”. LIMA LOPES, José Reinaldo. **Raciocínio jurídico e economia**. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV)..

<sup>55</sup> ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

dentro de certos limites, pela própria lei. A discricionariedade administrativa é essencial para a atuação da Administração tendo em vista a impossibilidade de a lei antever todos os pressupostos da atuação administrativa ou, mesmo quando pode os antever, de elencar a ordem de prioridade dos objetivos e dos fins que se busca alcançar<sup>57</sup>.

Especificamente no caso das agências reguladoras e da regulação econômica em geral, a lei, antes de se configurar como modalidade delimitadora do comportamento da Administração, atua mais como arcabouço de definição de finalidade e objetivo, ou seja, de transformação das diretivas políticas e jurídicas em atos concreto, com base no corolário do princípio da eficiência.<sup>58</sup>

A regulação econômica apresenta uma forma própria, advinda da própria ordenação pública da economia, cujas principais características são: abundância de formas finalistas; indeterminação do suporte fático da norma, inclusive em razão da frequência de conceitos jurídicos indeterminados; e atenção especial aos procedimentos formais.

Especificamente em relação aos conceitos indeterminados e da frequência destes é que Bernatzik, no século XIX, cunhou o termo discricionariedade técnica. Segundo o autor, nas situações em que as atividades não são totalmente reguladas pelo Direito, a norma somente pode ser concretizada por meio de conhecimentos técnico-científicos. O autor ressalta, contudo, que isso não significa liberdade ampla e irrestrita tendo em vista o dever legal do administrador de atender ao interesse público<sup>59</sup>.

A partir desse termo, a doutrina passou a examinar as situações em que a discricionariedade técnica se fazia presente. Um dos pontos comuns entre as visões teóricas é o de que, por si só, o argumento da técnica não justifica a discricionariedade técnica. Antes de tudo, só há discricionariedade quando a técnica ou a ciência não se mostram suficientes para apresentar de forma objetiva a melhor solução ou a solução ótima para o caso concreto<sup>60</sup>. Ou seja, ela surge quando a técnica está unida a fatores não

---

<sup>57</sup> Ibidem.

<sup>58</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho, 2003, p. 733, apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>59</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. 1947, v. 7, apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>60</sup> GORDILLO, Agustín., 2003, apud ROMAN, Flávio José. Discricionariedade Técnica. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

nitidamente técnicos ou os fatores técnicos não são precisos uma vez que conceitos técnicos empregados pela lei são controvertidos ou opináveis.

A questão é que, no domínio da atividade regulatória da Administração, é bastante comum a existência de conceitos técnicos de outras ciências que não oferecerem grandes zonas de certezas (negativa e positiva). Isso sem considerar uma constante revisão dos paradigmas científicos pela própria ciência<sup>61</sup>.

Nessas situações, ao se recorrer à ciência para delimitar o sentido dos conceitos legais, há uma conjugação de técnica e discricionariedade, pois entram em pauta tanto fatores técnicos quanto fatores de conveniência e oportunidade<sup>62</sup>. Por essa razão é que o chamado Direito Administrativo Econômico acaba por favorecer, de certo modo, a discricionariedade da Administração Pública. Quanto menor a precisão técnica da norma, decorrente de sua referência a valores, maior será a discricionariedade da Administração<sup>63</sup>.

O tema da discricionariedade técnica ganha mais relevo no contexto do Estado regulador e constituiu-se um dos pilares da autonomia das agências reguladoras. A essas foi garantida a discricionariedade por meio de previsão legal do recurso a conceitos flexíveis ou fluidos de outras ciências, notadamente à ciência Econômica<sup>64</sup>.

A criação das agências teve por objetivo imunizar, em parte, o ato administrativo da revisão judicial, especialmente no caso de decisões dotadas de alta tecnicidade. Com a criação delas, buscou-se evitar uma constante revisão pelo Judiciário acerca de temas específicos e, em última instância, a instabilidade jurídica<sup>65</sup>.

Com isso, repisa-se que não se está a afirmar a existência de uma discricionariedade ampla e irrestrita. Pelo contrário.

Os atos regulatórios estão sim sujeitos ao controle jurisdicional, que não se furta a analisar o conceito técnico. Não obstante, trata-se de um controle limitado uma vez que deve ater-se aos limites objetivos de compreensão do conceito indeterminado empregado.

---

<sup>61</sup> ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

<sup>62</sup> CAVALLI, Cássio, 2009; apud ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>63</sup> ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

Somente se examina o conceito indeterminado para assegurar que o sentido empregado pela Administração corresponde ao ordinariamente empregado na ciência para o conceito, bem como para avaliar sua aderência a valores jurídicos. Além disso, é admitida a desconstituição do ato apenas nas circunstâncias em que se possa comprovar de forma objetiva a infringência à lei e ao direito<sup>66</sup>.

Contudo, da mesma forma que decisões judiciais errantes podem gerar insegurança jurídica, também o podem decisões regulatórias administrativas sem explicitação da fundamentação técnica. As agências reguladoras foram criadas com a finalidade, entre outras, de instituir um regime jurídico confiável e dotado de segurança jurídica, propício para o investimento privado nos setores desestatizados.<sup>67</sup>

A motivação dos atos administrativos decorre do próprio arcabouço do Direito Administrativo<sup>68</sup>. Mas, esse dever é ainda mais relevante nos casos que envolvam discricionariedade técnica, para os quais, além dos deveres gerais de fundamentação, há deveres específicos de fundamentação técnico-científica.

Esses deveres exigem a demonstração racional dos motivos, uma vez que as decisões com amparo nessa discricionariedade buscam sua legitimidade justamente na *expertise* daquele que toma a decisão. Não se nega que possa haver teor político nessas decisões, em especial de política administrativa, mas estas não podem retratar opções exclusivamente políticas, aqui entendidas como opções políticas em seu sentido ideológico ou sectário<sup>69</sup>.

A motivação é inclusive um dos parâmetros de controle judicial das decisões de discricionariedade técnica. Avalia-se tanto a racionalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade da motivação em si, quanto a relação das razões apresentadas com as finalidades estabelecidas na lei que outorgou a competência discricionária exercida pela Administração<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> MOURA FÉ, Carlos Frederico de. **Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS)**. Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

<sup>68</sup> Cita-se o art. 2º, caput, e parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 1999. “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

<sup>69</sup> ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>70</sup> Ibidem.

Nesse sentido, a Administração:

(...) deve documentar em procedimento a tomada de decisão para evidenciar que foram observados os seguintes pressupostos para a tomada de decisão discricionária: (1) apuração e delimitação das vias técnicas de solução; (2) ponderação e escolha da via técnica mais ajustada ao interesse público; e, finalmente, (3) a execução da opção. Como dito, no primeiro passo recorre-se à ciência, no segundo faz-se a opção discricionária, que será executada no terceiro passo<sup>71</sup>.

No que se refere ao exercício da prerrogativa administrativa para a edição de atos normativos, faz-se mister que as entidades da Administração demonstrem, de forma detalhada e para além das prescrições legais, o exame das prováveis consequências da norma a ser expedida, inclusive sob perspectiva técnica<sup>72</sup>. Esse exame de prováveis consequências relaciona-se ao caráter prático e ao raciocínio próprio da economia, na linha do que dispõe a AED.

