



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

**Meta:** 6

**Estudo sobre abordagem comando-e-controle  
e teorias da regulação apoiadas em  
incentivos, com ênfase na regulação  
responsiva e seus fundamentos, inclusive o  
desenho das pirâmides responsivas, bem  
como sua aplicação direta no setor aéreo**

**REDAÇÃO:**

Prof. Marcio Iorio Aranha  
Prof. Othon de Azevedo Lopes  
PhD(C) Vânia Lucia Ribeiro Vieira  
PhD(C) Fernando Barbelli Feitosa

**REVISÃO E APOIO:**

MSc(C) Livia Cristina dos Anjos Barros

**EQUIPE DE ACOMPANHAMENTO:**

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

Brasília, 23 de março de 2021.

## Sumário

Índice de Abreviaturas e Siglas .....	6
Índice de Figuras.....	10
Introdução .....	11
O projeto de pesquisa	11
Principais tópicos abordados e estrutura do relatório de pesquisa	12
1.    Identidade da modelagem regulatória apoiada em comando e controle.....	15
1.1 O problema da utilização do processo sancionador como principal instrumento de enforcement regulatório no modelo de comando e controle	19
1.2 A visão dos órgãos de controle sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de <i>enforcement</i> regulatório	23
1.2.1 A visão do TCU sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de <i>enforcement</i> regulatório .....	25
1.2.1.1 Princípios de atuação das agências reguladoras segundo a jurisprudência do TCU	31
1.2.1.1.1 As agências podem adotar medidas alternativas às multas para aprimoramento do setor .....	35
1.2.1.1.2 A atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade .....	39
1.2.1.1.3 A busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima.....	47
1.2.2 A visão da CGU sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de <i>enforcement</i> regulatório .....	52
1.3 A utilização inadequada do processo sancionador como instrumento de <i>enforcement</i> regulatório como um dos grandes problemas do modelo de comando e controle	60
1.4 A desnecessidade de se alterar a Lei para se resolver o problema do uso inadequado do processo sancionador como instrumento de <i>enforcement</i> regulatório	65
1.4.1 A conexão entre os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: o <i>jus puniendi</i> do Estado desempenhado conforme os princípios e regras constitucionais.....	70
1.4.2 Os princípios da insignificância e da justa causa aplicados ao Direito Administrativo Sancionador: o dever-poder da Administração instaurar processos	

apuratórios <i>versus</i> o dever-poder da Administração proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da instauração .....	78
1.4.3 A necessária observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na decisão acerca da instauração de processos administrativos sancionadores, e a partir da EC 109/2021, do princípio de avaliação dos resultados.....	86
1.4.4 A experiência dos órgãos de controle de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores .....	95
1.4.4.1 1 A experiência da CGU na esfera disciplinar e de auditorias internas de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios	97
1.4.4.2 A experiência do TCU nas Tomada de Contas Especiais de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores	117
1.4.5 A experiência de Agências Reguladoras na relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores .....	122
1.1.4.6.1 ANEEL .....	122
1.1.4.6.2 ANS .....	148
1.1.4.6.3 ANTT .....	167
1.1.4.6.4 ANTAQ .....	177
1.1.4.6.5 ANCINE .....	178
2. Comando e Controle no Setor Aéreo Brasileiro .....	180
2.1 Prática institucional: atuação da ANAC conforme a modelagem de comando e controle	183
2.1.1 Comando e Controle na Indústria Aeronáutica.....	192
2.1.2 Comando e Controle na Infraestrutura Aeroportuária .....	193
2.1.3 Comando e Controle no Sistema de Transporte Aéreo.....	195
2.1.4 Comando e Controle na Fiscalização Regulatória da ANAC: apesar dos avanços normativos e organizacionais, o processo sancionador ainda é utilizado como principal instrumento de <i>enforcement</i> regulatório pela Agência .....	199
2.1.4.1 Os compêndios de elementos de fiscalização: da promessa à realidade	208
3. A Racionalidade Adequada à Regulação e os princípios que a suportam....	211
3.1 Acepções do Direito e sua relação com a Economia	211
3.2 Racionalidade condicional	218
3.3 Racionalidade finalística	224

3.4	Racionalidade reflexiva e Estado Regulador	232
3.5	Dignidade da Pessoa Humana, eficiência e responsividade	251
3.5.1	A dignidade humana em Kant.....	252
3.5.2	Dignidade da Pessoa Humana e responsividade.....	254
3.5.3	Origens do princípio da eficiência.....	262
3.5.4	Eficiência e responsividade.....	267
4.	Modalidade regulatória apoiada em incentivos intrínsecos.....	273
4.1	Bons jogos dependem de boas regras: as fronteiras entre as teorias da escolha pública, processual-administrativa da regulação e da regulação responsiva	273
4.2	Método regulatório por incentivos intrínsecos e governança regulatória	295
5.	Teoria da Regulação Responsiva atualizada.....	315
5.1	Aspectos preliminares e efeitos sobre os compêndios de elementos de fiscalização da ANAC	315
5.2	Justificativa e origem da teoria da regulação responsiva	319
5.3	Pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva	322
5.4	A teoria é responsiva a quê?	328
5.5	Características específicas da atuação responsiva do regulador	330
5.6	A necessária desmistificação do processo sancionador como principal resposta regulatória do Estado	345
5.7	As pirâmides regulatórias	349
5.8	Hipóteses de aplicação de estratégias regulatórias	370
5.9	Limites e utilidade da teoria da regulação responsiva	377
5.10	Responsividade na Fiscalização Regulatória: em busca do resultado regulatório	381
5.10.1	..A abordagem baseada em risco como estratégia responsiva de fiscalização regulatória	386
6.	Responsividade no Setor Aéreo.....	390
6.1	Responsividade e Cultura Justa	390
6.2	Responsividade no Setor Aéreo Comparado	397
6.2.1	A EASA e os mecanismos de regulação responsiva.....	398
6.2.2	A Autoridade de Aviação Civil do Reino Unido e a regulação das relações de consumo	402

6.2.3 A Autoridade de Aviação Civil de Singapura e o Código de Concorrência Aeroportuária .....	405
6.3 Responsividade no Setor Aéreo Brasileiro	409
6.3.1 Regulação das relações de consumo e elementos de responsividade .....	409
6.3.2 Aspectos responsivos na fiscalização do uso dos Slots .....	416
6.3.3 O Diário de Bordo e sua utilização como fonte de informações para iniciativas de regulação responsiva .....	423
6.3.4 Plano de Segurança Operacional Específico e Gerenciamento de riscos .	425
6.3.5 A Resolução ANAC nº 472, de 6 de junho de 2018 e a tentativa da Agência de estabelecer um novo modelo de <i>enforcement</i> regulatório.....	435
BIBLIOGRAFIA .....	447

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	Acordo de Cooperação Técnica
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ASR	<i>Annual Safety Review</i>
AVSEC	<i>Aviation Security.</i>
CAA/UK	<i>Civil Aviation Authority (United Kingdom)</i>
CAAS	<i>Civil Aviation Authority of Singapura</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CANSO	<i>Civil Air Navigation Services Organisation</i>
CBA	Código Brasileiro de Aeronáutica
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CGU	Controladoria-Geral da União
COMAER/MD	Comando da Aeronáutica do Ministério da Defesa
DAC	Departamento de Aviação Civil
DECEA	Departamento de Controle do Espaço Aéreo

DIFIS	Diretoria de Fiscalização
DOT	Department of Transportation/EUA
EASA	European Union Aviation Safety Agency
eDB	Diário de bordo eletrônico
EF	Elemento de Fiscalização
ENDC	Escola Nacional de Defesa do Consumidor
EPAS	<i>European Plan for Aviation Safety</i>
FAA	<i>Federal Aviation Administration</i>
GGAF	Gerência Geral de Ação Fiscal
GRIT	<i>Graduated Reciprocation in Tension-Reduction</i>
GRU	Aeroporto internacional São Paulo/Guarulhos (IATA)
IATA	Associação Internacional de Transportes Aéreos
ICAO	Organização da Aviação Civil Internacional
Idec	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
IN	Instrução Normativa
MAB	<i>Members States Advisory Body</i>
NIP	Notificação de Intermediação Preliminar
NSCA	Norma Sistêmica do Comando da Aeronáutica
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PADOs	Processo de Apuração de Descumprimento de Obrigações
PLANDEC	Plano Nacional de Consumo e Cidadania
PPD	Pistas de pouso e decolagem
RAB	Registro Aeronáutico Brasileiro
IN	Instrução Normativa
RBAC	Regulamento Brasileiro de Aviação Civil
RIANAC	Regimento interno da ANAC
RVE	Reparação Voluntária e Eficaz
SAB	<i>Stakeholder Advisory Body</i>
SAI	Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária
SAR	Superintendência de Aeronavegabilidade
SAS	Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos
SBBH	Aeroporto do Galeão
SBBR	Aeroporto da Pampulha
SBCF	Aeroporto de Brasília
SBFL	Aeroporto de Confins
SBFZ	Aeroporto de Florianópolis
SBGL	Aeroporto de Fortaleza
SBGR	Aeroporto de Guarulhos



SBKP	Aeroporto de Viracopos
SBPA	Aeroporto de Porto Alegre
SBRF	Aeroporto de Recife
SBRJ	Aeroporto Santos Dumont
S BSP	Aeroporto de Congonhas
SBSV	Aeroporto de Salvador
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
Senacon	Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor
SFI	Superintendência de Ação Fiscal
SIA	Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SPL	Superintendência de Pessoal da Aviação Civil
SPO	Superintendência de Padrões Operacionais
SRA	Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos
TeBs	<i>Technical Bodies</i>
TFT	<i>tit for tat</i>
TRO	Termo de Registro de Ocorrência
USTR	<i>Office of the United States Trade Representative</i>
WTP	<i>Willingness to pay</i>

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Organograma da ANAC .....	184
Figura 2 – Pirâmide de estratégias regulatórias.....	351
Figura 3 – Pirâmide de constrangimento .....	351
Figura 4 – Pirâmide de perfis dos regulados ou de suposições regulatórias .....	352
Figura 5 – Pirâmide de finalidades regulatórias, de teleologia das medidas de constrangimento ou de justiças restaurativa, dissuasiva e incapacitante .....	352
Figura 6 – Pirâmide de Pareamento entre Perfis dos Regulados e Justiças restaurativa, dissuasiva e incapacitante.....	352
Figura 7 – Pirâmide de recompensas ou strenghts-based pyramid.....	353
Figura 8 – Pirâmide de sanções ou pirâmide regulatória.....	353
Figura 9 – Pirâmide de regulação em rede .....	353
Figura 10 – Diamante Regulatório .....	354
Figura 11 – Pirâmide de Mecanismos Regulatórios * .....	355
Figura 12 – Pirâmide Tridimensional.....	356
Figura 13 - Pirâmide de Enforcement das Relações de Consumo.....	416
Figura 14 - Pirâmide de Enforcement da Regulação de Slots .....	422
Figura 15 - Pirâmide de <i>Enforcement</i> da Segurança Operacional.....	433

## INTRODUÇÃO

### O projeto de pesquisa

O *Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro* iniciou-se em 27 de outubro de 2020, mediante a assinatura do Termo de Execução Descentralizada ANAC/UnB nº 4948364/2020, cujo objeto consiste no aprofundamento teórico da modelagem regulatória inovadora de caráter responsivo e sua viabilidade jurídica no setor aéreo brasileiro.

Para o alcance desse desiderato, o Plano de Trabalho anexo ao mencionado TED (SEI nº 5619909, Processo nº 23106.045725/2020-04) prevê onze metas específicas que podem ser agrupadas em três grandes objetivos:

- a) a exposição referenciada e atualizada do estado da arte sobre o papel dos incentivos intrínsecos na modelagem regulatória responsiva, sua importância e pertinência ao setor aéreo;
- b) a análise jurídica da constitucionalidade da modelagem responsiva para o setor aéreo;
- c) o estudo de caso definido pela Diretoria Colegiada da ANAC de modelagem regulatória baseada em mecanismo de incentivos.

Com a finalidade de alinhamento de expectativas e definição de enfoques prioritários, foram realizadas quatro oficinas entre os pesquisadores da UnB, a equipe do Projeto Prioritário de Regulação Responsiva da ANAC e regulados, entre os meses de novembro de 2020 e fevereiro de 2021, quando foram identificados os seguintes problemas abrangentes enfrentados pela fiscalização regulatória da ANAC e de interesse para o presente projeto:

- a) estrutura legal e regulamentar vigente interpretada como limitadora da discricionariedade do regulador em revogar sanções, suspender efeitos sancionatórios, substituir sanções por medidas preventivas, reparatórias ou obrigações de fazer, sustar o andamento de processos sancionatórios, deixar de instaurar processo sancionador, e deixar de lavrar auto de infração, quando se entenda tratar-se de medida mais benéfica ao interesse público;
- b) caráter restritivo das providências administrativas previstas nos compêndios de elementos de fiscalização;
- c) desproporcionalidade na dimensão e aplicação das sanções;

Também resultou de tais oficinas – todas documentadas no processo do TED em questão – que a melhor estratégia para enfrentamento dos problemas de modelagem regulatória basicamente restrita, na prática institucional da ANAC, a medidas de comando e controle, deveria sê-lo mediante faseamento de providências responsivas para progressiva adaptação institucional a uma modelagem regulatória mais eficiente – respeitante da economicidade na atuação da Administração Pública – e eficaz – capaz de resultar em conformidade de conduta do regulado.

O presente estudo trata do primeiro grande objetivo de exposição atualizada do estado da arte sobre o papel dos incentivos intrínsecos na modelagem regulatória responsiva, sua importância e pertinência ao setor aéreo.

## **Principais tópicos abordados e estrutura do relatório de pesquisa**

O presente relatório de pesquisa foi concebido de forma a que o leitor pudesse aquilatar como a regulação responsiva atribui novo propósito às técnicas de comando e controle, em especial, ao processo sancionador e à sanção, e como

ela reposiciona a forma regulatória de comando e controle, restringindo-a a determinado perfil de regulado incapaz ou contumaz na prática de infrações, reconhecendo a função primordial do regulador em definir quando a desconformidade de conduta do regulado merece aplicação de sanções ou outras providências administrativas menos onerosas para o Estado e mais eficazes no alcance da desejada conformidade regulatória.

A constitucionalidade da utilização estratégica da sanção será aprofundada no estudo que se seguirá a este, mas já neste estudo apresenta-se como os órgãos de controle incentivam a adoção ponderada e planejada da sanção pelas agências reguladoras e a desnecessidade de alterações legais para que a ANAC deixe de se utilizar do processo sancionador como única e compulsória solução regulatória. Hoje é evidente, na visão dos órgãos de controle, a relativização do dever-poder da Administração na instauração de processos apuratórios e sancionadores. Pelo contrário, os entes reguladores têm sido criticados por insistirem no uso de técnicas ultrapassadas e flagrantemente ineficazes e ineficientes para o cumprimento de seu mandato de conformidade de conduta dos regulados às políticas públicas regentes de determinado setor sob a alegação de estarem presos à literalidade das normas, ao invés de se afirmarem como arautos do interesse público inscrito na função primordial da Administração Pública de atualização normativa para conformidade dos regulados ao interesse público.

Por isso, a temática da identidade da modelagem regulatória apoiada em comando em controle é central no presente relatório (Capítulo 1), seguida do estudo sobre a aplicação presente do modelo de comando e controle no setor aéreo brasileiro (Capítulo 2).

Para apoiar o regulador na idealização, construção e aplicação de modelos responsivos, o presente estudo apresenta, na sequência, capítulos destinados a fundamentar a atuação regulatória em principiologia apta a não somente abrir espaço a estratégias responsivas, mas a exigí-las. No Capítulo 3,

sobre racionalidade adequada à regulação e princípios que a suportam, apresenta-se o significado da racionalidade reflexiva informadora do Estado Regulador e do papel influente dos princípios inafastáveis em análises jurídicas sobre regulação que exigem do Estado uma postura responsiva em sua ação reguladora, afastando-o da aplicação automática e irrefletida de sanções como única técnica regulatória disponível ao regulador.

O Capítulo 4, por sua vez, aprofunda a modalidade regulatória apoiada em incentivos intrínsecos como caminho inovador da atuação do regulador capaz de fazer uso do mecanismo regulatório regente dos regulados em prol do interesse público. O capítulo seguinte – Capítulo 5 – apresenta o estado da arte sobre regulação responsiva, atualizando estudos pretéritos da equipe de pesquisa com o que há de mais avançado sobre o tema na literatura mundial.

Finalmente, o último capítulo – Capítulo 6 – analisa a prática institucional do setor aéreo brasileiro e de casos relevantes da experiência de outros países à procura de iniciativas com caráter responsivo aptas a servirem de modelos para o desenvolvimento do estudo de caso proposto ao final do projeto de pesquisa.

## 1. IDENTIDADE DA MODELAGEM REGULATÓRIA APOIADA EM COMANDO E CONTROLE

A regulação apoiada em estratégias de comando e controle é definida, de modo geral, como sendo o modelo em que a autoridade exerce seu poder regulatório essencialmente por meio da aplicação de sanções punitivas, sendo identificada pela adoção da coação e da ameaça sancionatória como instrumentos privilegiados de conformação do comportamento dos regulados. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2012).

Em tal modelo, as respostas regulatórias para cada comportamento regulado são, em geral, fixadas ex ante, por meio do estabelecimento dos padrões normativos que devem pautar a atuação dos regulados, cuja desconformidade desencadeia a imediata resposta repressiva do regulador. Ou seja, anteriormente à análise em concreto das condutas praticadas pelos atores regulados e independentemente do grau de impacto que essa provoca no atingimento dos objetivos regulatórios, tampouco da verificação da culpa que eventualmente o regulado possa ter tido, ou não, para a prática do ato, a norma estabelece de forma apriorística qual a punição a ser aplicada em caso de descumprimento do padrão normativo fixado.