O dever específico de fundamentação das decisões de discricionariedade técnica é ainda mais relevante no caso de agências reguladoras, que foram criadas justamente para prestigiar e fortalecer a tomada de decisões dotadas de alta tecnicidade, bem como a segurança jurídica no mercado regulado. Elas devem demonstrar por que consideram que a decisão tomada é a melhor segundo as leis, métodos e os prognósticos de sua técnica<sup>73</sup>.

O exame da segurança jurídica, especialmente no âmbito regulatório, é o tema do próximo capítulo.

#### **4. SEGURANÇA JURÍDICA E REGULAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O REGIME DE TRANSIÇÃO**

A segurança jurídica é um dos importantes substratos do Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade. Ele busca proteger a legítima expectativa dos cidadãos<sup>74</sup>,

---

<sup>71</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>72</sup> Nesse caso, destaca-se o disposto no Decreto nº 9.191, de 2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 95, de 26.2.1998, para estabelecer as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.

<sup>73</sup> ROMAN, Flavio José. **Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica**. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

de forma a garantir um mínimo de certeza e continuidade na organização social<sup>75</sup>. Em última instância, visa garantir a previsibilidade dos comportamentos e a estabilidade das relações jurídicas<sup>76</sup>.

Ela não está prevista expressamente no texto constitucional, ainda que vários dispositivos tratem desse importante pilar do Estado de Direito<sup>77</sup>. Fala-se, portanto, em segurança jurídica enquanto princípio.

Alguns autores mencionam diferentes aspectos desse princípio: legalidade; procedimentos de responsabilidade de órgãos administrativos; divisão de poderes; garantias fundamentais<sup>78</sup>. O princípio pode ainda ser referenciado pelo aspecto material (ideia de justiça) e formal (sistema de direitos e garantias fundamentais, divisão de funções do Estado, legalidade e proteção da confiança)<sup>79</sup>. Ainda, fala-se em três categorias: vinculação do Estado à Lei, divisão de poderes, e limitação de poderes<sup>80</sup>.

Apesar de certas divergências, observam-se fundamentos coincidentes nas diferentes doutrinas. A legalidade, a limitação de poderes, a estabilidade e a tutela da confiança, de certo modo, consubstanciam a essência do princípio da segurança jurídica.

Importante destacar, porém, que da premissa da estabilidade, um dos fundamentos que conforma esse princípio, não decorre a vedação à mutabilidade sócio-jurídica. Ou seja, a segurança jurídica deve admitir a flexibilidade sob pena de se moldar um ordenamento jurídico estanque, anacrônico e inaplicável.

Essa estabilidade na mutação acaba por se tornar o caráter essencial da segurança jurídica, especialmente em um cenário em que o ordenamento jurídico passou a ser marcado por: excesso de informação; inflação legislativa; complexidade das normas

---

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>77</sup> Ainda que não prevista expressamente, a segurança jurídica está fundamentada especialmente no art. 5º, inciso XXXVI, do texto constitucional. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Além deste, outros dispositivos guardam importante relação com esse princípio. Citam-se: preâmbulo; art. 1º; art. 2º; art. 5º, caput; e art. 103-A. SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>78</sup> MAFFINI, Rafael, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>79</sup> COUTO E SILVA, Almiro, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>80</sup> CALMES, Sylvia, apud: SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

vigentes; complexidade da coerência entre as normas; paradoxo de conceitos indeterminados; e rupturas na interpretação das normas pelos Tribunais<sup>81</sup>.

A realidade contemporânea é composta por mudanças rápidas, intensas e, por que não, disruptivas. Nesse cenário, o desafio da Administração Pública é equilibrar a necessidade de inovação de produção e interpretação normativas com mecanismos que garantam aos administrados a segurança jurídica de suas condutas. Ainda que se lhes atribua o ônus de ter o conhecimento das leis, essa imposição deve ser permeada de instrumentos compensatórios<sup>82</sup>, impondo-se, portanto, à Administração o ônus do planejamento, do consequencialismo e da avaliação de impacto, da transparência ativa e da motivação de seus atos.

Esses instrumentos devem ser empregados de modo a garantir ao administrado três aspectos fundamentais da segurança jurídica: cognoscibilidade (possibilidade de acesso e entendimento da norma), confiabilidade (estabilidade e segurança quanto à permanência de seu conteúdo) e calculabilidade (previsibilidade)<sup>83</sup>.

A cognoscibilidade pressupõe a inteligibilidade das normas jurídicas pelos administrados. Esses devem ser capazes de compreender adequadamente o seu conteúdo, ou seja, o teor das suas determinações. Além disso, devem ter a aptidão para orientar suas condutas conforme o Direito, sem que se enganem, de forma que consigam delimitar o que podem ou não fazer e quais as consequências de suas ações. Falamos, assim, em segurança de orientação<sup>84</sup>.

Por sua vez, as vertentes da confiabilidade e de calculabilidade exigem estabilidade na mudança. A primeira busca garantir que as mudanças no ordenamento jurídico não ocorram de forma abrupta, viabilizando o planejamento das ações pelos administrados. Além disso, ela pressupõe uma certa durabilidade do ordenamento (o que não pode ser confundido com imutabilidade) e que sejam preservadas as situações subjetivas que se tornaram intangíveis por alguma razão objetiva, de forma a proteger as situações resguardadas pelo Direito do passado. Em última instância, a confiabilidade busca proteger as legítimas expectativas dos administrados<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

Já a calculabilidade busca garantir que os cidadãos sejam capazes, no presente, de antecipar e medir, razoavelmente, futuras mudanças normativas, tanto em relação à possibilidade da alteração da norma em si quanto à extensão dessa mudança. Isso porque, para planejar o futuro, o cidadão deve controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã. Em certa medida, fala-se, portanto, em previsão do grau de intervenção do Poder Público sobre os atos dos administrados. O objetivo é viabilizar a segurança de eficácia, a qual pode ser garantida pelos seguintes instrumentos: irretroatividade; regras de transição; e redução da discricionariedade administrativa<sup>86</sup>.

Nesse sentido:

[A segurança jurídica é] uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos contribuintes e na sua perspectiva, de um elevado estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua elevada cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de, sem engano, frustração, surpresa ou arbitrariedade, plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro<sup>87</sup>.

Na doutrina tradicional administrativista, o debate acerca das mudanças normativas esteve centrado basicamente na análise dos conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Entretanto, recentemente, a ampliação do exercício do poder regulamentar tem ensejado a ampliação do debate com vistas a analisar critérios que garantam ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, bem como o exercício do controle desse poder pela própria Administração e pelo Poder Judiciário. Isso porque o exercício do poder regulamentar, ainda que diverso da atividade legislativa, não afasta do administrador o dever de submissão ao regime jurídico administrativo, de legitimação, de transparência e, por pressuposto, de segurança jurídica<sup>88</sup>.

Em outras palavras, a Administração tem o dever de motivar seus atos, especialmente no exercício do poder regulamentar<sup>89</sup>, para fins de verificação da

---

<sup>86</sup> Ibidem.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Nesse ponto, cabe destacar que Poder regulamentar, entendido como o exercício da edição de regulamentos para fiel cumprimento da lei, difere do Poder regulatório, do qual já tratamos neste artigo. Apesar dessa diferença, entendemos que os conceitos desenvolvidos, respeitadas obviamente as particularidades, podem servir de base teórica para este estudo.

observância dos limites da discricionariedade técnica, além de garantir maior legitimidade e segurança à sua atuação<sup>90</sup>.

Nesse contexto, a própria teoria administrativista do ato jurídico está sendo repensada. Ainda que o princípio da nulidade do ato jurídico continue a ser a regra no Direito brasileiro, passou-se a admitir, desde que respeitada a premissa da irretroatividade, o afastamento da nulidade em casos específicos por meio da modulação dos efeitos, no caso de atos de efeitos concretos, bem como da postergação da vigência e da adoção de regras de transição. A essas situações dá-se o nome de regime de transição<sup>91</sup>.

A decisão sobre aplicar ou não esse regime no caso concreto é discricionária do administrador. Contudo, essa discricionariedade não pode ser ampla e irrestrita porque a decisão perpassa não apenas por critérios técnicos, mas pela proporcionalidade. Além disso, também nesses casos, deve-se garantir ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade<sup>92</sup>.

Não custa, portanto, repisar que, na esfera da discricionariedade técnica, as decisões administrativas exigem fundamentação técnica com demonstração racional dos motivos e observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade<sup>93</sup>. Especificamente nos atos decorrentes do exercício da prerrogativa administrativa para a edição de atos normativos, inclusive no que tange à decisão de adoção ou não de regime de transição, faz-se mister que a Administração demonstre, de forma detalhada, o exame das prováveis consequências da decisão acerca do regime de transição.

O capítulo seguinte propõe-se a examinar recente ato normativo que traz disposições relacionadas à discricionariedade técnica e à segurança jurídica, além de prever expressamente o regime de transição.

## **5. EXAME DA LEI Nº 13.655/18 À LUZ DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA.**

---

<sup>90</sup> SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação**. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/teresa-arruda-alvim-modulacao-olhar-partir-lei-13655>

<sup>93</sup> ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade Técnica**. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito Administrativo e Constitucional.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Essa Lei decorre do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349, de 2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia, o qual foi posteriormente modificado tanto em razão das deliberações no próprio Congresso Nacional quanto dos vetos do Presidente da República.

Essas modificações, porém, não retiraram o caráter principal do Projeto, qual seja: conferir segurança jurídica aos administrados e garantir a eficiência da Administração Pública. Merece menção o seguinte trecho da justificativa do PLS<sup>94</sup>:

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

Esse projeto foi elaborado pelo Senador em conjunto com dois juristas: Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Na justificativa do projeto consta uma breve análise feita pelos professores, a qual também consta de obra destes, da situação jurídica à época e que justificava a existência do referido PLS. *In verbis*:

O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma; - A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; - A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; - A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo isco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle. - Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública<sup>95</sup>.

Com base na apresentação desse contexto, passa-se ao exame do art. 1º da Lei nº 13.655, de 2018, que inclui uma série de artigos à LINDB. Este trabalho levará em consideração os arts. 20, 21, 23, 24, 29 e 30 da Lei<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> BRASIL, 2015. Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, p. 5. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&ts=1567532405298&disposition=inline>

<sup>95</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações Públicas e Seu Controle**. 2013: Malheiros, p. 278

<sup>96</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação

O art. 20 traz em seu bojo a noção do consequencialismo na lógica da AED<sup>97</sup> e abre a margem necessária para o emprego na esfera da atuação administrativa de metodologias para tomada de decisão, como a análise custo-benefício<sup>98</sup>. Essa noção de consequencialismo, de certa maneira, permeia todo o espírito do novel ato normativo. Esse termo pode ser definido como:

(...) a característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito. O consequencialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento

---

demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

<sup>97</sup> O consequencialismo traz em seu bojo os próprios fundamentos da AED, a qual propõe uma análise descritiva, calcada no estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções de eficiência, redução de custos, valor e utilidade. A AED investiga os efeitos de determinadas normas sobre o comportamento das pessoas e se os objetivos alcançados por uma norma são os socialmente desejados, ainda que reconhecendo a racionalidade limitada dos agentes e a tomada de decisões em condições de incerteza. A AED, ao assumir os pressupostos da racionalidade, ainda que limitada, e de que os agentes reagem aos incentivos, bem como que a lei é um dos vários sistemas de incentivo a que estão sujeitos, pressupõe que as alterações normativas devem ser precedidas de avaliação de consequências.

<sup>98</sup> DALMARCO, Artur Rodrigues. **Que tipos de incentivos a Lei nº 13.655/2018 produzirá sobre agentes públicos? Uma análise sobre os novos comandos estruturais que foram inseridos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/que-tipos-de-incentivos-lei-no-13-655-2018-produzira-sobre-os-agentes-publicos-08052018>

significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa<sup>99</sup>.

É importante destacar que o art. 20 não veda a utilização de valores jurídicos abstratos, mas obriga a avaliação de consequências práticas da adoção de determinado valor abstrato, com o objetivo de verificar a compatibilidade entre a decisão e o valor invocado. Esse processo exige, portanto, o exame técnico-científico, com base em uma lógica de causa e efeito<sup>100</sup>.

Entretanto, deve-se atentar que a obrigação criada pelo dispositivo não pode significar a imposição à autoridade uma condição sobrehumana de avaliação técnica. A essa avaliação deve-se somar análises com base no princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>101</sup>. Na prática, o art. 20 tornou inquestionável a necessidade de aplicação desse princípio, como inafastável requisito de validade do ato<sup>102</sup>.

Assim, isso não significa que a Lei tenha estabelecido um regime de preponderância irrestrita do consequencialismo em detrimento dos demais institutos e teorias do Direito. Antes de tudo, trata-se da exigência de que a autoridade leve em conta as consequências práticas das decisões adotadas<sup>103</sup>. Repisamos, portanto, a visão de consequencialismo adotada neste trabalho, qual seja, o consequencialismo no bojo da AED.

A Lei nº 13.655, de 2018, não cria necessariamente a obrigatoriedade da adoção do consequencialismo como abordagem exclusiva ou prioritária. Ela exige a conciliação desses valores com o exame das consequências “por meio de um discurso jurídico que possa considerar, ao mesmo tempo, os valores que devem orientar a decisão com as

---

<sup>99</sup> SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 47.

<sup>100</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

<sup>101</sup> Especificamente no caso de atos e decisões regulatórias, o consequencialismo perpassa, de certo modo, pelo próprio conceito de espaço regulatório, para avaliação de possíveis consequências. A resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, fatores esses que determinarão maiores ou menores graus de intervenção. Essa resposta pressupõe uma atuação conjunta entre reguladores e regulados, condição para o êxito da regulação no contexto de capitalismo avançado.