As atribuições de *enforcement* da norma e conformação do comportamento são reduzidas, portanto, no modelo regulatório de comando e controle, à coação extrínseca exercida por meio do mero enquadramento ou subsunção dos fatos à norma, a qual se baseia em suposta relação de causa e efeito entre o comando do regulador e o comportamento do regulado: se o ator regulado cumpriu as determinações normativas, não será punido; se as violou, deverá ser sancionado com as penas previstas na legislação. Haveria, pois, uma relação linear entre conformidade à norma, no tocante ao comportamento do regulado, e o comando do regulador. Nessa relação, o controle (em especial, a sanção) atuaria como o principal garantidor desse elo entre os dois elementos.

Note-se que o modelo de comando e controle pode ser adotado em diferentes situações em que o intuito do regulador seja determinar o cumprimento de estritos padrões e obrigações pelo regulado a fim de controlar, por exemplo, a qualidade, o desempenho, a forma de produção de um bem ou serviço, a alocação de recursos e produtos, os preços cobrados dos consumidores ou até os lucros das empresas.

Embora seus defensores afirmem que essa forma de regulação oferece maior previsibilidade e segurança tanto para os reguladores quanto para os regulados, uma vez que tanto os parâmetros operacionais controlados quanto as obrigações de conformidade comandadas estão dispostos e previstos de antemão, reduzindo problemas de interpretação sobre níveis de desempenho aceitáveis ou sobre meios viáveis para se alcançar os fins desejados, os modelos regulatórios baseados em estratégias de comando e controle são, também, frequentemente criticados (O’SULLIVAN, 2011).

Na verdade, a própria expressão “comando e controle” ganhou conotação caricatural nos últimos anos e é utilizada, cada vez mais, para indicar tudo o que há de ruim na regulação: regras mal direcionadas, rigidez, ineficiência, altos custos, sub ou superaplicação, uma regulação com consequências inesperadas e contrárias aos efeitos desejados (BLACK, 2001).

Há desde críticas referentes à impropriedade das estratégias e métodos regulatórios muitas vezes utilizados, como o uso de instrumentos pouco sofisticados, a falta de conhecimento e informações suficiente dos reguladores para identificar a causa dos problemas, projetar soluções apropriadas e identificar as razões de não conformidades, até críticas dirigidas à postura regulatória pouco focada em incentivos; que não confere destaque às motivações que orientam a conduta dos regulados, principalmente, as motivações implícitas para o cumprimento dos regras (BLACK, 2001).



Por se dedicarem com frequência à fixação estrita e excessivamente prescritiva de processos ou tecnologias específicas a serem adotados pelas empresas, os modelos regulatórios de comando e controle são vistos, também, como mais onerosos e muitas vezes não razoáveis na medida em que estabelecem regras e padrões uniformes para regulados diversos ou que atuam em circunstâncias diferentes, ensejando, em alguns casos, a implementação de medidas irracionais, caras, ineficazes ou mesmo contraproducentes (COGLIANESE e NASH, 2001).

Ademais, há críticas no sentido de que modelos regulatórios de comando e controle enfocam demasiadamente a especificação de padrões com base na crença equivocada de que os reguladores conhecem mais acerca dos meios necessários ou adequados para a consecução dos objetivos regulatórios do que os próprios regulados. Essa situação pode, inclusive, na opinião dos críticos dos modelos regulatórios de comando e controle, inibir a inovação na busca de novas tecnologias e formas melhores, mais eficazes ou mais baratas de alcançar os resultados visados pela regulação, ou, ainda, opor obstáculos à autorregulação das empresas, desestimulando a adoção de regras próprias que contribuam para o atingimento dos fins desejados (COGLIANESE e LAZER, 2003).

Analisando-se as críticas dirigidas à regulação de comando e controle, percebe-se que, de um modo geral, elas problematizam e questionam essencialmente o papel que é atribuído ao Estado na conformação de comportamentos, uma vez que tal modelo regulatório parte do pressuposto de que autoridade regulatória estatal detém o monopólio sobre o exercício do poder e o controle do mercado regulado.

Ora, é exatamente por reconhecer a fragmentação desse poder e toda a complexidade envolvida na regulação, nas realidades dos setores e atividades reguladas e nas dinâmicas, multifacetadas e interdependentes interações entre reguladores, regulados e sociedade que tem ganhado cada vez mais força, nas últimas décadas, o entendimento de que o Estado, assim como qualquer outro

ator, não pode exercer sozinho, de forma eficaz, a regulação, simplesmente porque nenhum ator dispõe de todas as informações e de todo o conhecimento necessário para resolver problemas complexos, diversos e dinâmicos, assim como nenhum ator, sozinho, dispõe de todos os instrumentos regulatórios necessários para o desempenho de uma regulação de qualidade (BLACK, 2001).

É por isso que o entendimento hodierno é o de que nenhum ator é capaz de dominar unilateral e exclusivamente o processo regulatório de conformação do comportamento de agentes econômicos. A regulação pressupõe uma relação dual e responsiva, em que a regra é posta e aplicada levando-se em conta não somente os fins por ela visados, mas os efeitos e respostas que é capaz, ou não, de efetivamente produzir sobre a conduta que pretende conformar.

Se é bem verdade que o Estado exerce um papel considerável e às vezes determinante nesse processo, a sua função não pode ser exercida eficazmente de forma auto-suficiente e não dialogada. Nesse caso, como mal desempenhada, a função reguladora do Estado pode mais comprometer a consecução dos objetivos regulatórios, gerando situações conflituosas e posturas reativas e não colaborativas por parte dos regulados. Em tais contextos de pouca confiança, compreensão e diálogo entre regulador e regulados, esses podem passar a buscar “brechas regulatórias” para cumprir os comandos da maneira que lhe seja menos custosa, muitas vezes sem alcançar os objetivos finais estabelecidos pelo regulador.

Pode-se afirmar, portanto, que o cerne da insuficiência da regulação comando e controle está em sua concepção simplificada e reduzida do fenômeno regulatório, que negligencia outras maneiras de agir do próprio Estado-regulador. Nessa visão, o processo de regulação é eminentemente estatal e, basicamente, envolve a promulgação de regras pelo Poder Público e a utilização de instrumentos para monitorar o cumprimento dessas normas e para aplicar medidas de constrangimento e sanção em face de desconformidades.

A fiscalização regulatória é dirigida, pois, no modelo de comando e controle, precipuamente, à mera verificação das obrigações legais e não, como em modelos de regulação responsiva, à combinação estratégica de mecanismos de incentivos extrínsecos e intrínsecos que, se bem definidos e aplicados, não demandam a utilização da sanção como forma única ou preferencial de conformação de condutas.

Adicionalmente, os modelos de comando e controle também tendem a subutilizar a função de fiscalização como instrumento de obtenção e produção de informações, negligenciando sua centralidade para o adequado funcionamento da engrenagem regulatória. A autoridade reguladora, nesse contexto, perde a oportunidade de valer-se de informações que poderiam retroalimentar o processo, possibilitando a aplicação de inteligência analítica e de metodologias baseadas em risco para melhorar o planejamento e priorização da fiscalização e aprimorar as próprias normas e estratégias regulatórias adotadas.

Não sem razão, é comum, por vezes, verificar um certo distanciamento ou até mesmo um total descolamento entre equipes responsáveis pelo desenho da política e das regras da regulação e equipes com atribuições de supervisionar e inspecionar tais regulamentos, o que pode frontalmente comprometer, conforme abordar-se-á em capítulo específico deste relatório, a implementação de estratégias responsivas de regulação e funcionar como fator decisivo para o insucesso da própria atividade regulatória.

## **1.1 O problema da utilização do processo sancionador como principal instrumento de enforcement regulatório no modelo de comando e controle**

Embora em todas as diferentes etapas que compõem o ciclo da regulação – dicção da norma, conscientização e treinamento dos regulados, supervisão-

orientação, fiscalização e sanção –, possam ser identificados elementos e situações que desafiam a implementação de modelos regulatórios mais responsivos, modernos e inteligentes, é a atividade de *enforcement*, representada pela ação estatal de constrição dos comportamentos privados para conformá-los à norma e garantir a consecução do resultado regulatório, que mais tem suscitado discussões na atualidade, não só pelo impacto que efetivamente pode provocar na esfera jurídica do regulado e na performance da regulação, mas, também, em virtude da menor atenção que recebeu nas últimas décadas, quando os estudos e esforços voltados à melhoria regulatória foram dirigidos preponderantemente à etapa de elaboração das normas, em especial à avaliação de seu impacto regulatório.

Não sem razão, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), após reconhecer a pouca atenção dada nos últimos anos ao exame das possibilidades de melhorar a forma como os regulamentos são implementados e aplicados e que a entrega de resultados regulatórios não pode ser eficaz sem considerar a fiscalização como uma das formas mais importantes para estrategicamente se fazer cumprir os regulamentos e garantir a conformidade regulatória, decidiu direcionar parte de seus esforços para impulsionar os países na promoção de uma reforma regulatória que contemple também as ações de supervisão e inspeção desempenhadas pelos reguladores (OCDE, 2014).

O resultado da pouca ênfase atribuída de modo geral ao *enforcement* regulatório foi que, mesmo em contextos em que identificada melhoria regulatória, essa não se refletiu em alterações mais profundas na tradicional forma como o Estado busca obter a conformação do comportamento dos regulados, o qual continuou a valer-se prioritariamente de seus instrumentos punitivos para dissuadir a prática de condutas desviantes, desconsiderando outras opções regulatórias que poderiam induzir mais eficazmente o cumprimento.

Veja que o entendimento equivocado, que fundamenta a visão da sanção como instrumento privilegiado de *enforcement* regulatório, é o de que a

competência para fiscalizar o cumprimento das normas, bem como aplicar as respectivas sanções administrativas, quando constatada a ocorrência de infrações, não ofereceria ao regulador qualquer margem de discricionariedade para decidir, no caso concreto, sobre a necessidade, conveniência ou mesmo a prescindibilidade de se instaurar o devido processo apuratório diante de qualquer indício de descumprimento de obrigação regulatória. Ou seja, de que todo descumprimento de norma deve ser objeto de apuração, pois se trataria de ato legalmente vinculado, que supostamente obrigaria a autoridade reguladora, de forma automática e cogente, como única medida juridicamente válida e aceita, a instaurar o processo apuratório.

Essa visão tem gerado, na prática, a instauração indiscriminada e não criteriosa de processos administrativos, inclusive de condutas de baixa repercussão e baixo potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, provocando uma situação jurídica e economicamente insustentável – que contraria princípios basilares que informam o Direito Administrativo, como eficiência, proporcionalidade e razoabilidade dos atos praticados pela Administração Pública – e produz efeitos diminutos na dissuasão de infrações e na consecução dos objetivos regulatórios.

Assim, se é verdade, conforme exposto acima, que modelos regulatórios ancorados em estratégias de comando e controle podem conferir maior clareza, objetividade e um maior grau de previsibilidade e segurança jurídica ao processo de fiscalização regulatória, uma vez que facilitam a implantação de soluções padronizadas de controle, por outro lado, tais estratégias embutem também características que ensejam a elevada burocratização do processo regulatório, a rigidez, a tendência ao excesso de detalhamento e prescrição de medidas, o enfoque nos meios e não nos resultados, a inabilidade de adaptação às situações reguladas mutáveis e distintas, o que, naturalmente, além de implicar em altos custos para os reguladores e regulados, vem causando frustração nos órgãos reguladores ao constatarem a baixa efetividade do seu desempenho regulatório e

a limitação de sua estratégia, não obstante a quantidade de processos instaurados e multas aplicadas.

Desse modo, sem olvidar que o adequado manejo da sanção constitui medida de indubitável importância para o sucesso de um modelo regulatório e que ela constitui elo fundamental na engrenagem de instrumentos, incentivos e consequências esperadas de uma abordagem regulatória responsiva, a prerrogativa do regulador de instaurar processo sancionatório, quando indevidamente utilizada, pode acabar provocando um efeito reverso em seu objetivo de indução de conformidade e gerar a instalação de um sistema perverso de incentivos invertidos, o qual pode se tornar flagrantemente contraproducente e atentatório ao interesse público.

Note-se que tal situação já foi diagnosticada por outras agências reguladoras que, assim como a ANAC, vem se dedicando, consoante abordar-se-á em tópico específico deste Relatório, ao aprimoramento de seu modelo de regulação para ressignificar a sanção como instrumento relevante e imprescindível para o adequado exercício da atividade regulatória, mas não exclusivo ou de utilização prioritária.

É dizer, se o modelo regulatório não permitir que o regulador exerça uma postura que valorize e incentive os incentivos intrínsecos dos regulados, impondo-lhe a obrigação de agir sempre da mesma forma, independentemente das intenções e condições do regulado, dos efeitos do ato praticado, das prioridades de fiscalização ou das estratégias regulatórias que reputa efetivas, ainda quando evidencie que o caminho do processamento e da sanção não levarão à concretização do interesse público, tal modelo estará, na verdade, retirando do regulador a sua capacidade de regular e inviabilizando, por consequência, o próprio exercício da regulação e, em última análise, a consecução do fim maior almejado em qualquer processo regulatório que é a proteção do bem jurídico tutelado e a realização dos direitos fundamentais que visa resguardar.

## 1.2 A visão dos órgãos de controle sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de *enforcement* regulatório

O diagnóstico acerca da incapacidade do modelo de comando e controle para responder aos complexos problemas envolvidos no processo regulatório e às crescentes e legítimas demandas dos cidadãos e consumidores, principalmente quanto à insuficiência da estratégia baseada primordialmente em medidas punitivas, foi também sendo confirmado e reforçado nos últimos anos pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público Federal.

Na oportunidade em que julgou a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta entre a Anatel e a empresa Telefônica, o Ministro Bruno Dantas, relator do processo no TCU, registrou, por exemplo, em sessão realizada em 27 de setembro de 2017, o entendimento de que:

“É sabido que a Anatel aplica multas administrativas aos seus regulados quando configura desconformidades na prestação do serviço público outorgado. Este é um dos mecanismos regulatórios tradicionais. Deliberações anteriores desta casa, transcritas no voto que fundamenta a minha proposta de hoje, já evidenciaram que o processo de sancionamento é moroso, ineficiente e altamente contencioso, cenário que leva à excessiva demora na aplicação e arrecadação de multas, impõe altos custos de processamento dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações, conhecidos como Pados, sem falar na baixa efetividade de multa como instrumento regulatório.

Recente deliberação deste plenário, por meio do Acórdão nº 1.970/17, (...) evidenciou que, de 2000 a 2016, a Anatel arrecadou apenas 14% das multas aplicadas. Não bastante, o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante questionamentos no âmbito administrativo e, sem seguida, na fase de execução fiscal, prejudicando o *enforcement* do Regulador.

Na mesma decisão, o Tribunal mostrou (...) que cerca de 45% das multas estão suspensas judicialmente.

Já as contas de governo de 2016 (...) evidenciaram que o índice de arrecadação na fase de execução fiscal tem ficado (...) abaixo de 1%. Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos procedimentos independentemente da etapa em que estejam, seja final, seja inicial, pode representar a redução ou eliminação dos e levados custos de carregamento desses processos ao longo do tempo, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e eventualmente judicial recorrente e duradoura por um termo objetivo e consensual. Praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer: o órgão regulador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que as suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas jurídicas e fáticas e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.” (Ministro Relator Bruno Dantas, quando da Sessão Ordinária de Julgamento do TAC da Telefônica,

Também sobre a atuação da ANATEL, que tradicionalmente privilegia a utilização da sanção como instrumento de *enforcement* regulatório, o Ministério Público Federal, por meio da 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica, consignou que:

“A 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal há muito reconhece a ineficiência do mecanismo dos PADOs. (...) Percebe-se que a agência falha ao estabelecer as obrigações do setor de telecomunicações, como o faz nos lançamentos de editais de faixas de radiofrequência, pois tende a priorizar as necessidades de arrecadação do governo e a deixar à discricionariedade das operadoras a decisão sobre os serviços a serem prestados (STFC ou SMP) em detrimento das demandas dos consumidores.

(...)

Quanto às ações de controle implementadas pela Agência, (...) a atual sistemática de apuração de infrações e aplicação de sanções incentiva o mau comportamento das empresas.

(...)

Ademais, entende-se que as sanções devem depender menos de multas e mais de geração de incentivos positivos às empresas do setor. Nesse sentido, o uso de medidas cautelares deve ser diminuído, ao passo que os demais tipos de sanções, especialmente as suspensões de vendas, devem ser devidamente regulamentadas para gerar previsibilidade e



estabilidade nas ações de controle.” (Ofício nº 113/2016/SE/3CCR, Procuradoria Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Consumidor e da Ordem Econômica (SEI 0641236, Processo nº 53500.205186/2015-10), 11/04/2016).

A Controladoria-Geral da União (CGU), por sua vez, buscando também contribuir com os esforços da ANATEL de revisão do seu modelo regulatório, realizou importante e consistente trabalho de avaliação da efetividade do processo sancionador da Agência (Projeto e-aud nº 817782), cujos resultados foram sistematizados em Relatório divulgado em agosto de 2020, conforme abordar-se-á adiante.

Percebe-se que o diagnóstico dos órgãos de controle é de que a instauração indiscriminada de processos e a aplicação generalizada de multas pelas agências reguladoras não tem servido ao propósito de incentivar, ou mesmo de impor a conformação do comportamento das empresas reguladas aos ditames legais, mostrando-se urgente a adoção de um modelo de fiscalização regulatória mais efetivo e de menor custo.

### **1.2.1 A visão do TCU sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de *enforcement* regulatório**

O Tribunal de Contas da União conta com um conjunto relevante de precedentes, especialmente no âmbito das auditorias operacionais, nos quais se evidencia a inefetividade estrutural de modelagens regulatórias exclusivamente baseadas em sanções para promover adequadamente o acompanhamento conjuntural dos setores regulados. Em procedimento de acompanhamento à auditoria operacional voltada à coleta de informações que permitissem conhecer as principais deficiências da arrecadação de multas administrativas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos federais de controle, destacou o Ministro-Relator Aroldo Cedraz que, já em trabalhos preliminares, “foram identificadas

deficiências sistêmicas nos procedimentos de arrecadação de multas, em prejuízo à própria efetividade das ações de fiscalização e de controle exercidas pelas unidades auditadas”<sup>1</sup>. Na ocasião, no entanto, o Ministro verificou que, diante da ausência de dados sistematizados, o Tribunal encontraria dificuldades consideráveis em realizar diagnóstico preciso sobre a profundidade da situação analisada, sugerindo a necessidade de acompanhamento permanente e contínuo para efetivamente subsidiar ações de controle<sup>2</sup>.

Contudo, nessa mesma oportunidade o Tribunal já foi capaz de demonstrar que, entre 2011 e 2014, apenas 6,03% das multas aplicadas pelos órgãos de controle federais – incluindo agências reguladoras – foram efetivamente convertidas em arrecadação<sup>3</sup>. Ademais, apesar das cautelas adotadas do TCU quanto ao diagnóstico da inefetividade da aplicação de multas, acórdão anterior já apontara que, para o total da série histórica de 2008 a 2011, o percentual de arrecadação efetiva de multas dos órgãos de controle federais, dentre os quais as agências reguladoras, fora de 5,7%<sup>4</sup>.

Significa dizer que o próprio TCU não apenas reconhece que as sanções têm fracassado em sua finalidade de garantir o atendimento a obrigações regulatórias, mas em última análise que as multas não têm finalidade arrecadatória. Observe-se, nesse ponto, que não se está a falar na inefetividade de arrecadação de tributos, mas sim de multas decorrentes de processos sancionadores, de maneira a demonstrar o equívoco na noção segundo a qual a coerção extrínseca serviria para influenciar os agentes regulados a adotar determinado comportamento (ARANHA, 2019, p. 58). Dessa maneira, a preocupação não se refere à arrecadação e à obtenção de receitas aos cofres

---

<sup>1</sup> TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.

<sup>2</sup> TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.

<sup>3</sup> TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.

<sup>4</sup> TCU, Acórdão 1204/2012, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 23.05.2012.

públicos, mas à própria efetividade das modelagens regulatórias tradicionais para o atingimento de seus objetivos declarados.

Daí ter entendido o TCU, ainda em 2006, que a efetividade da regulação não constitui medida de avaliação do potencial regulatório de multas, de maneira que “não se avalia somente pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço através da correção e não reincidência das desconformidades identificadas”, de sorte que se deve entender por efetividade “a melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações nos aspectos e ocorrências objeto de sanções ou de orientação específica por parte da Agência”<sup>5</sup>.

Contudo, tal observação deve ser adequadamente contextualizada, uma vez que, como já se afirmou, para além de as multas não servirem à arrecadação de receitas pelo Estado, igualmente não são meios eficazes para garantir o atendimento das finalidades para as quais as normas violadas pelos agentes regulados foram formuladas. O processo sancionador baseado em incentivos extrínsecos, assim, perde-se em suas próprias complexidades e na morosidade que o caracteriza e, ao mesmo tempo em que não apura responsabilidades adequadamente, falha em provocar os comportamentos desejados pelo regulador. Pode-se mencionar, nessa linha, acórdão relativo a auditoria operacional levada a cabo na ANTT, em que se constatou que “entre a detecção da irregularidade pela fiscalização da ANTT por meio do Termo de Registro de Ocorrência (TRO) até a efetiva aplicação da multa, há uma multiplicidade de procedimentos que tornam o processo de apuração de responsabilidades extremamente moroso e complexo”<sup>6</sup>.

O TCU asseverou, ainda, que tal estado de coisas levou a uma situação de acúmulo de processos e na dificuldade de arrecadação dos valores oriundos da aplicação de multas, de maneira a produzir “o aumento da sensação de impunidade por parte das concessionárias, na medida em que elas, por não serem

---

<sup>5</sup> TCU, Acórdão 2109/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julg. 14.11.2006.

<sup>6</sup> TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.

apenas pelas reiteradas inexecuções e descumprimentos contratuais, passam a adotar uma postura negligente em relação às suas obrigações”<sup>7</sup>. Além disso, a auditoria do Tribunal aplicou pesquisa a fiscais de campo da agência, dentre os quais 57% “indicaram a ineficiência dos processos de apuração de responsabilidade e aplicação de penalidades como causa para o alto índice de inexecuções” identificado em concessões rodoviárias<sup>8</sup>. Assim, nas palavras de um dos aludidos fiscais destacadas pelo Acórdão ora em comento, “só resta a conclusão que nossos mecanismos de punição não geram impacto para a concessão. Na contabilidade deles (concessionárias), é melhor receber as multas do que investir no esquema de serviço adequado”<sup>9</sup>.

Ao debruçar-se sobre caso específico da Anatel, por exemplo, o TCU, por meio do Acórdão TCU 3311/2015, foi contundente ao asseverar que o prazo de tramitação de PADOs – no caso concreto, aqueles relacionados a bens reversíveis – seria excessivo, alcançando tempo médio total de quase cinco anos. Diante desse quadro, o Ministro-Relator levantou preocupações quanto à própria efetividade do processo de aplicação de penalidades, que em seu estado atual “não desincentiva a reincidência das empresas faltosas” e provoca riscos de ocorrência de prescrição<sup>10</sup>. Da mesma maneira, já constatou o TCU, em análise da aplicação de multas por descumprimento de obrigações de universalização do serviço telefônico fixo comutado (decorrentes do Plano Geral de Metas de Universalização constante dos Decretos 4.769/2003 e 6.424/2008), que foi arrecadado apenas 1,8% do valor das multas aplicadas até 31 de dezembro de 2010<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.

<sup>8</sup> TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.

<sup>9</sup> TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.

<sup>10</sup> TCU, Acórdão 3311/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 09.12.2015. Em sentido semelhante: TCU, Acórdão 482/2012, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 07.03.2012.

<sup>11</sup> TCU, Acórdão 2542/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 18.09.2013. Contudo, asseverou o Ministro-Relator que “Todavia, deve-se reconhecer a dificuldade que se impõe ao órgão no estabelecimento dessa relação de causa e efeito, de modo que se afigura temerário, com base nessas informações, fazer inferências conclusivas quanto à efetividade do processo sancionatório da Anatel, haja vista a afirmação da própria auditoria de que não foi possível fazer uma avaliação da nova sistemática de aplicação de multas relacionadas à universalização, bem assim do

Não é sem razão que, em acórdão paradigmático – a ser comentado em maior detalhamento no próximo tópico – o TCU asseverou que a instituição de modelagens alternativas à regulação baseada em incentivos extrínsecos – ou seja, de medidas alternativas à pura e simples aplicação de multas destinadas a produzir postura reativa do agente regulado –, têm o condão de reduzir sobremaneira os custos incorridos pela agência reguladora e de promover as suas atividades finalísticas. Confira-se:

“É sabido que a Anatel aplica multas administrativas aos seus regulados quando configura desconformidades na prestação do serviço público outorgado. Este é um dos mecanismos regulatórios tradicionais. Deliberações anteriores desta casa, transcritas no voto que fundamenta a minha proposta de hoje, já evidenciaram que o processo de sancionamento é moroso, ineficiente e altamente contencioso, cenário que leva à excessiva demora na aplicação e arrecadação de multas, impõe altos custos de processamento dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações, conhecidos como Pados, sem falar na baixa efetividade de multa como instrumento regulatório.

Recente deliberação deste plenário, por meio do Acórdão nº 1.970/17, (...) evidenciou que, de 2000 a 2016, a Anatel arrecadou apenas 14% das multas aplicadas. Não bastante, o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante questionamentos no âmbito administrativo e, sem seguida, na fase de execução fiscal, prejudicando o *enforcement* do Regulador.

Na mesma decisão, o Tribunal mostrou (...) que cerca de 45% das multas estão suspensas judicialmente.

Já as contas de governo de 2016 (...) evidenciaram que o índice de arrecadação na fase de execução fiscal tem ficado (...) abaixo de 1%. Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos procedimentos independentemente da etapa em que estejam, seja final, seja inicial, pode representar a redução ou eliminação dos e levados custos de carregamento desses processos ao longo do tempo, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e eventualmente judicial recorrente e duradoura por um termo objetivo e consensual. Praticar a tão propalada administração gerencial

---

desempenho arrecadatário do órgão regulador com base nas informações apresentadas. Ademais, ainda que não seja no ritmo e na maneira desejada, os documentos informam que a Agência tem atuado no sentido de aprimorar essa área de trabalho”.

pressupõe certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer: o órgão regulador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que as suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas jurídicas e fáticas e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.” (Ministro Relator Bruno Dantas, quando da Sessão Ordinária de Julgamento do TAC da Telefônica, realizada em 27 de setembro de 2017)

Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos Pados, independente da etapa em que estejam (inicial ou final), representa a redução ou eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual. Para a Anatel, não há dúvidas que o encerramento dos Pados liberará recursos financeiros e materiais para a execução de atividades finalísticas mais interessantes e eficazes do ponto de vista do regulador<sup>12</sup>.

Por conseguinte, observa-se que o TCU tem ciência das dificuldades verificáveis no processo administrativo sancionador junto às agências reguladoras tanto para o atendimento das atividades finalísticas de regulação setorial quanto para a arrecadação de valores aos cofres públicos. Constata-se, portanto, a falta de economicidade e mesmo de efetividade da atuação administrativa pautada exclusivamente por incentivos extrínsecos, de tal maneira que, como se demonstrará a seguir, o próprio TCU vem desenvolvendo princípios para a atuação das agências reguladoras no sentido de superar as limitações que são próprias dessas modelagens regulatórias.

---

<sup>12</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

### 1.2.1.1 Princípios de atuação das agências reguladoras segundo a jurisprudência do TCU

Como esclarecido acima, as competências do TCU transcendem em grande medida a simples fiscalização contábil e financeira das agências reguladoras, na medida em que cabe ao Tribunal também zelar pela adequada aplicação da lei no sentido do atendimento das finalidades institucionais dos órgãos e entidades sob sua jurisdição. Por esse motivo, como não poderia ser diferente, ao debruçar-se sobre os processos sancionadores das agências reguladoras, o TCU entende que as multas aplicadas no âmbito desses procedimentos não são instrumentos de arrecadação, e sim instrumentos de implementação de normas regulatórias.

É verdade que há muito já se atribui ao TCU a competência para o chamado controle da economicidade, especialmente no que se refere aos incentivos fiscais e financeiros concedidos pelos entes públicos, que se concentra “no exame da adequação entre os fins almejados pela lei concessiva e o resultado efetivamente alcançado, entre o custo para o Tesouro com as renúncias de receitas e com os gastos tributários e o benefício social e econômico realmente produzido” (TORRES, 1993, p. 38).

No entanto, cabe repisar que o fato de o TCU ser titular dessa competência não significa que toda atuação do Tribunal será conduzida exclusivamente por métricas financeiras que busquem a todo custo o aumento da arrecadação ou a redução de dispêndios públicos, na medida em que sua atuação não se resume à mera fiscalização orçamentária. Ao contrário, o escopo de atuação do TCU diz respeito sobretudo à garantia da efetividade das ações do poder público nos limites das balizas institucionais aplicáveis, alcançando inclusive o controle de políticas públicas e, como se pretende demonstrar de maneira detida, da regulação.

No caso específico das multas administrativas aplicadas no âmbito de estratégias regulatórias, tais competências restam ainda mais evidentes, uma vez que não têm a finalidade de impor dever de indenizar o erário e tampouco de gerar receitas aos cofres públicos. Pelo contrário, trata-se de incentivos (extrínsecos) ao cumprimento de disposições regulatórias, assumindo características afitivas e disciplinares aplicáveis por ocasião da violação de deveres de conduta impostos a agentes regulados (OSÓRIO, 2000, p. 94-95). A partir de uma perspectiva baseada na lógica de comando-e-controle ou, em outras palavras, em modelagens regulatórias fundadas em incentivos extrínsecos, a aplicação de punições constitui “requisito de eficácia da atividade regulatória” (MARQUES NETO, 2000, p. 356) e se apresenta como instrumento pelo qual “o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (...) e perante os administrados (consumidores)” (Id., *ibid.*).

Dessa maneira, as multas aplicadas pelas agências reguladoras não devem ser vistas como receitas esperadas pelo poder público, mas sim resultados de uma determinada modelagem regulatória que tem por objetivo promover o acompanhamento conjuntural do setor de que se ocupa, e não arrecadar rendas para os cofres públicos. É este o posicionamento do TCU sobre a matéria, sintetizado no seguinte trecho de Acórdão de relatoria do Ministro Bruno Dantas:

[A] multa pecuniária, como sanção, desempenha funções imprescindíveis à atuação do órgão regulador, tais como reprimir o infrator, recompor a legalidade, prevenir novas infrações, dar eficácia às medidas regulatórias, fortalecer a posição do órgão regulador perante os atores regulados e os administrados. Portanto, as multas aplicadas pela Anatel não podem ser analisadas unicamente pelo aspecto arrecadatório. (...)

Isso porque, desde a sua instauração até o seu trânsito em julgado, o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) percorre um longo caminho, marcado pela intempestividade e ineficiência em retornar recursos para o setor ou forçar mudança de conduta dos regulados – situação já apontada pelo Tribunal em reiteradas oportunidades



desde 2004 (Acórdãos 1.778/2004, 2.109/2006, 3.311/2015 e 1.970/2017, todos deste Plenário)<sup>13</sup>.

O Tribunal, dessa maneira, reconhece que, muito embora a multa pecuniária traga consigo a intenção de desestimular comportamentos dos agentes regulados por intermédio de sua função pedagógica ou dissuasória, a excessiva morosidade e ineficiência do processo sancionador impede o próprio atingimento de finalidades regulatórias. Acontece que o foco da análise do TCU não é simplesmente o de ineficiência na arrecadação dos valores das multas, mas sim o de ineficiência na persecução dos objetivos pelos quais tais sanções foram instituídas. Na verdade, o próprio TCU, ao tratar das funções das multas que o próprio Tribunal aplica, já asseverou que “[e]m hipótese alguma se pode admitir que o Tribunal de Contas da União imponha multa pura e simplesmente com o intuito arrecadatório, sob a justificativa de punição pedagógica”<sup>14</sup>. Daí dizer o Ministro Bruno Dantas que:

“Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório” (grifo nosso)<sup>15</sup>.

A preocupação do TCU, portanto, diz respeito ao atendimento das finalidades institucionais dos órgãos e entidades que fiscaliza, de tal maneira que a grande dificuldade nos baixos níveis de adimplemento quanto às multas

---

<sup>13</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017. Em sentido semelhante: TCU, Acórdão 729/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 01.04.2020; TCU, Acórdão 84/2014, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 22.01.2014; TCU, Acórdão 925/2097, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 23.05.2007; TCU, Acórdão 643/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julg. 25.05.2005.

<sup>14</sup> TCU, Acórdão 2037/2015, Segunda Turma, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 23.02.2016.

<sup>15</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

aplicadas não são os déficits de arrecadação, mas os déficits no atingimento de metas e objetivos regulatórios.

Pode-se, nesse sentido, mencionar outro exemplo que, embora não relacionado especificamente às agências reguladoras, diz respeito ao princípio ora em comento: em Relatório de Auditoria relacionado à Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), o TCU expressamente afirmou que o objetivo da concessão de uso de entrepostos não pode estar limitado à “busca máxima de arrecadação junto aos ocupantes”, uma vez que deve buscar, em última análise, “prover o adequado abastecimento de gêneros essenciais à subsistência da população”<sup>16</sup>.

Acrescente-se, ainda, que sequer se afigura razoável que a Administração considere multas aplicadas expectativas de receitas, já que “[a]ntes do trânsito em julgado administrativo, não há certeza da constituição das multas”, de sorte que “até o trânsito em julgado do processo administrativo, não se afigura líquido o valor da multa, podendo a decisão ser reformada por meio de recursos e questionamentos técnicos”<sup>17</sup>. Assim, mesmo de uma perspectiva formal não se poderia considerar as multas receitas até o trânsito em julgado administrativo, porém ocorre que ainda após tal acontecimento dificilmente se pode entendê-las como expectativas de receita plausíveis, já que “[n]ão bastante a lentidão para que o Pado conclua o rito administrativo, constatou-se que o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante judicialização do feito, o que deixa o regulador com poucas condições de exercer seu *enforcement*”<sup>18</sup>.

Verifica-se, de toda sorte, que o TCU entende que as sanções aplicadas pelas agências reguladoras não constituem métodos de arrecadação de receitas de sujeitos regulados que tenham violado suas obrigações. Pelo contrário, a

---

<sup>16</sup> TCU, Acórdão 919/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg. 20.04.2016.

<sup>17</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

<sup>18</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

arrecadação é apenas uma característica acidental das multas, uma vez que mesmo a sua deficiência – isto é, a ineficácia dos mecanismos das agências reguladoras para cobrar os valores devidos a título de multa – serve simplesmente para evidenciar a ausência de mecanismos capazes de garantir o atendimento a diretrizes regulatórias.

Portanto, as sanções aplicadas pelas agências, especialmente as multas pecuniárias, são instrumentos fundamentalmente regulatórios, já que estão atreladas ao atendimento das finalidades institucionais das agências reguladoras, seja no incremento da qualidade de serviços públicos, na garantia de sua efetiva prestação e continuidade, ou em outros elementos. Significa dizer que, por não constituírem receitas ou expectativas de receitas no sentido arrecadatário, a não aplicação de multas não corresponde à renúncia de receita por parte de agências reguladoras, de modo que, como se mostrará a seguir, autoriza-se inclusive a aplicação de outras medidas para a efetivação de finalidades regulatórias.

#### *1.1.2.1.1.1 As agências podem adotar medidas alternativas às multas para aprimoramento do setor*

Nos tópicos anteriores, demonstrou-se que o TCU, no exercício de sua competência constitucional de fiscalização da atividade das agências reguladoras, apresenta especial preocupação com a eficácia das medidas tomadas por essas entidades para dar cumprimento às diretrizes regulatórias que estabelecem. Daí o motivo pelo qual o primeiro dos princípios da jurisprudência do TCU que autoriza a instituição de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos – assim superando o entendimento reconhecidamente falho segundo o qual a regulação deve estar baseada exclusivamente em incentivos extrínsecos – é justamente o que qualifica as multas como sanções de finalidade regulatória, e não arrecadatária.