<sup>102</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

respectivas consequências práticas, sem o que pode haver o comprometimento da eficácia dos próprios valores que a decisão procurou implementar ou de outros valores ou interesses que não foram devidamente considerados ou sopesados no processo decisório<sup>104</sup>.

Também o art. 21 se coaduna com a visão consequencialista da AED ao dispor que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas<sup>105</sup>.

Essas consequências devem ser examinadas como estados de fato compatíveis com o ordenamento jurídico, exequíveis, certos ou prováveis, imediatos ou imediatos futuros e baseados em causalidade direta, lógica e em evidência empírica<sup>106</sup>. Por certo, essas exigências devem ser lidas à luz do que chamamos neste artigo de consequencialismo ponderado, sob pena de atribuirmos à Administração deveres inexecutáveis, conforme relatamos acima.

O consequencialismo também compõe a lógica dos arts. 2º a 4º<sup>107</sup> do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que tratam principalmente da motivação das decisões

---

<sup>104</sup> FRAZÃO, Ana. **A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Perspectivas e riscos do consequencialismo e do 'consequenciachismo'**. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>.

<sup>105</sup> SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa. § 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram. § 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. § 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expreso, as suas consequências jurídicas e administrativas. § 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação. § 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. § 3º Quando cabível, a

administrativas e da necessidade de consideração e análise de consequências práticas delas.

Em última análise, esses dispositivos examinados buscam aproximar direito e sociedade, bem como viabilizar o próprio controle da eficácia da Administração Pública. Parte-se de ideia muito próxima à do realismo americano de um direito vivo, construído na prática e com interesse de considerar determinados fatos empíricos para estudar as mudanças das normas jurídicas por meio das realidades sociais<sup>108</sup>.

O artigo 23 da Lei privilegia especialmente a segurança jurídica, inclusive com exigência de adoção de regime de transição pela Administração quando esta for indispensável à concretização desse princípio. Ainda que o texto explicita que a exigência se aplica apenas ao caso interpretação ou orientação nova sobre norma de 'conteúdo indeterminado', como esse próprio conceito é vago, existe a possibilidade de aplicação dessa regra a uma ampla gama de casos<sup>109</sup>. O art. 7º<sup>110</sup> do Decreto regulamenta o regime de transição.

Destaca-se, ainda, que o dispositivo fixa o núcleo de incidência da norma sobre decisões administrativas, controladoras ou judiciais que estabeleçam interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito.<sup>111</sup>

---

decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. § 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado: I - restringir os efeitos da declaração; ou II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido. § 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

<sup>108</sup> MORAIS, Fausto Santos de. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica** vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523

<sup>109</sup> ALVIM, Teresa Arruda. **Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/teresa-arruda-alvim-modulacao-olhar-partir-lei-13655>

<sup>110</sup> Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá: I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários; II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

<sup>111</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

O dispositivo debruça-se, portanto, sobre decisões que criem novo dever ou novo condicionamento de Direito, ou seja, decisões de caráter inovador<sup>112</sup>. Por esse motivo o dever de motivação é inerente ao comando estabelecido por esse dispositivo.

Aqui, merece atenção o fato, do qual já tratamos, de que não é somente a lei que inova no ordenamento jurídico. O poder regulatório diverge do poder regulamentar, uma vez que as agências atuam com base na discricionariedade técnica e proferem decisões que inovam no ordenamento, seja quando editam atos normativos ou mesmo quando proferem decisões que inauguram interpretação ou delimitação que antes inexistia ou possuía sentido diverso do anterior. Assim, entende-se que o conteúdo do art. 23 alcança, assim, os atos normativos regulatórios.

O art. 24 trata especificamente do princípio da irretroatividade. Segundo esse dispositivo, para se verificar a validade de ato, contrato ou norma, devem-se levar em conta, como parâmetros, as orientações urgentes à época da ocorrência desses, e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior. A melhor exegese é a de que esse artigo visa garantir que os agentes que atuem em conformidade com interpretações vigentes à época dos atos não podem ser punidos por mudanças na interpretação<sup>113</sup>. Não pode ser outra a interpretação dada aos arts. 5º e 6º<sup>114</sup> do Decreto. Também nesses casos está presente a exigência de motivação, aqui especificamente em

---

<sup>112</sup> CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> Art. 5º. A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época. § 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral. § 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso. § 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. § 4º A decisão a que se refere o caput será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º. § 2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais. § 3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

relação à mudança de interpretação normativa (estabelecimento de novas orientações gerais).

Importante destacar que, ao mencionar expressamente a revisão do ato, contrato ou norma, não se está restringindo a situações de anulação do ato administrativo. O objetivo do dispositivo vai mais no sentido de reforçar a necessidade de se observar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade da lei, deixando claro que a instituição de nova interpretação pode ensejar, portanto, efeitos semelhantes ao de uma nova lei. Em outras palavras, a lei reconhece que novas interpretações podem ser adotadas, mas estabelece que seus efeitos devem se projetar para o futuro<sup>115</sup>.

O art. 29 da Lei trata da consulta pública. Ainda que o dispositivo utilize expressamente o termo ‘poderá’, a melhor interpretação é a de que, na realidade, trata-se de um dever, uma vez que, se não fosse esse o entendimento, não faria sentido excepcionalizar os casos de normas de organização interna. Além disso, a disposição no § 2º de postergação de vigência somente faz sentido se a norma, de fato, cria um dever. Nesse aspecto, a consulta pública, que pressupõe a própria motivação do ato, seria requisito de validade deste<sup>116</sup>.

Além disso, cabe destacar que a regra do dispositivo destina-se especialmente aos atos regulatórios, ou seja, atos gerais e abstratos que afetam os direitos dos particulares<sup>117</sup>. Também no caso desse dispositivo, o Decreto, dessa vez por meio do art. 18<sup>118</sup>, regulamenta esse dever.

Por fim, o art. 30 versa sobre o dever de instauração de segurança jurídica<sup>119</sup> por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa. Em termos

---

<sup>115</sup> CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

<sup>116</sup> MONTEIRO, Vera. O art. 29 da LINDB: Regime jurídico da consulta pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> Art. 18. A edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º. § 2º A convocação de consulta pública conterá a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições. § 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação. § 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

<sup>119</sup> Sobre o assunto, destacam-se os seguintes casos:

gerais, esse dispositivo gera dois desdobramentos: (i) a institucionalização do efetivo respeito às decisões de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas; e (ii) a estabilização institucional dessas decisões, o que favorece a previsibilidade e a racionalidade, gerando incentivos coerentes aos administrados<sup>120</sup>, especialmente importante no cenário atual de complexidade normativa, conforme já mencionado.

Ao tutelar a previsibilidade, a igualdade e a imparcialidade, o dispositivo não nega o caráter argumentativo do Direito e a própria pluralidade que lhe ínsita, mas visa permitir o adequado controle dos atos decisórios, por meio da justificação das decisões e suas vinculações aos precedentes, o que tende a contribuir para a redução dos níveis de litigância<sup>121</sup>. Por oportuno, destacam-se os arts. 20 a 24<sup>122</sup> do Decreto que versam sobre os instrumentos de institucionalização da segurança jurídica.