Desse primeiro princípio decorre o segundo, de acordo com o qual, caso a multa seja insuficiente ou incapaz para atender às finalidades regulatórias

desejadas, é perfeitamente possível que a agência reguladora lance mão de outros instrumentos. Nesse sentido:

“Exatamente pelo fato de a multa ser primariamente um instrumento regulatório, e não meramente arrecadatário, acaso essa se mostre ineficaz e o ordenamento permita seja convertida em obrigação de fazer, existe aí um espaço de decisão discricionária do regulador para alcançar os objetivos do setor. Em outras palavras, o interesse primário do regulador deve ser ajustar a conduta, seja por meio de multa ou obrigação de fazer”<sup>19</sup>.

Tal compreensão vem na esteira da constatação, por parte do TCU, de que para além de avaliar a quantidade de multas aplicadas e o valor arrecadado é preciso também considerar a necessidade de constante aperfeiçoamento dos serviços e das motivações de cumprimento das obrigações regulatórias, de tal maneira que a aplicação de medidas como obrigações de fazer em lugar de multas serviria para conferir maior eficiência à atuação regulatória (FREITAS, FILHO, *et al.*, 2019).

Pode-se mencionar, nesse sentido, precedentes do TCU em que se admitiu a não aplicação de multas em virtude da tomada de providências – notadamente o endereçamento dos problemas dos casos concretos por intermédio de Termos de Ajustamento de Condutas –, por ser o Tribunal “sensível ao fato de que a imposição de pesadas multas sem a prévia tentativa de erguer o combalido setor ferroviário pode significar a derrocada das concessionárias”<sup>20</sup>. Daí a razão pela qual, ainda segundo o TCU, **“deve-se buscar a utilização de medidas alternativas à simples aplicação de multas, de forma a trazer maior efetividade às decisões regulatórias e evitar a continuidade da prática de condutas semelhantes no futuro e, conseqüentemente, proporcionar**

---

<sup>19</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

<sup>20</sup> TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012; TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009.

**melhorias que não seriam obtidas com a aplicação de sanções ordinárias**<sup>21</sup> (grifo nosso).

Evidentemente que, se a finalidade da atuação das agências reguladoras é promover um acompanhamento conjuntural do setor regulado no intuito de concretizar direitos fundamentais, aprimorar a qualidade da prestação de serviços, o bem-estar dos usuários de serviços públicos, dentre outros objetivos específicos (ARANHA, 2019, p. 97-99), não faria qualquer sentido supor que a aplicação de multas pecuniárias seria a única e necessária solução possível. Exemplo relevante desse quadro pode ser retirado dos já mencionados processos relacionados às obrigações de universalização do Serviço de Telefonia Fixa Comutado (STFC), quando o TCU expressamente asseverou que “A Anatel dispõe de medidas alternativas aos PADOs, que podem incentivar as empresas a buscar a melhoria do cumprimento das metas de universalização. Embora não sejam sancionatórias, essas medidas alternativas podem contribuir para o aprimoramento na prestação dos serviços, pois direta ou indiretamente exigem ações das prestadoras para melhoria da qualidade”<sup>22</sup>.

Observe-se, nesse ponto, que não se está a falar – como só ocorre nos casos de celebração de TACs – no *encerramento* de processos de apuração de descumprimento de obrigações, mas na utilização de ferramentas alternativas à própria abertura de PADOs, marcados por pesada burocracia e substancial dispêndio de recursos humanos e financeiros. O TCU, nesse diapasão, afirmou que estratégias alternativas à abertura de PADOs, marcadas pelo “acompanhamento contínuo e controle em detrimento da só utilização dos processos de apuração de descumprimento de obrigações de universalização”, podem apresentar maior efetividade do que os PADOs<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.

<sup>22</sup> TCU, Acórdão 873/2010, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 28.04.2010.

<sup>23</sup> TCU, Acórdão 873/2010, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 28.04.2010.

No caso específico das metas de universalização do STFC, a Anatel apresentou, exemplificativamente, medidas alternativas como: a) tornar gratuitas as chamadas locais fixo-fixo originadas nos orelhões dos municípios localizados nos nove Estados que apresentaram o pior desempenho no plano de revitalização de orelhões; e b) o uso de medida compensatória com imposição de gratuidade de chamadas. Após mencionar essas medidas, o TCU apenas ressaltou que, apesar de se tratar de condutas capazes de corrigir irregularidades relativas ao descumprimento de obrigações regulatórias, tal sistemática ainda carecia de maior regularidade em sua aplicação<sup>24</sup>.

Nesse sentido, cabe notar que, muito embora o Tribunal admita a implementação de medidas alternativas à multa pecuniária – especialmente por intermédio de TACs, como se demonstrará a seguir –, tal posicionamento não atribui às agências total discricionariedade na aplicação dessas medidas. Segundo o TCU, a substituição da penalidade de multa por outras sanções exige constante e rigoroso acompanhamento da execução de compromissos alternativos, por intermédio de mecanismos de fiscalização que igualmente superem as estratégias tradicionalmente implementadas pelo ente regulador. Confira-se:

Tratando-se de substituição de processos sancionatórios, é imperioso perceber a fiscalização como um mecanismo intrínseco à efetividade dos acordos e à tutela do interesse público. Ao abrir mão das multas decorrentes dos Pados para a celebração dos TACs, a Anatel se incumbe de reforçar o controle e fiscalização dos compromissos assumidos, sobretudo por serem as compromissárias infratoras contumazes das normas regulatórias.

Cabe à Anatel a execução de uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle não previstos nas atividades tradicionais do órgão regulador, ensejando um acompanhamento mais rigoroso do cumprimento das obrigações ajustadas, sob pena de estimular a impunidade e reforçar a

---

<sup>24</sup> TCU, Acórdão 2542/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 18.09.2013.

possibilidade de enriquecimento ilícito das empresas infratoras às custas do descaso regulatório<sup>25</sup>.

Assim, a análise da jurisprudência do TCU demonstra que o Tribunal, ao fiscalizar a conduta das agências reguladoras, autoriza a estruturação de medidas alternativas tanto à aplicação de multas pecuniárias quanto à deflagração de procedimentos sancionadores. Contudo, há duas condições a serem observadas pelas agências reguladoras: a) a justificação de que as medidas alternativas são capazes de adequadamente atender às finalidades regulatórias perseguidas no caso concreto; e b) a instituição de mecanismos procedimentais para a implementação, o acompanhamento e a fiscalização dessas medidas alternativas, guardando correspondência às feições que as caracterizam, e não às que são próprias de modelos tradicionais de acompanhamento dos setores regulados.

#### *1.1.2.1.1.2 A atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade*

O terceiro princípio passível de ser depreendido da jurisprudência do TCU sobre as agências reguladoras diz respeito, na esteira dos dois princípios anteriores, à admissão de técnicas baseados no consenso no âmbito da regulação setorial. Em outras palavras, com o aval do TCU, as agências reguladoras paulatinamente vêm adotando técnicas de consenso para endereçar condutas desviantes ou potencialmente irregulares dos agentes regulados, especialmente por intermédio de TACs.

O regulador, dessa maneira, vem se abrindo à possibilidade de celebração de acordos administrativos com particulares em nome da adequada persecução das finalidades da regulação setorial, especialmente diante da necessidade de implementação de ferramentas mais efetivas para o atendimento

---

<sup>25</sup> TCU, Acórdão 618/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 18.03.2020.

desses fins. A consensualidade, assim “pode ser um mecanismo de alcance da finalidade pública no caso concreto, observadas as especificades da situação fática e do setor regulado envolvido” (PALMA, 2010).

Trata-se, cabe notar, de visão já amplamente criticada pela doutrina contemporânea de Direito Administrativo, segundo a qual não há simplesmente um interesse público unitário capaz de guiar a atuação dos agentes públicos – posicionamento que corresponderia a “simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 152) –, mas sim uma pluralidade de interesses protegidos juridicamente. Dessa maneira, ao fim e ao cabo, a ideia de que existiria um único interesse público a ser perseguido a todo custo por intermédio das ferramentas tradicionais de Direito Administrativo mostra-se contraditória ao conduzir à inefetividade da própria ação estatal (JUSTEN FILHO, 2014, p. 152-155; BINENBOJM, 2014, p. 29-31).

Conforme aduz Juliana Bonacorsi de Palma, ao comentar o caso da Anatel, a possibilidade de celebração de TACs veio na esteira de diversas demandas pela consensualidade, passíveis de serem sistematizadas em demandas por: a) amenização da intensidade da regulação, tendo em vista a força estatal empregada quando da implementação de atos sancionadores, especialmente em agravantes relacionados à reincidência; b) redução da discricionariedade administrativa na aplicação de sanções, tendo em vista o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de mecanismos que conferem grande liberdade ao regulador na aplicação de multas; e c) **mecanismos seguros e previsíveis de substituição de multas pecuniárias por soluções consensuais** (PALMA, 2010).

Diante do movimento das agências no sentido de celebrar acordos substitutivos de multas pecuniárias, o TCU tratou de fixar as balizas para tanto. Nesse sentido, o Acórdão TCU 2121/2017 é destacado como precedente fundamental para o entendimento da compreensão atual da consensualidade administrativa. O caso tinha por pano de fundo o cometimento de determinadas



irregularidades na potencial celebração de Termo de Ajustamento de Conduta pela Anatel, que dizia respeito a processos sancionatórios relativos à qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações prestados pela Telefônica Brasil S/A (que, porém, acabou por desistir da celebração do TAC em 9 de março de 2018).<sup>26</sup>

No caso em questão, asseverou o Ministro-Relator Bruno Dantas, após descrever as normas da Anatel que preveem a possibilidade de celebração do TAC, que “o ajuste das condutas infringidas já é obrigação legal e regulamentar das operadoras, porém o sistema sancionatório vigente ainda tem se mostrado ineficaz nesse sentido. De tal modo, o TAC busca superar essa deficiência, ao possibilitar e flexibilizar a pactuação de ajuste gradual ao longo do tempo para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações”<sup>27</sup>. Não se trata, por conseguinte, de mera formalidade ou solução cosmética, mas sim de medida destinada a dar concretude a finalidades regulatórias que, sob as modelagens ora vigentes, não têm sido alcançadas.

Ao estudarem os chamados acordos substitutivos nas sanções regulatórias – isto é, aqueles negócios celebrados entre a Administração e particulares, “com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa” (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 133) –, os autores defendem que a própria Lei Geral das Telecomunicações concede à Anatel a prerrogativa de dispor sobre os meios capazes de conduzir o comportamento dos agentes regulados na direção do interesse público, cabendo à agência dispor sobre as causas determinantes e as causas excludentes da aplicação ou execução de sanções (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 148-150). Assim, considerando que a punição não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento regulatório (ARANHA, 2019, p. 68), “[c]omo os mesmos fins muitas vezes são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo – e mesmo de modo mais justo – com a utilização de meios alternativos, cada

---

<sup>26</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

<sup>27</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

vez mais o direito os vem valorizando” (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 135-136). É nesse sentido o posicionamento do TCU:

Com esse cenário em mente, por meio dos compromissos adicionais, o TAC representa a substituição da persecução sancionatória, por meio desse longo caminho administrativo (e eventualmente judicial) até a estabilização da sanção e recebimento do valor, pela assunção de compromissos cujas etapas de consecução se iniciam de imediato.

(...)

Por conseguinte, a assinatura de termos de ajustamento de conduta, elaborados em consenso entre o regulado e o regulador, mostra-se como uma possível opção para melhorar esse quadro [de ineficácia da sanção de multa]. Ao ser elaborado por meio de negociação com o infrator, o TAC permite alinhar as expectativas do ator privado ao interesse público, o que aumenta as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas.

(...)

Dito de outra forma, não se mostra razoável adotar a concepção clássica da doutrina administrativista, segundo a qual o interesse público, é considerado, a um só tempo, antagônico ao interesse privado e superior a esse. Como dito, a presença do interesse público não significa a ausência do privado. É possível, em tese, que ambos habitem o mesmo cenário harmonicamente.

(...)

Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos Pados, independente da etapa em que estejam (inicial ou final), representa a redução ou eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual.

Para a Anatel, não há dúvidas que o encerramento dos Pados liberará recursos financeiros e materiais para a execução de atividades finalísticas mais interessantes e eficazes do ponto de vista do regulador”<sup>28</sup>

Os TACs, assim, segundo o Ministro-Relator, podem ser compreendidos como pactos baseados na livre vontade do regulado de anuir à regulação vigente

---

<sup>28</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

a partir de um conjunto de estímulos e incentivos fornecidos pelo regulador, em decorrência de uma dupla análise de custo-benefício tanto do polo estatal quanto do polo privado.<sup>29</sup> O debate da consensualidade, dessa maneira, diz respeito antes de tudo não a um conflito entre interesse público e interesses privados, mas a um arranjo institucional capaz de mais eficientemente alcançar o interesse público por intermédio da interação com particulares e consequente alinhamento entre interesse público e privado.

Importa notar que tal perspectiva não tem por objetivo simplesmente descartar os incentivos extrínsecos, representados principalmente pelas sanções pecuniárias comumente aplicadas em abordagens de comando-e-controle, mas sim de obter a justa medida entre a pura e simples punição “pedagógica” e o fornecimento de incentivos à participação ativa dos regulados no sentido de dar cumprimento à regulação vigente.

Debate semelhante, aliás, pode ser verificado na seara dos acordos de leniência, os quais, segundo o TCU, devem partir de estratégia que perpassa “uma estrutura de estímulos e incentivos para que agentes infratores sintam-se fortemente impelidos a cooperar com as apurações promovidas pelo Estado e um desenho institucional que permita o diálogo permanente e a atuação coordenada entre os diversos órgãos de controle estatais”<sup>30</sup>.

Importa ressaltar, neste momento, que a teoria dos jogos é um fundamento comum à justificativa de espécies de delação premiada, como é o caso dos acordos de leniência, e a modelagem regulatória da teoria da regulação responsiva, em especial, no que toca à autorregulação com constrangimento normativo estatal, ou *enforced self-regulation*. Se, para o TCU, é justificável a substituição de sanções por estrutura de estímulos e incentivos no âmbito dos acordos de leniência, pelos mesmos fundamentos é forçoso concluir-se pela

---

<sup>29</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

<sup>30</sup> TCU, Acórdão 483/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 22.03.2017.

possibilidade dessa substituição por decorrência de modelagem regulatória responsiva, que é de livre opção – por óbvio fundamentada – do regulador, como sua competência mais proeminente: a de definição da estratégia de regular.

Nesse sentido, o TCU considera razoável mesmo o oferecimento de incentivos específicos para que determinado agente regulado adote comportamentos condizentes com os objetivos da regulação estatal, em um processo equilibrado que adequadamente equacione os interesses envolvidos:

Assim, é natural que nesse processo a Anatel conceda certas vantagens à operadora interessada, para que haja estímulos à celebração. Ou seja, não só a Administração, mas todas as partes envolvidas (particular, agência e a sociedade) precisam enxergar na negociação um processo positivo, que as conduza a uma situação final melhor que a anterior, desde que esse seja pautado pelo equilíbrio entre os benefícios concedidos ao administrado, o interesse público no ajuste de conduta e na consecução dos projetos previstos e a redução no custo administrativo de carregamento dos Pados a serem substituídos pelo TAC<sup>31</sup>.

Ademais, importa rememorar a posição do TCU de que, no exercício de seu papel de controle externo, tem por intuito fiscalizar a regularidade dos atos e procedimentos das agências reguladoras inclusive no campo a consensualidade, porém não é competência sua atestar ou validar tais acordos. Assim, não há juízos apriorísticos sobre a adoção de uma modelagem regulatória ou outra – o que fica a cargo do ente regulador –, mas sim o controle sobre o atingimento das finalidades regulatórias relacionadas ao setor.<sup>32</sup>

Isso significa que a identificação de eventuais fragilidades ou vícios nos acordos celebrados entre agências e particulares pode ensejar determinações

---

<sup>31</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

<sup>32</sup> TCU, Acórdão 2926/2018, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 12.12.2018. No mesmo sentido: TCU, Acórdão 2195/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 11.09.2019; TCU, Acórdão 1366/2019, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julg. 12.06.2019; TCU, Acórdão 1704/2018, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 25.07.2018.

incisivas por parte do TCU, inclusive no sentido de ordenar que as agências se abstenham de firmar acordos com determinados escopos. Foi o que ocorreu por ocasião de processo em que foram investigadas irregularidades na celebração de acordos por parte da ANTT, quando, muito embora se tenha franqueado a possibilidade de celebração de acordos substitutivos a penalidades de multa, determinou o TCU que a agência se abstivesse de celebrar TACs que:

[N]ão prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas estipulem, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a adoção das providências necessárias à instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, porquanto referida cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em desprezo aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público<sup>33</sup>.

Exige-se, por conseguinte, que a adoção de mecanismos baseados em uma maior cooperação do agente regulado com a Administração seja também dotada de instrumentos que garantam a sua efetividade. É necessário salientar, ainda, que a utilização de TACs se dá em um cenário no qual, constatada a ineficácia das sanções punitivas pecuniárias para garantir um comportamento virtuoso dos particulares, este se afigura como medida capaz de, com base em medidas embasadas em justificativas técnicas consistentes, reverter incertezas em compromissos condizentes com o interesse público. Nesse sentido:

Por oportuno, relevantíssimo registrar que o uso do TAC na agência configura-se como uma medida excepcional, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos seus descumprimentos da regulamentação vigente. A negociação em curso, que permite trocar a arrecadação das multas incertas por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da

---

<sup>33</sup> TCU, Acórdão 2533/2017, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 14.11.2017.

conduta indevida, requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta permuta.

Pela excepcionalidade que possui, não é esperado que a agência passe a pautar sua atuação unicamente por meio de TAC. Admitir tal situação equivaleria a sepultar o poder regulador da entidade pelas vias ordinárias. É dizer, seria reconhecer o esvaziamento de mecanismos regulatórios atualmente estabelecidos.

Para além de ajustar conduta e converter créditos de multas (de baixa liquidez) em investimentos diretos e tempestivos aos usuários, os TAC trazem, como benefício indireto importante, o saneamento de situação crítica atual, a saber, o elevado passivo de Pados, cujos custos administrativos impactam negativamente a eficiência operacional da Anatel.

Assim, tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, bem como de análise de custo-benefício do instrumento.

A superação desse obstáculo momentâneo poderá conduzir a Anatel a melhor dispor de seus recursos financeiros e humanos em frentes mais efetivas de regulação do setor<sup>34</sup>.

Por óbvio, esse raciocínio não se aplica a quando o próprio regulador altera a modelagem regulatória de uma regulação apoiada em *vias ordinárias*

---

<sup>34</sup> TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

para uma regulação apoiada em uma *cesta de instrumentos e regimes* de acordo com o comportamento global dos regulados e posturas específicas de cooperação.

Muito embora o trecho do acórdão supracitado afirme que os TACs são medidas excepcionais a contextos de normalidade em que a regra é a aplicação de punições, trata-se de conclusão que decorre tão somente da natureza desses acordos, que não assumem o caráter sistemático de modelagem regulatória com atributos próprios e independentes, mas apenas se apresentam como soluções de consenso que se justificam pelo caso concreto. Contudo, a lógica que se aplica aos TACs pode facilmente ser generalizada no intuito de corrigir o problema sistêmico da ineficácia da regulação baseada em incentivos extrínsecos, razão pela qual o próprio TCU já vem declaradamente franqueando às agências reguladoras a busca por modelagens regulatória que superem as dificuldades das estratégias hoje vigentes.

*1.1.2.1.1.3 A busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima*

O quarto princípio da jurisprudência do TCU a ser comentado no presente relatório está intimamente relacionado não somente aos princípios anteriormente descritos, mas principalmente ao diagnóstico geral do TCU a respeito da regulação e do processo sancionador ora vigente. Diante da constatação da ineficácia das penalidades de multa pecuniária, tanto no sentido arrecadatário quanto no regulatório, isto é, tanto no recolhimento de receitas aos cofres públicos quanto no atingimento das finalidades institucionais das agências, o TCU se posiciona, sem tomar partido por uma modelagem ou outra, pela necessidade de a regulação dar conta da complexidade do setor e de endereçar tal quadro de maneira eficaz. O TCU, em síntese, ao reiteradamente afirmar que não é seu papel fazer as vezes de regulador, também repetidamente afirma que é papel das agências reguladoras buscar as modelagens regulatórias que melhor atendam às suas finalidades institucionais.

Significa dizer que a implementação de novas estratégias regulatórias deve estar acompanhada de justificativas claras e de uma visão abrangente sobre o setor e o comportamento dos agentes regulados, sob pena de modelos alternativos tornarem-se simplesmente novos riscos de descumprimento da regulação vigente. Assim, o TCU apresenta preocupações relevantes quanto a determinados métodos que eventualmente signifiquem incentivos ao descumprimento da regulação por parte dos agentes regulados.

É o caso de incentivos puramente financeiros como a concessão de descontos nos valores de multas, que seriam capazes de levar os agentes regulados a sopesar o descumprimento da norma em relação ao benefício que auferem. Precisamente esse argumento da jurisprudência do TCU reforça como o modelo de administração ordenadora exclusivamente apoiada em punições é contraproducente, pois o “desconto no valor das multas”, hoje, já existe pelos mecanismos institucionais de sua cobrança, em que o regulado sabe, de antemão, que somente arcará com percentual das multas após recursos administrativos e judiciais. **O modelo regulatório de comando e controle é, em outras palavras, um modelo regulatório apoiado em incentivos puramente financeiros de desconto nos valores das multas, sem o benefício de se acoplar qualquer exigência de comportamento virtuoso para sua fruição. Ele é um engodo festejado por interpretações arcaicas sobre o papel da sanção no esquema regulatório. A “via ordinária” de regular, nos termos utilizados pelo próprio TCU, é, na verdade, uma via condenada pelos próprios princípios jurisprudenciais do Tribunal.**

Daí ter pontuado o TCU, em procedimento relacionado à Anvisa, que “[s]e considerarmos que o principal objetivo das estruturas da governança é o fornecimento de resultados concretos à sociedade, é forçoso reconhecer, diante dos indicadores apresentados no item anterior, que a Anvisa precisa aprimorar



urgentemente seus mecanismos de liderança, estratégia e controle para reverter essa situação”<sup>35</sup>.

O Tribunal, dessa maneira, recomenda a busca de uma regulação que alcance a justa medida entre a desregulação e a normatização excessiva, evitando dispêndios desnecessários de recursos públicos e ao mesmo tempo adotando estratégias verdadeiramente convincentes e eficazes para obter comportamentos virtuosos de agentes regulados. Tais comportamentos, tendo sempre por fim último o incremento da qualidade dos serviços públicos e do bem-estar de seus usuários, devem partir de um equacionamento eficiente de benefícios, sanções e incentivos aos agentes regulados:

Por fim, vale fazer uma breve contextualização do cenário regulatório internacional, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, onde há uma busca por uma *better regulation*, que pode ser definida como medidas para que a regulação por meio de políticas e leis alcancem seus objetivos com o menor custo. Isso em resposta ao que inicialmente resultou em um excesso regulatório (asfixia regulatória), que gerava, inclusive, demandas judiciais morosas e ineficientes. Posteriormente, o excesso regulatório foi substituído por uma desregulamentação, também ineficiente e permissiva, gerando problemas na prestação e no controle dos serviços.

Fato é que não houve ainda lastro regulatório da fiscalização desse serviço prestado por um ente privado no país. Vale destacar que se faz salutar, como instrumento de compliance, que as normas se baseiem nos riscos identificados. Riscos baixos, com excessos regulatórios, geram ineficiência; riscos altos ignorados, podem impactar em uma gestão temerária. Pois esse fino equilíbrio regulatório - *better regulation* - é provido por uma visão pragmática e realista dos riscos da atividade regulada. Pois essas incertezas regulatórias só

---

<sup>35</sup> TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.

poderão ser adequadamente esquadrihadas após esse mapeamento de riscos - ainda inexistente. Tal providência há de ser empreendida pelo Poder Concedente.

Em primeiro passo de tal necessidade, urge identificar e rastrear os respectivos riscos. As lentes desse processo devem assumir a ótica da qualidade e do interesse último do usuário (conceitualmente, considerado hipossuficiente, na teoria da regulação); mas natural também que, nessa análise, se mapeiem os processos com foco nos pontos críticos de fraudes<sup>36</sup>.

Dessa maneira, assevera o TCU que as agências reguladoras devem, ao estruturar alternativas às metodologias tradicionais de regulação, ponderar incentivos à colaboração e ao consenso dos particulares com a possibilidade de aplicação de sanções punitivas, de maneira a possibilitar uma abordagem menos rigorosa perante o regulado ao mesmo tempo em que a violação às normas aplicáveis ao setor não compense economicamente<sup>37</sup>. Diante disso, pode-se verificar que, diante da importância da estruturação de mecanismos regulatórios que efetivamente sirvam ao atingimento das finalidades institucionais das agências, modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos – isto é, que adotam uma estrutura de incentivos e punições baseada no comportamento do regulado perante a regulação, em uma escala progressiva de benefícios ou mesmo de sanções punitivas – podem atender a essas preocupações se acompanhadas de fundamentação consistente.

No caso específico da ANEEL, o TCU já teve a oportunidade de se manifestar, ainda que indiretamente, a respeito de modelagem regulatória baseada em incentivos intrínsecos, chegando a identificar algumas preocupações relacionadas à fiscalização de riscos de segurança em barragens de geração de energia elétrica. O próprio relatório do TCU no caso em questão tratou de esclarecer que a ANEEL “deixou de aplicar o modelo tradicional de fiscalização, o

---

<sup>36</sup> TCU, Acórdão 1421/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 03.06.2020.

<sup>37</sup> Nesse sentido, no tocante aos acordos de leniência: TCU, Acórdão 483/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 22.03.2017.

qual utiliza presença ostensiva de servidores junto às empresas reguladas, para um modelo de fiscalização alinhado a práticas modernas, fundamentado nos princípios apresentados pela Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE)”, a saber: a) fiscalização baseada em evidências; b) seletividade; c) foco em riscos e proporcionalidade; d) regulação responsiva; e) visão de longo prazo; e) coordenação e consolidação; f) governança transparente; g) integração de informações; h) processo claro e justo; i) incentivo para conformidade; e j) profissionalismo<sup>38</sup>.

O Tribunal, ao analisar a modelagem adotada pela ANEEL, entendeu que a estratégia da agência vem acompanhada de controles internos capazes de satisfatoriamente reduzir a probabilidade e o impacto de eventos danosos. No entanto, preocupou-se também o tribunal com eventuais riscos de comportamento oportunista dos agentes regulados, tendo em vista a possibilidade de os particulares desvirtuarem os mecanismos e critérios empregados pela agência. O Tribunal sugeriu, nesse ponto, que fossem adotados mecanismos de correção de inconsistências como essas e que, nos casos de erro grosseiro ou dolo do agente regulado, fosse o particular apenado<sup>39</sup>.

Acontece que a preocupação do TCU não tem o condão de desmantelar modelagens baseadas em incentivos intrínsecos, mas sim de admiti-las segundo seus próprios pressupostos, já que o comportamento do agente regulado tanto pode ensejar a utilização de controles menos rígidos e a aplicação de sanções premiaias como pode conduzir à implementação de sanções punitivas em determinadas situações.

Depreende-se, portanto, que é possível extrair elementos da própria jurisprudência do TCU acerca de evidências práticas de abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos.

---

<sup>38</sup> TCU, Acórdão 726/2020, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 01.04.2020.

<sup>39</sup> TCU, Acórdão 726/2020, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 01.04.2020.

Certamente, não se pretendeu aqui abarcar toda a atuação do TCU e tampouco de conferir aos resultados encontrados e comentados ao longo do presente estudo caráter totalizante. Pelo contrário, pretendeu-se justamente demonstrar que, em que pese o amadurecimento da literatura, há lacuna relevante no tocante ao estudo das balizas fixadas por órgãos de controle como o TCU para a construção de modelos inovadores de regulação.

Assim, a enumeração de quatro princípios traçados pelo TCU serve para demonstrar que o controle externo não somente tem se preocupado com o estado atual da regulação – diante da manifesta ineficiência das modelagens regulatórias baseadas em incentivos extrínsecos –, como também tem se manifestado favoravelmente à estruturação de novas modelagens que admitam um maior grau de cooperação com os agentes regulados, bem como soluções que permitam a construção de soluções menos generalistas e mais adaptadas a cada caso concreto.

Em síntese, verifica-se que, a partir da apresentação de sistemática consistente fundada em justificativas plausíveis e apoiadas em problemas setoriais concretos, a jurisprudência do TCU apresenta considerável abertura a novas modelagens regulatórias que compartilhem dos princípios da regulação por incentivos intrínsecos, como uma análise funcional diferenciada sobre as sanções punitivas, uma maior aproximação entre regulador e regulado, e uma percepção mais acurada das realidades específicas de cada setor.

### **1.2.2 A visão da CGU sobre a utilização inadequada da sanção como instrumento de *enforcement* regulatório**

Não somente o TCU, mas, também, a Controladoria-Geral da União (CGU) tem se debruçado sobre o problema do desempenho do modelo regulatório das agências reguladoras brasileiras e sua incapacidade de produzir respostas

satisfatórias de conformação do comportamento das empresas reguladas, com foco, em especial, no insucesso da estratégia que privilegia o processo sancionatório. Em importante e consistente trabalho de avaliação da efetividade do processo sancionador da ANATEL, por exemplo, (Projeto e-aud nº 817782), cujos resultados foram sistematizados em Relatório divulgado em agosto de 2020, o órgão concluiu que:

“No âmbito das telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), desde 1997, constituiu cerca de 63 mil multas, o equivalente a R\$ 6,9 bilhões em termos financeiros, conforme Relatório Anual de 2018 da Agência.

Não obstante a este montante, verificou-se que a arrecadação no período foi em torno de R\$ 827 milhões, ou seja, cerca de 8% do valor das multas constituídas.

Assim, se os infratores não estão pagando as multas devidas, questiona-se se o efeito repressivo, coercitivo e educador da principal sanção administrativa adotada pela Anatel tem contribuído para o alcance dos seus objetivos.

Nesse sentido, a presente auditoria pretendeu atestar a situação da arrecadação das multas e avaliar se o poder sancionatório da Anatel tem sido eficaz para incentivar a prestação adequada e a constante melhoria dos serviços de telecomunicações no país. Também foi apurado se os esforços de fiscalização, acompanhamento e controle da Agência estavam focados nos serviços mais demandados pela sociedade.

Ademais, como a imposição de regras é aspecto central no Comando e Controle, buscou-se verificar o acesso, conhecimento e compreensão dos normativos da Agência pelos regulados.

Outrossim, tendo em vista os benefícios propostos pela Teoria da Regulação Responsiva, os trabalhos realizados pela CGU buscaram averiguar a adoção de mecanismos regulatórios não sancionatórios pela Anatel, e sua interação com os mecanismos tradicionais, para estimular a prestação dos serviços de telecomunicações correlacionada com às perspectivas dos usuários.

[...]

Caso a Anatel detecte violação de alguma regra, instaura-se o Processo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO), que é o processo administrativo formal para coleta de evidências, contraditório e ampla defesa e instrução, com fins de subsidiar a decisão da instância competente sobre a aplicação de sanção. Este processo gera custos, tanto para a Anatel, quanto para os demais agentes.

Assim, estes custos devem ser considerados pela agência de modo a buscar o aumento da eficiência no exercício de sua competência de atendimento ao interesse público e desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Destarte, a presente Auditoria buscou verificar se a Anatel prioriza a alocação de esforços de fiscalização e acompanhamento nos serviços mais relevantes, de acordo com a demanda da sociedade.

Após proceder aos devidos exames de auditoria, a equipe do órgão de controle apontou sete achados (CGU, 2020):

- (i) Concentração de PADOs em serviços de telecomunicações que não são os mais demandados pela sociedade;
- (ii) O baixo índice de arrecadação de multas da Anatel não contribui com o objetivo de induzir qualidade na prestação de serviços de telecomunicações;
- (iii) Necessidade de estabelecimento de hierarquia entre os diferentes mecanismos regulatórios da Anatel em cada temática regulatória específica, bem como a definição de diretrizes para o escalonamento e para a transparência na sua utilização;
- (iv) Necessidade de avaliação sobre a modelagem de custo-benefício das ações regulatórias da Anatel;
- (v) Oportunidade de melhoria na divulgação dos regulamentos aplicados a cada serviço de telecomunicação;
- (vi) Oportunidades de melhoria no processo de Avaliação de Resultado Regulatório da Anatel; e

- (vii) Capacitações e treinamentos que visem apoiar e fomentar a implementação da regulação baseada em controle responsivo na Anatel.

Observe-se, em relação ao primeiro apontamento do Relatório, que a equipe de auditoria identificou que, embora o serviço móvel pessoal (SMP ou telefonia móvel) seja o serviço de telecomunicação mais demandado e com maior número de reclamações junto à Anatel, não é ele o objeto do maior número de processos sancionatórios instaurados, o que ilustra, segundo a CGU, a não utilização, pela Agência, de uma abordagem baseada em risco que a auxilie na definição das áreas e temáticas merecedoras de maior atenção e priorização.

Ao examinar os assuntos específicos mais apurados nos PADOS, a equipe de avaliação identificou que, das cinco principais tipologias (“Alteração societária”, “Obstrução à fiscalização”, “Direitos do Consumidor – Convergente”, “Não Outorgado – Serviço” e “Direitos do Consumidor – STFC”), responsáveis por quase 50% dos processos autuados no período analisado (1993 a 2019), menos de 5% são referentes ao serviço de telefonia celular (SMP). Esse primeiro resultado sugere, portanto, que a Agência tem focado seus esforços de fiscalização em assuntos que não são os mais demandados pelos usuários (CGU, 2020). Nesse sentido, consigna o órgão de controle no Relatório que:

Em complemento à análise comparativa entre os serviços mais fiscalizados pela Agência e os que apresentam maior demanda e impacto para a sociedade, apresentada acima, objetivou-se também comparar estes dados com a quantidade de PADOS instaurados ao longo dos anos. A partir dos dados fornecidos pela Agência, foi possível verificar o número de PADOS instaurados em cada ano por serviço. [...] Mais de 22% dos PADOS instaurados em 2015 a 2020 referem-se à “Alteração Societária” e à “Obstrução à Fiscalização”, que, em geral, não contribuem, de forma direta e significativa, para a melhoria dos serviços prestados.

Tendo em vista os custos inerentes da instauração de PADOS, tanto para a Anatel, quanto para os demais agentes, os desafios para alocação de recursos e priorização de atividades, bem como o dever do Poder

Público, de acordo com a LGT, de adotar medidas que propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários, constata-se que, de maneira geral, na aplicação de sanções, os números atuais revelam que Anatel não tem dado foco nos serviços mais demandados pela sociedade.

Nesse sentido, o gestor informou que “por algum tempo, o processo de fiscalização da Agência esteve mais concentrado no STFC, em razão de ser o serviço público determinado na política pública, cujo contrato traz maior rigor em obrigações, o que explica os números aferidos na presente análise.

Contudo, já faz anos que a Agência mudou o foco para os serviços mais demandados, bem como para os temas com maior índice de reclamações dos consumidores. Mas, essa mudança de foco demora a reverberar no número absoluto de PADOs”.

Em que pese a alegação da Anatel, verificou-se que, mesmo em exercícios mais recentes, o número de PADOs ainda está concentrado em serviços menos demandados pelos usuários. Vale ratificar que a instauração dos Processos de Apuração envolve custos para a Anatel e para os agentes do setor. Ante a limitação de recursos, a Agência deve priorizar seus esforços de fiscalização, acompanhamento e controle nos serviços mais demandados para que haja um incremento da melhoria nos serviços de telecomunicações mais imprescindíveis para a sociedade.