---

1) Incidente de Uniformização de Jurisprudência Cível, Processo nº 0003019-48.2018.8.19.9000, por meio do qual o Banco Central do Brasil, manifestou-se nos seguintes termos: “2. Inicialmente, esta autarquia informa que não possui interesse em atuar como *amicus curiae* no incidente de uniformização de jurisprudência cível em questão, por envolver matéria consumerista e interesse exclusivo dos consumidores de serviços bancários e das instituições financeiras envolvidas, que refogem às atribuições regulatórias do Banco Central. 3. Entretanto, com o intuito de contribuir para a ampliação da segurança jurídica, o Banco Central se manifesta, na forma do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apresentando as seguintes considerações (...)”.

2) Parecer Jurídico nº 537/2018-BCB/PGBC, de 23 de agosto de 2018, por meio do qual a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) encaminhou Carta ao Procurador-Geral do Banco Central do Brasil (PGBC), por meio da qual solicitou pronunciamento da Autarquia a respeito de sistemática destinada à troca de informações de cotistas do Fundo PIS-PASEP entre as instituições financeiras, com a finalidade de operacionalizar o pagamento dos recursos de titularidade desses cotistas de forma automática, isto é, sem a necessidade de solicitação dos interessados. No caso, a PGBC manifestou-se *in verbis*: 8. A consulta feita pela Febraban se coloca em termos abstratos, embora a entidade forneça algumas informações sobre o que se pretende fazer relativamente à troca de dados entre as instituições para encontrar as contas correntes ou de poupança dos cotistas do PIS-PASEP. 9. Sobre consultas da espécie, isto é, consultas em tese, a Procuradoria-Geral (PGBC) tem-se pronunciado reiteradamente no sentido de que o Banco Central não tem o dever legal de responder a questionamentos em abstrato, até mesmo às instituições que exercem atividades sujeitas a sua supervisão. 2 Não obstante, o ordenamento brasileiro foi recentemente inovado com a inclusão de dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que passou a prever que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. 4 Parece-me que, à luz da nova regra legal, o Banco Central poderia passar a responder a consultas em tese, sempre que o interesse público o recomendasse, com o fim de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas”. O referido Parecer tem caráter ostensivo e o acesso foi obtido por meio do sistema Fale Conosco do Banco Central.

<sup>120</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

Art. 20. O parecer do Advogado-Geral da União de que tratam os art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho presidencial, vincula os órgãos e as entidades da administração pública federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 1º O parecer do Advogado-Geral da União aprovado

Com base no exposto, observamos que o regime jurídico da nova LINDB, especificamente no que tange aos dispositivos mencionados, de modo geral, positiva no ordenamento enunciados que reforçam os fundamentos que já vinham sendo levantados pela doutrina, especialmente no que tange: (i) às ponderações dos teóricos da Análise Econômica do Direito e sua aplicação sobre o Direito Administrativo por meio do conceito de discricionariedade técnica; e (ii) ao estudo sobre segurança jurídica de acordo com a vertente que busca superar a visão tradicional calcada nos institutos clássicos (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) e examina os desafios da estabilidade na mutação e os regimes de transição.

A Lei nº 13.655, de 2018, e o respectivo Decreto reforçam, acima de tudo, os deveres de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade no intuito de garantir ao administrado a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade dos atos, contratos e normas emanados pela Administração, especialmente aqueles que inovam no ordenamento jurídico. Ainda, busca garantir à própria Administração e ao Poder Judiciário o controle dessas ações.

As decisões com amparo em discricionariedade técnica buscam sua legitimidade justamente na *expertise* daquele que toma a decisão. Para tanto, os deveres de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade são inerentes à própria atividade regulatória, bem como pressupostos para o exercício do controle administrativo.

As decisões regulatórias devem demonstrar por que consideram que a decisão tomada é a melhor segundo as leis, métodos e os prognósticos de sua técnica, o que pressupõe o exame das prováveis consequências da norma a ser expedida, inclusive sob perspectiva técnica, para além das prescrições legais.

---

pelo Presidente da República, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. § 2º Os pareceres de que tratam o caput e o § 1º têm prevalência sobre outros mecanismos de uniformização de entendimento.

Art. 21. Os pareceres das consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico, de que trata o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aprovados pelo respectivo Ministro de Estado, vinculam o órgão e as respectivas entidades vinculadas.

Art. 22. A autoridade que representa órgão central de sistema poderá editar orientações normativas ou enunciados que vincularão os órgãos setoriais e seccionais. § 1º As controvérsias jurídicas sobre a interpretação de norma, instrução ou orientação de órgão central de sistema poderão ser submetidas à Advocacia-Geral da União. § 2º A submissão à Advocacia-Geral da União de que trata o § 1º será instruída com a posição do órgão jurídico do órgão central de sistema, do órgão jurídico que divergiu e dos outros órgãos que se pronunciaram sobre o caso.

Art. 23. A autoridade máxima de órgão ou da entidade da administração pública poderá editar enunciados que vinculem o próprio órgão ou a entidade e os seus órgãos subordinados.

Art. 24. Compete aos órgãos e às entidades da administração pública manter atualizados, em seus sítios eletrônicos, as normas complementares, as orientações normativas, as súmulas e os enunciados a que se referem os art. 19 ao art. 23.

Na avaliação das possíveis consequências de decisões regulatórias, inserida no âmbito do próprio exame de fundamentação técnica, motivação e proporcionalidade, o conceito de espaço regulatório pode ser útil para compreendermos possíveis ações dos reguladores no intuito de regular o mercado da melhor forma possível. Uma vez que essa teoria pressupõe que a resposta regulatória deve incidir tanto na estrutura do mercado quanto na motivação dos agentes, a atuação conjunta entre reguladores e regulados passa a ser condição para o êxito da regulação.

É sob o substrato teórico apresentado ao longo deste trabalho que analisaremos a recente atuação do Banco Central do Brasil no âmbito do projeto do *sandbox* regulatório.

## **6. O SANDBOX REGULATÓRIO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL**

Tradicionalmente, a atuação dos órgãos reguladores tem sido pautada principalmente por processos pouco flexíveis e em resposta a práticas de mercado que já se encontram amplamente difundidas. Trata-se de uma postura mais reativa dos reguladores frente à evolução das condutas dos regulados<sup>123</sup>.

Não obstante, com a evolução tecnológica e o surgimento das *fintechs* (empresas do setor financeiro intensivas em tecnologia e ofertantes de produtos e serviços disruptivos), tornou-se claro que, em relação a produtos e serviços para os quais existiria uma certa zona cinzenta regulatória<sup>124</sup>, havia uma desconexão entre o arcabouço normativo-regulatório tradicional e o novo funcionamento do mercado regulado<sup>125</sup>.

Assim, para fazer frente a esses desafios, os reguladores financeiros passaram a buscar a adoção de processos regulatórios mais adaptados à nova realidade. Foi nesse

---

<sup>123</sup> COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018.