Já em relação à segunda constatação da CGU, referente ao baixo índice de arrecadação das multas aplicadas pela Anatel, por meio da qual o órgão de controle buscou verificar se as sanções estão, de fato, contribuindo para a melhoria na qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações, o Relatório em análise destaca que:

Pode ser verificado que, em termos de quantidade, a maioria das multas aplicadas foram efetivamente arrecadadas (56,19%). No entanto, em termos de valores, o percentual de multas quitadas é de 7,55%, bem inferior ao percentual de multas devedoras de 76,52%.

[...]

Assim, tem-se que a alta parcela de inadimplência, combinado com o quantitativo de multas instauradas e canceladas e o número de questionamentos junto ao Poder Judiciário, de forma a postergar as decisões e pagamentos, contribui para a pouca efetividade deste



instrumento regulatório da Anatel. As multas, por si só, não têm sido suficientes para induzir os regulados a cumprirem as obrigações de forma a priorizar o objetivo de prover qualidade na prestação de serviços de telecomunicações.

O gestor ressaltou que a previsão de desconto de 25% quando há a renúncia no direito de recorrer da sanção aplicada, prevista no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativa, tem representado um ganho na arrecadação dos valores de multas.

Mas de qualquer modo, a Anatel reconheceu a baixa efetividade das multas como instrumento regulatório visto que, conforme apresentado em sua manifestação, as grandes prestadoras utilizam de todos os recursos administrativos e jurídicos para protelar ao máximo o pagamento das multas.

Ressalte-se que, não obstante o baixo poder de arrecadação efetiva da Anatel em relação aos PADOs por ela processados, pouco superior a 7% do valor total de multa administrativamente aplicadas, o índice de arrecadação mostra-se muito superior à quantidade de multas: 56,19%. Ou seja, considerando que o RASA dispõe que os valores de multas devem guardar consonância com o porte econômico das empresas reguladas, tal resultado sugere que a atuação regulatória da Anatel junto às empresas de menor porte – que naturalmente não dispõem da mesma capacidade jurídica dos grandes entes regulados – apresenta um desempenho muito superior quando comparado com a atuação da Agência face às empresas maiores. Soma-se a isso o fato de que essas grandes empresas são mais sensíveis aos impactos que os danos reputacionais da exposição indevida de sua imagem podem causar à corporação, o que as torna mais dispostas a se engajarem em medidas de *enforcement* fundadas em mecanismos do tipo “pratique ou explique”, que exploram positivamente o poder da transparência e divulgação de informações como instrumentos regulatórios. Esse conjunto de fatores sinaliza que, **para as grandes empresas, em especial, a estratégia de comando e controle mostra-se potencialmente ainda menos apta a induzir a conformidade do comportamento dos sujeitos regulados.**

Assim, para que a Anatel seja capaz de seguir avançando nesse caminho, a CGU recomenda em seu Relatório a implementação das seguintes medidas:

- (i) Recomendação 1: Estruturar os diferentes mecanismos regulatórios hierarquicamente, no esquema da “pirâmide regulatória” proposta pela teoria responsiva, considerando cada temática específica dos processos de fiscalização regulatória, para que tanto os servidores da Agência, bem como os regulados, conheçam a forma de escalonamento das medidas à disposição da Anatel em cada área de atuação fiscalizatória, de acompanhamento e de controle.
- (ii) Recomendação 2: Definir diretrizes, orientações, premissas gerais ou critérios básicos dos eventos e condutas que acarretarão o escalonamento ou descalonamento das medidas regulatórias, baseado nas condições de risco, histórico de conduta do regulado e efetividade da medida, considerando cada temática específica dos processos de acompanhamento, fiscalização e controle, e seguindo o modelo de fiscalização regulatória.
- (iii) Recomendação 3: Definir a forma de publicação e transparência na utilização dos mecanismos regulatórios, especialmente para manter o histórico das condutas dos regulados, com o objetivo de garantir a isonomia, o constrangimento e o controle social.
- (iv) Recomendação 4: Avaliar a viabilidade de implementação de um processo de mensuração de custo-benefício das ações regulatórias, por meio da etapa inicial da instituição de uma modelagem de priorização dos diferentes mecanismos regulatórios da Agência, no âmbito da Fiscalização Regulatória.

- (v) **Recomendação 5:** Apresentar, nas seções da página da Anatel que permitir maior clareza para os regulados, a lista de todos os regulamentos relacionados a cada serviço de telecomunicação, sejam eles exclusivos ou gerais (aplicados a diversos serviços concomitantemente).
- (vi) **Recomendação 6:** Estabelecer as possíveis formas de comunicação dos resultados do processo "Monitorar a Efetividade das Ações Regulatórias" com as partes interessadas (Stakeholders) ao final do processo.
- (vii) **Recomendação 7:** Estabelecer, no seu processo de gestão do estoque regulatório, a avaliação da validade e dos resultados das normas expedidas pela Anatel de forma periódica e tempestiva, promovendo a divulgação desse processo de acompanhamento com as partes interessadas, seja por meio de indicador, de painel gerencial ou outra forma que julgar adequada para transparência do processo.
- (viii) **Recomendação 8:** Incorporar, ao processo "Monitorar a Efetividade das Ações Regulatórias", a possibilidade de realização de benchmarking, quando e se necessário, para comparação de resultados das ações regulatórias da Anatel.

Entre as Recomendações formuladas pela CGU, vale destacar a primeira delas, na qual a equipe de auditoria conclui pela necessidade de que a Anatel estabeleça “pirâmides regulatórias” específicas para cada segmento regulado, contemplando critérios gerais de escalonamento e transparência, haja vista a heterogeneidade dos assuntos. Nesse ponto, a CGU reconhece os esforços da autarquia no sentido de modernizar seus mecanismos regulatórios, com destaque para a edição do novo RQUAL e do Projeto de Pesquisa desenvolvido junto à UnB, como exemplos do empenho da Agência de implementação de um modelo de regulação responsiva.

Merece realce, também, a Recomendação de nº 4, na qual o órgão de controle não só admite a importância de se considerar o custo-benefício dos instrumentos regulatórios ao se estabelecer a estratégia de regulação da Agência, mas, expressamente, recomenda que a ANATEL proceda a essa mensuração, adotando modelagem que priorize a fiscalização, o acompanhamento e o controle dos serviços mais demandados pela sociedade, o que evidencia a inadequação da atual sistemática de instauração indiscriminada de PADOs para apurar toda sorte de desconformidade regulatória por parte dos sujeitos regulados pela Agência.

A CGU não emitiu, ainda, um relatório com recomendações responsivas para a ANAC, mas o exemplo da ANATEL demonstra a pertinência de que as críticas expostas pela CGU no Relatório de Avaliação da ANAC (CGU, 2020), referente ao exercício de 2019 e divulgado em outubro de 2020, referentes ao gerenciamento de processos se concentrará, no futuro, no cumprimento dos objetivos da atuação da Agência e em recomendações de novas estratégias regulatórias que não sejam dependentes exclusivamente da forma regulatória do comando e controle.

### **1.3 A utilização inadequada do processo sancionador como instrumento de *enforcement* regulatório como um dos grandes problemas do modelo de comando e controle**

Apesar do problema da instauração indiscriminada de procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações ser apontado como um dos principais gargalos a ser enfrentado no processo de aprimoramento do modelo regulatório ancorado em estratégias de comando e controle, não se deve, no entanto, reduzir o complexo desafio do desenho e abordagem regulatória à mera revisão do procedimento de controle e fiscalização.

De fato, a utilização inadequada e disfuncional do processo sancionador como instrumento de *enforcement* regulatório constitui um dos grandes problemas do modelo de comando e controle, mas não o único, tampouco a causa determinante da inoperância do modelo regulatório estudado, mas, antes, pode ser o reflexo de seu desvirtuamento, fruto de um equivocado entendimento acerca do próprio conceito e escopo da regulação no contexto contemporâneo.

É preciso lembrar que o paradigma tradicional de comando e controle se baseia no princípio de que a regulação deve se valer da coação e da ameaça sancionatória para impor a observância à regra e garantir a conformação do comportamento em grande medida porque o sistema é embasado na desconfiança e suspeita tanto do legislador em relação ao aplicador da norma – por isso, a legalidade estrita é privilegiada e a discricionariedade do agente público é fonte de preocupação – tanto quanto do regulador em relação aos regulados, os quais são geralmente encarados, de forma reducionista, como sujeitos racionais, movidos tão-somente por critérios econômicos e utilitários. Nesse cenário, como não poderia ser diferente, é o modelo clássico e burocrático de regulação que predomina, o qual tem o controle como elemento central.

**À vista disso, embora o debate acerca das alterações normativas, que podem as agências reguladoras diretamente proceder ou induzir, geralmente gire em torno apenas das normas que regem o processo administrador sancionador, já que se busca, legitimamente, solucionar com urgência e prioridade o problema que envolve o número desmesurado de instauração de processos apuratórios e sancionadores no âmbito das Agências, entende-se que o aprimoramento do modelo regulatório deve passar necessariamente por uma abordagem holística que promova a ressemantização da atividade regulatória como um todo.**

Ou seja, para que possa enfrentar de forma abrangente e completa as fragilidades e inconsistências de uma modelagem regulatória, adequando-a a um modelo pleno de regulação por incentivos, deve-se revisitar não só as normas

instrumentais, que regem os procedimentos de fiscalização regulatória e o seu processo administrativo sancionador – nos moldes que será adiante comentado – mas promover, concomitantemente, também uma ampla e profunda revisão de suas normas de caráter material, as quais estabelecem numerosas obrigações aos regulados, para repensá-las e estruturá-las sob a concepção e perspectiva da responsividade.

Note-se que também a CGU se manifestou nesse sentido no Relatório sobre a Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel ao registrar que, embora a Agência já conte com importantes mecanismos não sancionatórios ao seu dispor<sup>40</sup>, esses diferentes mecanismos regulatórios ainda não estão configurados em um esquema hierárquico de escalonamento, conforme risco e gravidade da situação, o que não permite a avaliação de como estão programados para ser utilizados de forma integrada, harmônica e complementar, como se espera do funcionamento de uma efetiva engrenagem regulatória responsiva (CGU, 2020).

Desse modo, entende-se que, para se adequar um modelo regulatório baseado em comando e controle às mais modernas técnicas e estratégias de regulação responsiva, esse deve ser analisado em sua total completude e magnitude, dedicando-se à estruturação de regimes jurídicos diferenciados que, formulados à luz da teoria da regulação por incentivos, em especial, da teoria responsiva, sejam capazes de oferecer os instrumentos adequados para responder aos múltiplos e distintos problemas de regulação, adaptando, calibrando e

---

<sup>40</sup> A CGU cita os seguintes mecanismos como exemplos: Classificação Comparativa de Acessibilidade (Regulamento Geral de Acessibilidade em Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo, art. 32); Selos de Qualidade (Regulamento Geral de Acessibilidade em Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo, art. 32); Direito de Rescisão de Contrato por Selo de Qualidade Baixo (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, art 58); Medidas Cautelares (Regimento Interno da Anatel, art. 52); Procedimento de Acompanhamento e Controle (PAC) (Regimento Interno da Anatel, art. 79); e Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) (Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013) (CGU, 2020:22)

customizando sua abordagem regulatória ao perfil dos regulados e dos serviços e direitos tutelados.

Observe-se, ainda, que, além de promover essa ampla e profunda revisão da estrutura normativa de seu arcabouço regulatório para incorporar a sistemática responsiva de incentivos, pode-se incluir, nesse amplo processo de revisão, também o trabalho de atualização de determinadas obrigações, sob a perspectiva da verificação da conveniência e oportunidade de ainda se exigir sua implementação ou de se oferecer a possibilidade de que algumas obrigações sejam alternativamente cumpridas por outros meios, distintos do que os hoje previstos.

Como é sabido, como a prática regulatória das agências reguladoras brasileiras sempre foi orientada para a prescrição detalhada das diversas providências a serem implementadas pelas empresas, é preciso, ocasionalmente, examinar a razoabilidade de se manter determinadas regras, as quais podem não mais atender aos objetivos regulatórios ou impor custos desnecessários ou desproporcionais aos regulados.

Não sem razão, a OCDE exorta os órgãos reguladores, na “Recomendação sobre Política Regulatória e Governança” (2012), a:

“Realizar revisões sistemáticas do estoque regulatório frente a objetivos claramente definidos, incluindo a análise de seus custos e benefícios, para garantir que as normas permaneçam atualizadas, eficientes, consistentes e contribuindo para os objetivos pretendidos”.

Todavia, além do trabalho geralmente priorizado de atualização, racionalização e simplificação normativa, deve-se ser incluída também em qualquer projeto de aprimoramento regulatório também a reformulação da própria estrutura e conteúdo das normas, inclusive por meio da Avaliação do Resultado Regulatório – ARR, referente ao processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos regulatórios foram alcançados (OCDE, 2015).

Registra-se, nesse sentido, recomendação da CGU constante do multicitado Relatório de Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel, no qual o órgão recomenda sejam considerados especificamente três documentos da OCDE que estabelecem diretrizes, orientações e parâmetros para realização da ARR: “Recomendações do Conselho para Políticas e Governança Regulatória”<sup>41</sup>, de março 2012; “Avaliando Lei e Regulações – O caso da Câmara dos Deputados do Chile”<sup>42</sup>, de maio de 2012; e a “Perspectiva da OCDE de Política Regulatória”, de 2015<sup>43</sup> (CGU, 2020:28)

Por fim, mostra-se imprescindível que qualquer esforço de implementação de um modelo regulatório responsivo contemple não só a revisão das normas de caráter material e processual, nos termos abordados até aqui, mas que se debruce, ademais, sobre a avaliação de seus fluxos de trabalho e desenho organizacional para verificar sua adequação às atuais necessidades e anseios da Agência Reguladora referentes a uma maior responsividade de seus processos de planejamento, monitoramento, controle e fiscalização, que desaguam todos no processo sancionador, de modo a orientá-los para uma abordagem mais baseada em risco e em evidências (OCDE, 2018:13 -23).

**Diante dos argumentos apresentados, conclui-se que, embora a utilização excessiva e indiscriminada do processo sancionador como instrumento de *enforcement* regulatório seja frequentemente apontada como o principal problema de modelos regulatórios fundados em estratégias de comando e controle, ela se mostra, de fato, como questão importante a ser enfrentada, mas não deve ser encarada como o único problema. Uma série de outras medidas, igualmente relevantes, merecem semelhante atenção e precisam ser adotadas para que Agência**

---

<sup>41</sup> <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>

<sup>42</sup> [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/evaluating-laws-and-regulations\\_9789264176263-en#page7](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/evaluating-laws-and-regulations_9789264176263-en#page7)

<sup>43</sup> <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>



**avance em seu processo de implementação de um modelo regulatório responsivo.**

#### **1.4 A desnecessidade de se alterar a Lei para se resolver o problema do uso inadequado do processo sancionador como instrumento de *enforcement* regulatório**

Nos debates que envolvem processos de revisão e aprimoramento de modelos regulatórios, é frequente surgirem dúvidas acerca da eventual necessidade de se promover alterações normativas que autorizem expressamente a Agência Reguladora a se valer de mecanismos responsivos de regulação e, principalmente, a deixar de instaurar processos administrativos quando identificado o descumprimento de normas por parte do regulado.

Tais questionamentos se apresentam de forma ainda mais vigorosa quando a lei que disciplina a regulação do setor prevê de forma geral que o descumprimento das obrigações regulatórias ensejará a aplicação de sanções, encartando um hipotético dever-poder do regulador de sempre instaurar processos para apurar indícios de violações normativas.

Nesses casos, é possível haver dúvidas sobre a juridicidade de entendimento que sustente a flexibilização ou relativização do dever-poder da Administração de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios, uma vez que a lei não ofereceria margem de discricionariedade ao regulador para decidir pela não abertura do processo, não havendo a possibilidade, inclusive, de se proceder a qualquer revisão infralegal que altere a sistemática legal de apuração das desconformidades regulatórias.

Todavia, como se verá, qualquer interpretação nesse sentido, não se mostra juridicamente adequada uma vez que esse dever-poder de apuração não se impõe de modo absoluto, tampouco pode ser desarrazoadamente levado ao

extremo para obrigar a Administração a apurar, em quaisquer circunstâncias, toda sorte de descumprimentos normativos por parte das empresas reguladas.

A decisão do regulador de instaurar um processo deve ser precedida da necessária análise acurada do caso, a qual subsidiará a formação do juízo de admissibilidade acerca da justa causa para instauração ou não do processo. Ou seja, o comando normativo não impele a abertura automática, instantânea e irrefletida de processos para apuração de qualquer descumprimento de obrigações ou prática de qualquer tipo de infração.

É dizer: o descumprimento de obrigações pode ensejar a aplicação de sanções e a prática da infração pode sujeitar os infratores à aplicação de sanções se, e tão-somente se, a autoridade competente, com base nas regras e princípios que informam o Direito Administrativo, concluir pela necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da abertura do processo. Isso porque a exegese das normas não deve admitir o absurdo, tampouco pode produzir situações ilógicas e incongruentes.

Desse modo, não se pode extrair do princípio do dever poder de apuração o fundamento jurídico para se impor a **instauração indiscriminada de processos administrativos, inclusive de condutas de baixa repercussão e baixo potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, gerando uma situação jurídica e economicamente insustentável – que contraria princípios basilares que informam o Direito Administrativo, como eficiência, proporcionalidade e razoabilidade dos atos praticados pela Administração Pública – e pode produzir contraditoriamente efeitos diminutos na dissuasão de infrações e na consecução dos objetivos regulatórios.**

Se interpretar e aplicar o Direito implica conferir-lhe eficácia, a utilização indiscriminada e não criteriosa do processo sancionador como

instrumento regulatório de conformação de condutas não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, consoante demonstrar-se-á adiante.

O cerne da questão de fundo que se coloca, *in casu*, gira em torno da interpretação, abrangência e escopo limitado que se está a conferir ao princípio da legalidade e seu caráter de instrumento vinculador da atuação da Administração Pública, como se ainda lhe coubesse tão-somente a aplicação da lei de ofício. Não se trata de debate jurídico novo. Surpreende-se é que ele ainda seja utilizado para justificar a inação ou a ação falha ou insuficiente do Estado regulador.

Com efeito, essa visão clássica do princípio da legalidade, que teve papel decisivo na formação histórica do chamado regime jurídico-administrativo ao conter o arbítrio estatal e submetê-lo ao império da lei, contribuindo para a construção e sedimentação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público, foi sendo lapidada ao longo do século XX e, hodiernamente, é majoritário o entendimento de que a atuação estatal não se sujeita ou se adstringe à legalidade estrita, mas deve se guiar pela consecução da finalidade legal expressa nos princípios e valores insculpidos no sistema jurídico (BINENBOJM, 2014).

Não sem razão, ganharam força nos últimos anos os debates acerca do cenário de “crise da lei”:

(...) é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes (BINENBOJM, 2014, p. 35).

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Não há disciplina jurídica sobre a qual o fenômeno da crise da lei não haja espreado seus efeitos. Inobstante, cuidar-se-á aqui, com especial ênfase e de modo específico, das repercussões da crise da lei sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como

uma vinculação positiva à lei, bem como de suas transformações sob a égide do Estado democrático de Direito (BINENBOJM, 2014, p. 131-132).

Nesse contexto e como tentativa de resposta à “crise da lei formal”, que ensejou também a crise do próprio Direito Administrativo, a doutrina mais abalizada passa a defender a necessidade de que o princípio da legalidade seja concebido à luz do paradigma de Estado Democrático de Direito, o qual impõe a sujeição da Administração Pública diretamente à Constituição e a seus princípios e valores, não se admitindo mais que a atuação estatal seja pautada tão-somente na lei em sentido estrito. Em outras palavras, “a Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa” e como “critério imediato de decisão administrativa” (OTERO, 2003:733 *apud* BINENBOJM, 2014), uma vez que “se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição.” (BONAVIDES, 1996:362 *apud* BINENBOJM, 2014).

Por isso, com a reconhecida supremacia formal e ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, fala-se agora em constitucionalização do Direito Administrativo e em substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo, evoluindo-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas à Constituição como norma jurídica. Desse modo, a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente e conforme com o complexo sistema de princípios e regras delineado na Constituição (BARROSO, 2005; BINENBOJM, 2014).

Assim, não se pode pretender mais, nesse cenário, explicar ou justificar o agir ou não agir da Administração Pública com base somente na estrita vinculação positiva à lei. Se a ideia de juridicidade administrativa se traduz na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição, não se mostra juridicamente adequado circunscrever a interpretação da norma jurídica à leitura isolada de seu comando textual.

Vale ressaltar que a adoção do princípio da juridicidade, em substituição ao princípio da legalidade estrita implica, também, a revisão da noção tradicional, ainda muito propalada, que busca restringir o poder discricionário da Administração Pública, contrapondo-o, de modo simplista, ao poder expressamente vinculado pela lei. Sob o paradigma da constitucionalização do Direito Administrativo, a discricionariedade deve ser encarada como liberdade indispensável, no cenário de complexidade contemporânea, à tomada de decisão administrativa, mas liberdade vinculada à atribuição explícita ou implicitamente conferida pelo ordenamento jurídico. É dizer, o necessário poder discricionário exercido pela autoridade competente se sujeita não só às normas específicas que regem cada situação, mas ao conjunto de regras e princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral (MEDAUAR, 2018).

A consignação de tal entendimento faz-se importante para refutar argumentos contrários à possibilidade de que o regulador legitimamente exerça a função reguladora, de forma responsiva e inteligente, valendo-se dos diferentes instrumentos e técnicas regulatórias postas à sua disposição e não somente da ameaça da sanção para obter a conformação do comportamento dos regulados. Para tanto, obviamente, deve ser conferida a imprescindível – e controlável – margem de discricionariedade para que a autoridade possa decidir, em cada caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração de processos administrativos apuratórios.

Portanto, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, para além de se sobrepor ao princípio da legalidade, o princípio da juridicidade constitui verdadeira diretriz que deve nortear a interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico, submetendo-as ao necessário filtro valorativo da Constituição (“filtragem constitucional”) (BINENBOJM, 2014), não se mostrando mais razoável, no atual contexto, a defesa do automatismo processual, tampouco a irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais

que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público.

Desse modo, deve ser assegurada a necessária discricionariedade ao regulador para que, motivadamente, de modo legítimo, técnico, responsável e responsável, forme seu juízo de admissibilidade e decida, face à análise de um caso concreto de descumprimento de obrigação regulatória, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo apuratório.

#### **1.4.1 A conexão entre os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: o *jus puniendi* do Estado desempenhado conforme os princípios e regras constitucionais**

Uma vez demonstrada que toda atividade administrativa se encontra vinculada à Constituição, como inquestionável reflexo do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo e do reconhecimento da superioridade e força normativa da Constituição, cujos princípios e valores orientam a aplicação e interpretação de todo o ordenamento jurídico, passa-se, neste tópico, à análise do exercício do poder punitivo da Administração Pública à luz do princípio da juridicidade, o qual impõem, também, profundas modificações no disciplinamento tradicional do processo administrativo sancionador.

Primeiramente, é mister destacar que é majoritário o entendimento acerca da unicidade do *jus puniendi* do Estado, ou seja, de que o poder punitivo estatal é um só (JUSTEN FILHO, 2012). Isso significa que, a despeito da independência e autonomia entre as esferas do Direito, em especial a esfera penal e a administrativa sancionadora, cada qual com regramentos próprios e consentâneos às suas particularidades, é crescente a convergência e comunicabilidade na aplicação de princípios processuais constitucionais que protegem os direitos e garantias dos indivíduos e da sociedade em relação ao poder

sancionador do Estado, exatamente por se considerar que se tratam ambas de vertentes do mesmo poder punitivo estatal, que é uno (MELLO, 2007).

No âmbito do Direito Administrativo, o debate acerca da sujeição do poder punitivo, exercido pela Administração Pública, aos princípios constitucionais tem ganhado significativa relevância nos últimos anos, tendo em vista a progressiva expansão da atuação sancionadora do Estado nessa seara. De fato, se por um lado, faz-se importante a Administração valer-se do seu poder regulador e de polícia para conformar comportamentos e ordenar social e economicamente a sociedade, por outro lado, a instauração de processos administrativos e a imposição de sanções importam gravames tão ou até mais severos do que os aplicados em outras esferas, o que requer a observância dos princípios e regras constitucionais de proteção dos administrados contra o eventual exercício arbitrário do *jus puniendi* estatal (BINENBOJM, 2017).

Sob esse fundamento, reconhece-se, hoje, a existência de “núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito” (BINENBOJM, 2017, p. 621) e a consequente obrigatoriedade de aplicação dos princípios processuais, previstos na Constituição e tradicionalmente utilizados como balizas na aplicação do direito penal, também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Ou seja, como as sanções administrativas apresentam configuração muito semelhante às de natureza penal, elas devem se sujeitar a regime jurídico que ofereça garantias idênticas, ou ao menos similares, de proteção aos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2012).

Nessa esteira, além das cláusulas constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da tipicidade decorrente do princípio da legalidade, dos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade, também devem nortear a aplicação do direito administrativo sancionador os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5º, XLVI) e os princípios da justa causa, da

razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV). Ressalte-se que, embora alguns dos dispositivos constitucionais, que dispõem sobre tais direitos e garantias fundamentais, façam referência a expressões próprias do direito penal (crime, pena, lei penal), o entendimento majoritário é o de que isso não impede a sua aplicação ao processo administrativo sancionador. Ao contrário, constituindo-se corolários do Estado de Direito, esses princípios seriam aplicados ainda que não estivessem expressamente previstos no texto constitucional (MELLO, 2007).

Registra-se, a esse propósito, entendimento já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.” (STJ, RMS 24559/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j.03.12.2009, Dj 01.02.2010. No mesmo sentido, STJ, AgRg no Ag 901949/SP, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma., j. 20. 11.2007, DJ 10.12.2007. p. 318).

Desse modo, entre os princípios processuais aplicados na esfera do direito penal, que têm sido aplicados também na esfera do processo administrativo sancionador, destaca-se, primeiramente, o princípio da insignificância.

Considerado um dos mais relevantes princípios do Direito Penal moderno, o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, teve a sua conceituação formulada na década de 70, a partir das ideias preconizadas pelo doutrinador alemão Claus Roxin, que defendia ser imperativa a existência de uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e o rigor e drasticidade da intervenção estatal apresentada como resposta. Para o autor, há condutas que, embora se amoldem a determinado tipo penal (tipicidade formal), não apresentam nenhuma relevância material porque não foram capazes de causar expressiva lesão a um bem jurídico (tipicidade material), não devendo, portanto, ser juridicamente consideradas. Ou seja, nas situações em que há ínfima lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado, ocorre o



afastamento da tipicidade material da conduta, excluindo-se do próprio âmbito de incidência da lei os atos ilícitos cujos resultados provocados são considerados insignificantes ou como bagatela (BITENCOURT, 2014).

Nesse passo, uma conduta somente será considerada materialmente típica quando, no caso concreto, lesar ou seriamente ofender bem juridicamente tutelado e constitucionalmente relevante. Do contrário, não há que se falar em tipicidade material e, por conseguinte, não há ilícito, uma vez que, não obstante a subsunção da conduta do agente ao tipo abstrato previsto em lei, resta ausente um dos elementos de constituição da tipicidade. É dizer, uma vez que o princípio da insignificância torna o fato atípico, não é possível concluir se uma determinada conduta constitui ato ilícito sem se proceder à devida análise da relevância do bem jurídico supostamente afetado, bem como da lesividade provocada na prática (GRECO, 2014).

Por isso, se diz ser imprescindível a aplicação do princípio da insignificância pelo intérprete e aplicador de normas que envolvem o *jus puniendi* do Estado. É ele o critério reitor na definição sobre a inserção ou exclusão do ato ilícito do âmbito de incidência da lei, evitando-se a instauração de processos desnecessários nos casos de lesão irrelevante ao bem jurídico protegido, nos quais, não havendo motivo para a imposição de uma sanção, não se justifica sequer a instauração de processo e a movimentação do aparato estatal (GRECO, 2014).

Vale ressaltar que, apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância possui sólida e pacífica aceitação jurisprudencial e doutrinária e tem sido largamente utilizado como importante ferramenta na interpretação e aplicação do Direito, principalmente a partir do estabelecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no célebre julgamento do HC nº 84.412 de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, das seguintes balizas que devem nortear, na prática, a aplicação do princípio e, por consequência, a exclusão da tipicidade material da conduta: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da

ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (PRADO, 2011).

Atualmente, esses requisitos constam expressamente do “Glossário Jurídico” do STF, disponível em seu sítio na internet:

O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (<http://www.stf.jus.br/portal/glossario>)

Posto tudo isso, faz-se necessário destacar, contudo, que, para se aplicar adequadamente o princípio da insignificância e se afastar, de modo correto, a tipicidade material de uma conduta, o intérprete e aplicador de normas que envolvem o *jus puniendi* do Estado deve conhecer e compreender muito bem qual o bem jurídico que, no caso concreto, a lei visa a proteger.

Embora a teoria do bem jurídico tenha se originado e evoluído no âmbito do direito penal, a teoria é amplamente utilizada nos demais ramos do direito – máxime nos de natureza sancionatória, como o Administrativo Sancionador – como forma de se impor limites, principalmente, ao poder legiferante, obrigando a adoção de critérios que norteiem a instituição e aplicação de regras destinadas a proteger bens e valores individuais, coletivos e difusos, levando-se em consideração a finalidade político-sancionatória da intervenção estatal. Trata-se de garantia de que o Direito, no Estado Democrático, somente se valerá dos instrumentos necessários e suficientemente capazes de responder à violação do bem ou valor normativamente protegidos (PRADO, 2009).

A teoria do bem jurídico digno de tutela é largamente utilizada, ademais, sob a perspectiva teleológica e exegética, para orientar a correta interpretação e aplicação das normas aos casos concretos, evitando-se deturpações ou desvios de finalidade e garantindo-se a prevalência das opções políticas feitas pelo legislador acerca de como melhor juridicamente proteger determinado bem – dado ou valor social, material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual – que se entendeu relevante e merecedor da tutela do Direito, do Estado e da sociedade, em determinado contexto social ou momento histórico (PRADO, 2009).

Bens constitucionalmente relevantes, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a integridade pessoal e a honra são tradicionalmente objeto de tutela de praticamente todos os ramos do direito. Todavia, nas últimas décadas, fruto do reconhecimento de novos valores, de cunho coletivo ou socialmente difuso, novos bens jurídicos, como o meio ambiente, direitos do consumidor, a moralidade e probidade administrativa, a livre iniciativa, a igualdade e o equilíbrio concorrencial e o direito de acesso à serviços públicos de qualidade, passaram, também, a ser objeto de tutela jurídica por uma diversidade de normas.

Nesse sentido, identificar qual o bem jurídico especificamente tutelado por uma norma nem sempre se constitui tarefa simples, especialmente porque, muitas vezes, se requer, para tanto, que se conheça o valor e relevância atribuídos pela sociedade ao bem protegido, os quais orientaram a definição da política dissuasória estabelecida pelo legislador.

Entretanto, como é esse conceito de bem jurídico que fundamenta a movimentação do aparato estatal para buscar conformar comportamentos e reprimir condutas consideradas como injustas, toda interpretação do Direito Sancionatório deve, necessariamente, se iniciar pela minuciosa compreensão do bem jurídico tutelado pela norma em exame.

Ou seja, uma vez que o descumprimento de um comando normativo geral e abstrato enseja, em regra, a resposta jurídica correspondente, qual seja, a aplicação da sanção cabível, o Direito Administrativo Sancionador requer, necessariamente, portanto, que seja interpretado e aplicado sob à égide e à luz dos princípios e regras constitucionais que disciplinam o exercício do *jus puniendi* do Estado, entre eles, o princípio da insignificância, que afasta a tipicidade material da conduta quando a lesão ao bem jurídico tutelado for considerada irrelevante para justificar a instauração de processo e a movimentação do aparato estatal.

Relacionado ao princípio da insignificância, há o princípio da justa causa, que também emerge do regime de garantias constitucionais brasileiro e constitui fundamento da teoria geral do processo, balizando a formação do juízo de admissibilidade que deve ocorrer em todas as esferas de persecução estatais.

O que o princípio da justa causa impõe é que esse juízo de valor, efetuado pela autoridade competente para a tomada de decisão acerca da instauração do processo, mesmo que realizado de forma perfunctória ou em cognição sumária, seja fundamentado em elementos concretos que contenham efetivos indícios de autoria e materialidade da conduta a ser apurada e eventualmente punida. Há que existir, portanto, plausibilidade mínima a justificar a abertura do procedimento, sob pena de se configurar o excessivo, desproporcional e irrazoável o uso do exercício do poder sancionador.

Embora a doutrina divirja quanto à natureza jurídica do princípio da justa causa – se se trata de condição material da própria propositura da ação, consubstanciada no interesse de agir ou possibilidade jurídica do pedido ou se condição de procedibilidade do processo – não há dúvidas quanto ao momento em que ele deve ser aplicado: antes da instauração do processo, quando a autoridade deve examinar a presença ou a ausência de justa causa à admissibilidade da prossecução estatal.

A observância do princípio da justa causa assume especial relevância na proteção da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem dos administrados, constituindo garantia de que não serão processados pelo Estado sem que haja indícios concretos de autoria da prática de ato ilícito, formal e materialmente tipificado:

“Com efeito, a necessidade de justa causa para a procedibilidade da denúncia tem o propósito de não submeter o indivíduo a uma situação que expõe sua reputação e imagem se não houver elementos suficientes consistentes que indiquem sua necessidade (BARROSO, 2002, p. 553).

Além do princípio da insignificância e da justa causa, ressalta-se a importância da aplicação, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, também do princípio da culpabilidade, não só porque a exigência de que uma sanção somente seja imposta a alguém quando constatada a prévia culpa em sentido lato – ou seja a aferição de dolo (intenção de praticar ou assunção do risco do resultado) ou de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) – possui natureza de garantia constitucional, a qual limita o Direito Punitivo como um todo, mas porque a aplicação do princípio garante que, também nessa esfera do *jus puniendi* estatal, a Administração possa se ocupar prioritariamente das condutas que produzem lesão significativa à sociedade (OSÓRIO, 2009).

Desse modo, no exercício de seu poder sancionatório, o Estado – inclusive, por óbvio, o regulador – deve considerar não apenas a existência da conduta ilícita e do resultado lesivo, por ela provocado ao bem jurídico tutelado, mas deve verificar, adicionalmente, se esse comportamento se funda em ação passível de censura estatal. É dizer, a Administração não pode, em regra, promover a responsabilização objetiva do administrado – exceto quando a própria lei assim a autorize, mas deve examinar os elementos subjetivos atinentes à conduta do infrator. Isso porque, conforme explica MELLO (2007, p. 178):

a medida afliativa imposta ao particular, voltada a prevenir novas infrações, só é adequada se for capaz de efetivamente estimular o infrator a adotar comportamento diverso no futuro. E, para tanto, é imprescindível

que o administrado tenha praticado a conduta típica de modo consciente e voluntário (dolo) ou ao menos tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência (culpa em sentido estrito).

Ora, como se sabe, o conceito de ilícito para o Direito refere-se à atuação voluntária, omissiva ou comissiva, contrária à norma e requer, em regra, a culpabilidade do agente para que possa ser punida. Ou seja, embora a prática de uma infração pressuponha, em tese, a devida aplicação da sanção correspondente, a culpabilidade opera como um pressuposto lógico e necessário da punição, pois a persecução estatal somente deve ser dirigida contra aquele que intencionalmente descumpriu exigência legal ou que deixou de evitar ou permitiu que a infração ocorresse quando era possível e exigível fazê-lo. **Sem a verificação desses elementos, a imposição da sanção perde sua função reguladora e passa a ter fim em si mesma, incompatível com o Estado Democrático de Direito** (BINENBOJM, 2017).