<sup>124</sup> As chamadas “zonas cinzentas” são muito comuns no âmbito das novas tecnologias, por meio das quais serviços são prestados de maneira inovadora – as vezes não facilmente enquadráveis nos serviços financeiros clássicos. Nesses casos, há uma dificuldade mútua (do regulador e dos participantes do mercado) em reconhecer como o negócio prestado deve ser enquadrado do ponto de vista das atividades típicas. COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

<sup>125</sup> VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

sentido que surgiram os *sandboxes* regulatórios em mercados financeiros de vários países<sup>126</sup>.

No âmbito da teoria da regulação, o *sandbox* regulatório é um “instrumento regulatório de fomento baseado em incentivo regulatório por meio de experimentalismo estruturado<sup>127</sup> tendo como pilar indutivo a isenção normativo-regulatória<sup>128</sup> temporária”<sup>129</sup>.

O objetivo desse instrumento é permitir que o regulador tenha acesso a informações relacionadas a novos produtos e serviços ofertados pelas instituições participantes do processo. Em um ambiente controlado, ocorrem testes, monitoramento e avaliação das iniciativas, por meio de uma estratégia de aproximação entre regulador e regulado<sup>130</sup>. Destaca-se, ainda, que o *sandbox* regulatório deve necessariamente possuir escopo limitado, em razão de instituir um regime regulatório diferenciado<sup>131</sup>.

No âmbito da regulação financeira, o *sandbox* pode ser definida como o regime de

autorização temporária dada pelos reguladores financeiros para que empresas inovadoras (selecionadas por meio de um processo seletivo) sejam autorizadas a conduzir seus negócios dentro de um regime regulatório mais flexível, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador. Há, aqui, um desconto regulatório para empresas que, devido a seu estágio inicial, não teriam porte para cumprir as exigências regulatórias aplicáveis aos provedores de serviços financeiros clássicos<sup>132</sup>.

---

<sup>126</sup> Ibidem.

<sup>127</sup> O experimentalismo é uma abordagem pragmática e consequencialista por parte do Estado. No âmbito regulatório, essa abordagem propõe a intervenção por indução, bem como a adoção de medidas regulatórias marcadas por temporariedade, flexibilidade, falibilidade, adaptabilidade, aprendizado dinâmico e monitoramento. A intervenção por indução visa a proteção ou a promoção do objeto fomentado (sem coação), a ausência de compulsoriedade e a satisfação indireta de necessidades públicas. Busca, assim, um fim de utilidade geral sem impor qualquer prejuízo à liberdade dos administrados, os quais, estimulados pela administração, cooperam voluntariamente. VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

<sup>128</sup> Apenas nos casos em que haja previsão expressa no projeto do *sandbox* é que pode haver a derrogação temporária de normas vigentes. Deve haver, ainda, o detalhamento sobre os requisitos e regras que irão nortear o deferimento de isenção regulatória. Destaca-se, porém, que essa derrogação não significa a ausência de normas uma vez que os participantes devem observar as regras do próprio programa. VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

<sup>129</sup> VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 128.

<sup>130</sup> VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 266.

Especificamente para as *fintechs*, os benefícios do *sandbox* regulatório são normalmente associados a: (i) diminuição do custo regulatório; (ii) maior acesso a financiamento; (iii) redução do tempo de maturação de produtos e serviços inovadores; (iv) mitigação dos riscos, inclusive para os consumidores; e (v) celeridade na resposta regulatória ao mercado<sup>133</sup>.

De acordo com o *Finacial Conduct Authority* (FCA), autoridade de regulação de conduta de instituições financeiras do Reino Unido, o *sandbox* regulatório permite que as empresas testem proposições inovadoras no mercado com consumidores reais. Trata-se de um regime aberto a empresas autorizadas cujo objetivo é fornecer às empresas do mercado: (i) capacidade de testar produtos e serviços em um ambiente controlado; (ii) comercialização de produtos e serviços a um custo potencialmente mais baixo; (iii) auxílio na identificação de salvaguardas adequadas de proteção ao consumidor para incorporação de novos produtos e serviços; (iv) melhor acesso a financiamento; e (v) acesso a ferramentas de autorização restrita, orientação individual, renúncias e cartas de ação de não execução<sup>134</sup>.

No caso do *sandbox* do BCB, assim como no do FCA, o regime está aberto apenas a empresas autorizadas e se constitui em um regime temporário<sup>135</sup>.

Deve-se destacar, porém, que, ainda que existam características gerais comuns entre os regimes dos países, não há um procedimento único para *sandbox* regulatório. As

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>

<sup>135</sup> Retomamos a notícia divulgada pelo BCB, já mencionada na introdução deste trabalho: “o *sandbox* regulatório é a aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado e busca permitir que empresas testem serviços e produtos financeiros inovadores em um ambiente controlado. Durante esse período, essas empresas podem receber dos agentes reguladores orientações personalizadas sobre como interpretar e aplicar a regulação cabível. Ao mesmo tempo, os órgãos controladores têm acesso aos resultados obtidos e podem avaliar os riscos associados aos novos produtos. Assim, ao fim da experiência, a Administração pode restringir ou regulamentar as inovações”.

A adstrição do procedimento apenas a empresas autorizadas também consta em Coutinho Filho (2018). Senão, vejamos: “Esse regime consiste em uma autorização temporária dada pelos reguladores financeiros para que empresas inovadoras (selecionadas por meio de um processo seletivo) sejam autorizadas a conduzir seus negócios dentro de um regime regulatório mais flexível, desde que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto ao regulador. Há, aqui, um desconto regulatório para empresas que, devido a seu estágio inicial, não teriam porte para cumprir as exigências regulatórias aplicáveis aos provedores de serviços financeiros clássicos”. COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

variações de cada modelo decorrem diretamente do ordenamento jurídico e do aparato institucional vigentes em cada jurisdição<sup>136</sup>.

De acordo com o art. 3º da minuta de ato conjunto, previsto no Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, *in verbis*:

Art. 3º O Sandbox Regulatório é um ambiente em que entidades serão autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, a fim de testar, por período determinado, projeto inovador na área financeira e de pagamento observando um conjunto específico de disposições regulamentares que amparam a realização controlada e delimitada de suas atividades<sup>137</sup>.

Nos termos do art. 5º da minuta de ato normativo conjunto *supra*:

Art. 5º A regulamentação e a condução do Sandbox Regulatório serão regidas pelos seguintes princípios:

I - estímulo à inovação e à diversidade de modelos de negócio no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

II - aumento da eficiência e redução de custos no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema de Pagamentos Brasileiro;

III - promoção da concorrência e da inclusão financeira;

IV - atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial a liberdade de escolha, segurança, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório,

privacidade e proteção de dados pessoais, acesso a informações claras e completas e condições

adequadas de fornecimento de produtos e de serviços;

V - aumento da confiabilidade, qualidade e segurança dos produtos e serviços;

VI - aprimoramento da regulamentação de assuntos de competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil; e

VII - aprimoramento da atuação da supervisão do Banco Central do Brasil<sup>138</sup>.

No âmbito jurídico, de acordo com a Constituição Federal, é competência privativa da União legislar sobre sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais, bem como política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores<sup>139</sup>. Nesse sentido, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, estabelece que cabe ao Conselho Monetário Nacional (CMN) regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas à Lei, bem como a aplicação das penalidades

---

<sup>136</sup> COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018, p. 270.

<sup>137</sup> BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

<sup>138</sup> BRASIL, 2019. **Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019**. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

<sup>139</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores.

previstas<sup>140</sup>. Além disso, esse mesmo ato normativo atribui ao BCB a função de conceder autorização às instituições financeiras<sup>141</sup>. Destaca-se que a administradoras de consórcio<sup>142</sup> e as instituições de pagamento<sup>143</sup> são reguladas por atos normativos próprios. Além disso, cumpre informar que, ainda que possua competências regulatórias, o BCB não é uma agência reguladora, em sentido estrito.

O Edital de Consulta Pública 72/2019, do Banco Central do Brasil, menciona como base jurídica da minuta de ato normativo conjunto dispositivos legais<sup>144</sup>, inclusive dos atos normativos supramencionados. Nenhum deles, porém, dispõe, ainda que de forma indireta, a possibilidade de instituição de um modelo regulatório com as características do *sandbox*.

De outra sorte, não há exigência de que o regime regulatório seja único ou fixo ou de um processo autorizativo que vincule a Administração. Pelo contrário. Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a atividade regulatória é embasada na discricionariedade técnica, o que pressupõe a revisão constante dos atos regulatórios. As características próprias da ordenação da economia, marcada por conceitos indeterminados, fundamentação finalística e existência de conceitos técnicos de outras ciências, que não oferecerem grandes zonas de certezas (negativa e positiva), conformam um campo do Direito Administrativo Econômico que favorece a discricionariedade da Administração Pública e, de certo modo, a flexibilidade do processo (obviamente, observados os princípios gerais do Direito Administrativo).

---

<sup>140</sup> Lei nº 4.595, de 1964: Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: (...) VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.

<sup>141</sup> Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos; g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

<sup>142</sup> Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008.

<sup>143</sup> Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.

<sup>144</sup> São eles: Arts. 23 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, 4º, incisos V, VI, VIII e XXXI, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, 9º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, 10-A, § 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, 3º-B, inciso I, da Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994, 18, § 4º-B, e 27-B, inciso I, da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, 3º-A, inciso I, e 35-B, inciso I, da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 7º, inciso III, da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, 12 da Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009, 22, inciso II, e 28, inciso II, da Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, 7º e 9º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e 11 da Lei nº 13.775, de 20 de dezembro de 2018, combinado com o art. 1º do Decreto nº 9.769, de 16 de abril de 2019. BRASIL, 2019. Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019. Banco Central do Brasil, p. 4. Disponível em: file:///C:/Users/Dell/Downloads/EditalConsultaPublica72.pdf

Além disso, em regra, a autorização é um ato administrativo discricionário, unilateral e precário “pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração”<sup>145</sup>.

Apesar disso, poder-se-ia argumentar que a falta de disposição normativa que fundamente expressamente um regime regulatório temporário e diferenciado, a que denominamos de *sandbox*, poderia trazer certa insegurança jurídica aos reguladores; no caso deste trabalho, especificamente ao BCB, cujas iniciativas sobre essa inovação regulatória estão apenas começando.

Por oportuno, destaca-se, em relação a essa autarquia, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.591/DF, em que restou pacificada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às atividades das instituições financeiras, o Supremo Tribunal Federal exarou o entendimento de que, por falta de autorização legislativa expressa, o CMN não teria competência para regular as relações de consumo entre clientes e essas instituições. De acordo com a Corte, esse órgão é titular da capacidade normativa de conjuntura

no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras (...). Tudo quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. A produção de atos normativos produzidos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade<sup>146</sup>.

Essa decisão, ainda que adstrita ao objeto da ADI, ao reforçar o pressuposto da legalidade estrita da atividade regulatória do BCB, não pode ser desconsiderada como um fator que poderia trazer insegurança à implementação do *sandbox* regulatório no âmbito dessa autarquia.

Não obstante, entende-se que essa insegurança estaria mitigada pela edição da Lei nº 13.655, de 2018, especialmente em função da exigência<sup>147</sup> de adoção do regime de

---

<sup>145</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 190.

<sup>146</sup> Ementa da ADI 2.591-DF.

<sup>147</sup> Por oportuno, convém reforçar que a melhor exegese é a de a adoção desse regime não deve ser ampla e irrestrita, sob pena de anular a discricionariedade técnica, própria do regulador. Cabe à Administração avaliar a necessidade ou não de transição no caso concreto. Esse exame deve ser feito com base na técnica

transição nos casos de decisão que estabeleça interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito<sup>148</sup>.

Pode-se argumentar<sup>149</sup> que o *sandbox* regulatório seria, assim, uma das formas de o BCB adotar um regime de transição no mercado financeiro ao prever, para os casos de atos normativos regulatórios que inovem no ordenamento jurídico, a postergação da vigência ou a adoção de regras de transição. Estas podem se consubstanciar em normas que estabeleçam, por meio de experimentalismo estruturado, isenção normativo-regulatória temporária, regras específicas de autorização, testes, monitoramento e avaliação das iniciativas, bem como formas de indução de comportamento.

Assim, a criação, pelo BCB, desse regime de autorização temporária, com um certo desconto regulatório, concedida a empresas inovadoras do mercado regulado e que obedeçam a parâmetros previamente acordados junto à autarquia configurar-se-ia na instauração do regime de transição previsto na Lei. O regime de transição insere-se na lógica do consequencialismo, na lógica da AED, e busca privilegiar, ao mesmo tempo, a discricionariedade técnica e a segurança jurídica.

Em última instância, o poder-dever, devidamente fundamentado, de adoção de um regime de transição confere ao BCB as condições para exame técnico-científico do mercado e das consequências das decisões aventadas, bem como permite às instituições que operem no mercado regulado participarem mais ativamente das decisões regulatórias, conferindo maior segurança jurídica às suas atividades.

O regime de transição (e a própria sistemática da Lei como um todo) reforça, portanto, especialmente no contexto atual do mercado financeiro, a importância de atuação conjunta de reguladores e regulados como condição de êxito da regulação, na linha do que propõe a Teoria do Espaço Regulatório.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

e na proporcionalidade e em critérios que avaliem se o regime poderá conferir cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade ao administrado. Em todos os casos, a decisão deve ser motivada.

<sup>148</sup> Nesse ponto, não custa repisar que, em geral, os atos normativos regulatórios têm o caráter de inovar no ordenamento jurídico, de forma que, a rigor, estariam enquadrados na exigência de adoção do mencionado regime.

<sup>149</sup> Ainda que a Lei nº 13.655, de 2018, não estabeleça de forma expressa a possibilidade de adoção do *sandbox* regulatório, os argumentos apresentados neste artigo e as próprias disposições da mencionada Lei permitem argumentar que esse regime diferenciado pode ser caracterizado como regime de transição.

O presente trabalho consubstanciou-se em pesquisa bibliográfica acerca da iniciativa, ainda incipiente, de implementação do *sandbox* regulatório pelo Banco Central do Brasil, com o objetivo de examinar se essa implementação depende de legislação específica sobre o tema.

A hipótese do trabalho era a de que a Lei nº 13.655, de 2018, cria um sistema normativo propício à implementação do *sandbox* regulatório pelo BCB, de forma que o ordenamento jurídico já conta com diploma normativo que confere segurança jurídica para a adoção desse regime, prescindindo essa autarquia de ato normativo específico sobre o tema.

Com base no marco teórico adotado, na análise doutrinária sobre a mencionado Lei e respectivo Decreto que a regulamenta, na bibliografia sobre o *sandbox* regulatório e nos documentos publicados pelo BCB acerca desse regime, concluiu-se pela confirmação da referida hipótese de pesquisa.

A referida Lei, ao dispor sobre a adoção de regime de transição e trazer disposições aderentes ao consequencialismo, na lógica da AED, supre lacuna de disposição normativa expressa sobre o *sandbox* regulatório do BCB, entidade cuja competência é regulada especialmente pela Lei nº 4.595, de 1964, a qual é silente em relação a um regime regulatório diferenciado.

O *sandbox* regulatório seria uma das formas de o BCB adotar um regime de transição no mercado financeiro ao prever, para os casos de atos normativos regulatórios que inovam no ordenamento jurídico, a postergação da vigência ou a adoção de regras de transição.

Em última análise, a Lei nº 13.655, de 2018, reforça a discricionariedade técnica dessa autarquia e lhe confere o poder decisório, devidamente fundamentado, de adotar ou não um regime de transição regulatória que contemple entidades expressamente autorizadas. Nos casos em que decida de forma motivada adotar o regime, passa a poder acessar os resultados obtidos pelos regulados e avaliar os riscos associados aos novos produtos financeiros no mercado.

Com isso, entende-se que o novel ato normativo confere ao BCB a base legal para adotar um processo regulatório ativo, que lhe permita criar as condições para análise do mercado e para a edição de atos normativos que gerem incentivos regulatórios eficazes. Esse processo reforça, portanto, especialmente no contexto atual do mercado

financeiro, a importância de atuação conjunta de administradores e administrados como condição de êxito da regulação, na linha do que propõe a Teoria do Espaço Regulatório.

Além disso, a mencionada Lei cria uma sistemática jurídica que confere maior segurança jurídica para que os entes regulados tenham incentivos a participar do *sandbox* regulatório, tendo em vista que esse regime permitirá conferir às empresas financeiras cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade, viabilizando instrumentos para que o mercado continue inovando.

Assim, garante-se a flexibilidade normativa que a atividade regulatória requer, ao mesmo tempo em que especialmente as *fintechs* têm maior previsibilidade sobre suas condutas. Elas podem se beneficiar de maior previsibilidade acerca da juridicidade de suas condutas, podendo, inclusive, adaptá-las, ou ao menos iniciar o processo de adaptação, antes da edição de ato regulatório.

Com base no exposto, entende-se que o BCB pode encontrar na sistemática da LIND a segurança jurídica que lhe permita a aplicação de requisitos regulatórios diferenciados por período limitado a empresas inovadoras expressamente autorizadas.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVIM, Teresa Arruda. *Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018*. Conjur.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Ayres, Ian; John, Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford Socio-Legal Studies. New York. Oxford University Press. 1992

BRASIL, 2015. *Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015*.

BRASIL, 2019. *Edital de Consulta Pública 72/2019, de 28 de novembro de 2019*. Banco Central do Brasil.

CÂMARA, Jacintho Aruuda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. *Revista Digital de Direito Administrativo*. Universidade de São Paulo. vol. 5, n. 2, 2018.

DALMARCO, Artur Rodrigues. *Que tipos de incentivos a Lei nº 13.655/2018 produzirá sobre agentes públicos? Uma análise sobre os novos comandos estruturais que foram inseridos na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*. Jota.

EISENHARDT, Kathleen. Building theories from case study research. *Academy of Management Review*. New York, New York, v. 14 n. 4. 2019.

FRAZÃO, Ana. *A importância da análise de consequências para a regulação jurídica. Perspectivas e riscos do consequencialismo e do 'consequenciachismo'*. Jota, 2019.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 45.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. Teoria e Prática*. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2006.

HANCHER, Leigh; MORAN, Michael. *Capitalism, Culture and Regulation*. Oxford University Press, 1989.

JASPER, Eric Hadmann. *O desencanto da economia. Dissertação de Mestrado*. Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília. Brasília, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

LIMA LOPES, José Reinaldo. *Raciocínio jurídico e economia*. Faculdade de Direito da USP. Escola de Direito de São Paulo (EDESP-FGV).

MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado regulador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013

MARCATO, Marília Bassetti; MARTINZ, Felipe Pasini P. A tomada de decisão do agente econômico: uma breve discussão sobre incerteza e a Teoria do Prospecto. *Revista Economia Ensaios*. Uberlândia (MG), 28 (1), p. 47-66, Jul./Dez. 2013

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB: O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do estado regulador. *Revista CEBRAP* nº.76. São Paulo, nov. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTEIRO, Vera. O art. 29 da LINDB: Regime jurídico da consulta pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018

MOREIRA, Egon Bockmann, PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

MOURA FÉ, Carlos Frederico de. *Agências reguladoras e reforma do Estado brasileiro: insulamento Burocrático ou democratização do Estado? Um estudo multicaso (Aneel, Anatel, Anvisa e ANS)*. Dissertação Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2003.

MORAIS, Fausto Santos de. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. *Revista Jurídica* vol. 04, nº. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes. *Banco Central ganha prêmio de melhor iniciativa de sandbox do mundo*. Jota. INOVA&AÇÃO. Julho, 2019.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes; OIOLI, Erik Frederico. Sandboxes e Regulação de Inovação Financeira Disruptiva por meio de Fintechs. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, v. 7, n. p. 113-146, 16/05/2018.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 57, p. 85-138, 2010

POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulanete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães. *Estudos sobre negócios e contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. Almedina, Coimbra, 2017.

MATTOS, Paulo (coord). *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34. 2004. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 50, n. 1999, p. 42, jul./set. 2013.

ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica*. 2012. 349 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB*, Ano 1 (2012), nº 1.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 225-242, nov. 2018

SILVEIRA, Marilda de Paula. *Segurança jurídica, Regulação, Ato: Mudança, Transição e Motivação*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2016.

SIMON, Herbert Alexander. (1956). Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review* 63 (2), 129-138

SIQUEIRA, André Henrique.; PAIXÃO, Ricardo Fernandes.; SUARES, Marcus Vinícius Cursino.; ALMEIDA, Rafael Sarres de; OLIVEIRA FILHO, José Deodoro; CAVALCANTE NETO, Aristides Andrade. LIFT – Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas. *Revista Eletrônica LIFT/Banco Central do Brasil*, v. 1, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros.

THALER, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*. Nova York, NY: W. W. Norton, 2016

TORRES, Larissa Fontes de C. LEITE, Filipe Mendes Cavalcanti. *O superendividamento do consumidor de crédito no Brasil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito*. Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. CONPEDI/UFSC; coordenadores: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2014

VIANNA, Eduardo Araújo Bruzzi. *Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias*. Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

Yin, Robert K. *Case study research, design and methods (applied social research methods)*. Thousand Oaks. California: Sage Publications, 2019.