#### 1.4.2 Os princípios da insignificância e da justa causa aplicados ao Direito Administrativo Sancionador: o dever-poder da Administração instaurar processos apuratórios *versus* o dever-poder da Administração proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da instauração

Demonstrada a imperatividade de que, como expressão da unicidade do *jus puniendi* do Estado, os princípios constitucionais que regem o processo penal, oferecendo a necessária garantia dos direitos fundamentais, sejam igualmente aplicados ao Direito Administrativo Sancionador, abordar-se-á neste tópico como a aplicação desses princípios vem orientando a instauração e condução de processos no âmbito da Administração Pública, em especial os princípios da insignificância e da justa causa.

Antes de se adentrar na análise da questão específica proposta e para se poder compreendê-la adequadamente, deve-se lembrar que, conforme aduzido anteriormente, o Direito Administrativo clássico, fundado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e na indisponibilidade do interesse público, tem na legalidade estrita uma de suas vigas metras, da qual decorre a noção basilar de que a Administração Pública possui a função de garantir a consecução desses princípios.

Do ponto de vista jurídico, a atribuição de uma função implica a instituição de poderes de natureza instrumental, que são conferidos como meio para a realização do fim maior. Por isso se diz que a Administração, para lograr o pleno desempenho de sua função, dispõe do poder-dever – ou do dever-poder, na expressão consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello –, o qual lhe possibilita manejar mecanismos, não disponíveis ao particular, para que seja capaz de bem exercer a função de tutela do interesse público e satisfação de necessidades coletivas.

Importante sublinhar que a função expressa no dever-poder da Administração não lhe concede autonomia para atuar livremente. Ao contrário, a prática administrativa sujeita-se a um conjunto de deveres jurídicos que a limita e a conforma, os quais podem ser compreendidos sob duas perspectivas: a Administração é obrigada a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ela confiado e, ao mesmo tempo, está proibida de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização do encargo que lhe cabe (JUSTEN FILHO, 2012).

Para garantir o controle do exercício dessa função e se evitarem abusos na utilização das prerrogativas dela decorrentes, o sistema jurídico possui mecanismos próprios que, ao disciplinar a interpretação e aplicação das normas, orientam a prática do ato administrativo e possibilitam a sua verificação por terceiros. Trata-se de critérios e técnicas hermenêuticas que contemplam diretrizes acerca da proporcionalidade e razoabilidade da ação administrativa e,

principalmente, buscam preservar a sistematicidade do ordenamento jurídico, de modo que a atuação da Administração Pública se mostre consentânea à Constituição (JUSTEN FILHO, 2012).

É dizer, o dever-poder exercido pela Administração não se adstringe somente ao princípio da legalidade estrita. Ao contrário, apenas se revela legítimo quando, examinado o caso concreto, se constate que a decisão adotada satisfaz o interesse público, é apta a produzir os fins visados e adequada quanto às externalidades produzidas, bem como compatível com os princípios e valores emanados do ordenamento constitucional.

Vale lembrar que os princípios ocupam um papel ainda de maior relevância e influência no âmbito do Direito Administrativo, justamente por se tratar de ramo do direito não codificado.

Nota-se, portanto, que independente do ato administrativo se caracterizar como ato vinculado ou discricionário, ou seja, conferir alguma margem de discricionariedade para que a autoridade administrativa escolha uma dentre outras opções para concretizar a finalidade do mandamento legal, o dever-poder da Administração deverá ser sempre interpretado à luz dos fins que o justifica.

Posto isso e avançando-se na análise da aplicação do princípio do dever-poder no âmbito do Direito Administrativo Sancionatório, mais especificamente no que toca à apuração de ilícitos e à instauração de processos administrativos, observa-se que essa prerrogativa é, ainda, às vezes, confundida com uma obrigatoriedade inafastável da Administração, que não poderia em nenhuma hipótese se desonerar de tal função.

Sob essa perspectiva a Administração não teria a opção de decidir, motivadamente, no caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de abrir procedimento de apuração de conduta contrária à legislação, pois o dever-poder supostamente se aplicaria de modo automático e



inflexível, impingindo a obrigatoriedade da instauração do processo apuratório e sancionatório.

Ora, consoante demonstrado, o dever-poder da Administração constitui função de natureza instrumental, conferindo, para tanto, prerrogativas que podem, ou não, ser utilizadas pelo Estado, conforme se mostrarem necessárias para o atingimento dos fins almejados. Não se trata da imposição de obrigações quanto à adoção de uma ou outra medida, pois o pressuposto lógico é o de que cabe à autoridade competente avaliar as circunstâncias do caso concreto e tomar a decisão mais adequada, que, ao mesmo tempo, satisfaça o interesse público, atenda à finalidade legal e guarde respeito e harmonia com os princípios e valores constitucionais.

No escopo do processo administrativo sancionador, o dever-poder da Administração se revela, em especial, no momento em que ela forma e externa o seu juízo de admissibilidade acerca da abertura do procedimento. **O juízo ou exame de admissibilidade refere-se à análise prévia na qual a autoridade competente levanta todos os elementos acerca do fato e da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de se proceder à instauração do processo** (PINHO, 2011).

Tal conceito é absolutamente assente e aplicado em sede de Processo Administrativo Disciplinar – PAD, por exemplo, uma vez que é comum encontrar na própria legislação, que disciplina a matéria, regra que disponha sobre o juízo de admissibilidade, condicionando a instauração do processo administrativo à existência de elementos mínimos que justifiquem a ação sancionatória.

Ao formar o seu juízo de admissibilidade acerca da instauração de um processo, exercendo não o seu dever-poder apuratório, mas o seu dever-poder de, motivadamente, decidir sobre a necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de apurar determinado descumprimento de regra, a Administração

deve se pautar, como dito, pelos princípios constitucionais que fundamentam os direitos e garantias constitucionais, entres eles, especialmente, os princípios da insignificância e da justa causa.

Desse modo, se, por um lado, a aplicação do princípio da insignificância foi consolidada, primeiramente no âmbito do Direito Penal, não há dúvidas, conforme demonstrado antes, que seu conteúdo interpretativo extrapola a esfera criminal e permeia a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas, uma vez que reflete valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Assim, critérios de relevância jurídica da conduta e do impacto e lesividade provocados ao bem jurídico tutelado pela lei, em exame no caso concreto, devem ser utilizados pela autoridade competente ao firmar o seu juízo de admissibilidade acerca da instauração do processo (PINHO, 2011).

Registra-se que esse é, inclusive, o entendimento e orientação da Controladoria-Geral da União (CGU), constantes do seu Manual de PAD:

(...) A autoridade instauradora, quando do juízo de admissibilidade, verificará a pertinência subjetiva e objetiva para determinar a instauração do processo.

(...) a Administração não deve reagir imediatamente com a instauração de processos disciplinares formais. Faz-se necessário, de início, avaliar a pertinência da notícia veiculada sob o manto do anonimato, averiguando a existência de indicativos mínimos de razoabilidade. A tal procedimento dá-se o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.

(...)

Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável.

Feito isso, ou seja, constatada a existência de indícios de verossimilhança da denúncia, o passo seguinte da autoridade é determinar a instauração de uma investigação preliminar, de caráter sigiloso, informal, a fim de recolher sinalizadores (provas de materialidade e autoria) aptos a respaldar o administrador público quanto à instauração de sindicância, de processo administrativo disciplinar ou mesmo de arquivamento da denúncia.

Essa providência prévia, sumária ou também denominada preparatória, deve ser a primeira reação da autoridade no momento em que se deparar com notícia de um ilícito funcional. Ela é informal e dispensa comissão, sendo que qualquer servidor poderá ser designado para realizar os atos de instrução voltados ao recolhimento dos subsídios necessários à ulterior tomada de decisão pela Administração (arquivamento da denúncia, instauração de outro instrumento

investigativo, a exemplo da sindicância investigativa, ou mesmo a instauração de processo disciplinar formal – sindicância acusatória/punitiva ou PAD).

(...) o primeiro requisito da infração disciplinar é que a conduta seja típica, conjugadas as tipicidades objetiva e subjetiva. Portanto, a ausência tanto do dolo quanto da culpa afasta toda a tipicidade da conduta, que então não deverá ser considerada uma infração disciplinar.

Seria possível adaptar este princípio ao Direito Disciplinar, abarcando aquelas condutas que à primeira vista seriam enquadráveis legalmente, mas que devido ao ínfimo potencial ofensivo, não são capazes de afetar o interesse público tutelado. Contudo, como ele não consta expressamente reconhecido no ordenamento jurídico administrativo, pode também ser considerado uma decorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, vale relembrar a importância do princípio da insignificância no momento do juízo de admissibilidade para eventual instauração de procedimento disciplinar. Isto porque, conforme descrito no item 7.3, a Administração Pública dispõe do “Termo Circunstanciado Administrativo” como forma de evitar a abertura de apuratórios cuja ofensa enseje tão-somente a devolução de pequenos valores, em condutas culposas.

Com o amadurecimento do instituto no campo penal, foi natural que o tempo fizesse surgir o debate sobre sua aplicação noutras searas de responsabilização, notadamente na de improbidade.

(...)

Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1), para que só então possa ser tomada a decisão adequada: cumprir o disposto no citado parágrafo único do art. 144, arquivando a denúncia ou representação inepta; ou cumprir o disposto no referido art. 143, quando esse estabelece a utilização da sindicância acusatória/punitiva ou do processo administrativo disciplinar para a apuração dos fatos.

A essa análise prévia da notícia de irregularidade exigida de forma indireta pela Lei nº 8.112/90, e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo de admissibilidade, conceituado pela IN CGU nº 14/2018 da seguinte forma:

Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correccional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correccional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.

A doutrina aborda o tema da seguinte maneira:

No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.<sup>30</sup>

Nas hipóteses de mera suspeita da prática de delito penal ou infração disciplinar, a Administração Pública – com esteio nos princípios publicísticos da autotutela, do poder-dever e da indisponibilidade do interesse público – deverá aprofundar o desvendamento de tais suspeitas por meio de acauteladoras investigações preliminares, de cunho meramente in-quisitorial.

(...)

Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

Depreende-se, portanto, que, à luz do princípio da insignificância e da justa causa, prepondera o entendimento de que o Estado não pode iniciar um processo apuratório sem demonstrada a necessidade, utilidade, conveniência, oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade de se abrir o procedimento.

Observe-se que não se nega a importância de o Estado adotar providência e oferecer resposta à prática do ilícito. Na esfera disciplinar, a medida recomendada pela CGU, por exemplo, é a apuração preliminar para coleta de elementos acerca da autoria e materialidade, inclusive culpa em sentido estrito do agente e lesão resultante do ato. Há situações, conforme abordar-se-á em tópico adiante, que, por reconhecerem de antemão a baixa lesividade da conduta ou identificar a falta de justa causa a legitimar a custosa movimentação do aparato estatal, a própria CGU e TCU optaram por expressamente regulamentar a desnecessidade de instauração de processos e/ou sua substituição por procedimentos disciplinares simplificados ou pelo simples ressarcimento do dano causado.

No campo da regulação, a possibilidade de a Administração lançar mão de um leque de instrumentos de conformação de condutas, alternativos ao processo sancionatório, mostra-se ainda maior, conforme sobejamente demonstrado ao longo desta Pesquisa.

Nesse contexto, é preciso desmitificar a concepção ultrapassada de que há um dever-poder da Administração a impor a instauração automática e irrefletida de processos em face de quaisquer descumprimentos de normas ou obrigações. Essa visão parece confundir, na verdade, a noção de processo administrativo – como relação jurídica formalmente instaurada para apurar

indícios de cometimento de infração, a qual deve, por meio de iter próprio, garantir o contraditório, a ampla defesa e a participação do interessado na decisão administrativa que impacta a sua esfera jurídica –, com a noção de procedimentalização da atuação administrativa, que informa todas as atividades estatais.

Além de reduzir a noção de procedimentalização da atuação administrativa à ideia de formalização do iter processual, gerando uma burocratização excessiva da atuação regulatória estatal, essa noção também limita as potencialidades da regulação, atribuindo ao processo administrativo e à sanção o desvirtuado status de principal resposta regulatória em face da desconformidade da conduta das empresas reguladas, mesmo quando não se trata de infração ou ainda nas situações em que o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento, conforme argumentado no Relatório da Meta 7 deste Projeto:

“Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização — e, exatamente por isso, pode ser resolvido rapidamente — ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção. Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo — incluindo a violação legal calculada —, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de compliance e governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas razões para se afastar a sanção, ainda que por meio de uma solução negociada, tal como já se ressaltou anteriormente.”

Em outras palavras, a atuação da Administração Pública, inclusive a regulatória, somente pode ser exercida de modo dinâmico, proporcional e essencialmente dialógico, pois é exatamente essa natureza responsiva da regulação que garante o atendimento aos fins jurídicos visados pela norma, quais sejam, a conformação do comportamento dos regulados e, em última análise, a própria realização dos direitos fundamentais e demais bens jurídicos que a ação regulatória visa a proteger.

### 1.4.3 A necessária observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na decisão acerca da instauração de processos administrativos sancionadores, e a partir da EC 109/2021, do princípio de avaliação dos resultados

Uma vez demonstrado que os princípios da insignificância e da justa causa são de aplicação obrigatória no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, independente da esfera jurídica em que o *jus puniendi* do Estado se opere, e que o dever-poder da Administração instaurar processos apuratórios deve ser interpretado, na verdade, à luz dos princípios e valores que regem hodiernamente o sistema jurídico constitucional pátrio, como dever-poder da Administração proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da abertura de tal procedimento, argumentar-se-á neste tópico que esse se mostra, ademais, o único entendimento que juridicamente se adequa aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência que devem nortear a atuação da Administração Pública, bem como que a Administração deve obedecer o recentíssimo princípio de avaliação por resultados, cuja significado para o ambiente regulatório é o de **princípio da instrumentalidade das técnicas**, para ponderar quando deve lançar mão de técnicas sancionatórias.

Primeiramente, é importante lembrar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão inseridos na estrutura normativa da Constituição, atuando, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação e aplicação das regras constitucionais e infraconstitucionais, como critérios fundamentais a guiar e balizar a tomada de decisão pela Administração Pública.

Note-se que, embora tais princípios não se encontrem expressamente previstos no texto constitucional, é assente na doutrina e na jurisprudência o

entendimento de que eles constituem pilares do paradigma de Estado Democrático de Direito e, como tal, necessariamente orientam e conformam o raciocínio ponderativo que funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura que deve estar objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional (MEDAUAR, 2018).

Trata-se, consoante evidenciado anteriormente, de aplicação do princípio da juridicidade, o qual, como decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo e da consequente vinculação direta da Administração à Constituição, produziu a superação da concepção napoleônica de que “a lei contém todo o direito” e de que a Administração se sujeita tão-somente ao princípio da legalidade estrita.

Isso significa que, se por um lado, o agente público não dispõe de ilimitada liberdade para decidir, sequer quando edita atos de natureza discricionária, já que detém sempre a competência para realizar a finalidade legal, buscando satisfazer da melhor forma o interesse público em jogo, por outro lado, o agente público também deverá ter em conta a aplicação do princípio da juridicidade – e, conseqüentemente, dos princípios que dele emergem, como a proporcionalidade e razoabilidade – quando estiver diante de norma que aparente e supostamente possua natureza vinculada. É dizer, mesmo os comandos normativos que, teoricamente, expressam obrigação de caráter cogente, não devem ser aplicados de modo autômato, mas submetidos a interpretação cujo raciocínio garanta o exercício da necessária ponderação entre os princípios, regras e finalidades que compõem o regime jurídico administrativo:

mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação é considerada, hodiernamente, um verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios embaixadores do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os

níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública (BINENBOJM, 2014, p. 98).

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade, por exemplo, exige proporcionalidade entre os meios de que se vale a Administração e os fins a serem alcançados, não se tendo em vista o texto abstrato da norma, mas a sua finalidade material e concreta, medida no caso específico em exame. **Caso a decisão se revele manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá evidentemente agido em desacordo com o princípio da razoabilidade.**

Já o princípio da proporcionalidade, também consagrado implicitamente na atual Constituição brasileira, visa a inibir eventuais abusos ou desvios de poder, garantindo que **a Administração, no exercício de suas funções, se valha dos instrumentos e prerrogativas postos à sua disposição somente na medida necessária para alcançar os fins visados.**

O princípio da proporcionalidade, como uma das principais técnicas da ponderação, é tão aceito e disseminado no sistema jurídico brasileiro que já teve, inclusive, seus critérios de aplicação estruturados e estabelecidos pelo STF:

São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Essa posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em decisão proferida no RE 374.981-RS (Informativo n. 381 STF), de relatoria do Ministro Celso de Mello:

“(...) o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.” (BINENBOJM, 2014, p. 100)



Ou seja, **o princípio da proporcionalidade**, remansosamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência como critério orientador da interpretação e aplicação das normas jurídicas, a fim de garantir o equilíbrio harmônico na proteção dos bens jurídicos em jogo em um caso concreto, **constitui, portanto, fundamento da própria legitimidade material dos atos administrativos, inclusive, por óbvio, daqueles praticados no exercício da atividade reguladora.**

Ressalte-se que, não obstante os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estejam implícitos na Constituição Federal, eles se encontram, todavia, expressamente previstos na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, a qual, em seu art. 2º, preceitua o seguinte:

“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:

(...)

IV – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.”

Constata-se, portanto, que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são de observância obrigatória no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e devem ser aplicados como critérios balizadores e legitimadores das decisões administrativas adotadas no exercício do *jus puniendi* do Estado, principalmente para justificar o juízo de admissibilidade acerca da instauração de processos administrativos apuratórios.

Posto isso e passando-se à análise do princípio da eficiência, que também deve atuar como critério balizador e legitimador das decisões administrativas, registra-se, preliminarmente, que, ao contrário dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que emanam de modo implícito da Constituição, o princípio da eficiência possui previsão expressa no texto

constitucional e, como se sabe, tal princípio, inserto pela Emenda Constitucional 19/1998, visa a garantir o custo-benefício da ação administrativa, evitando-se desperdícios e gastos desnecessários ou inúteis.

A aplicação do princípio da eficiência no âmbito do Direito Administrativo Sancionador vem ganhando especial relevância nos últimos anos face à cada vez maior insubsistência dos custos da movimentação do aparato estatal para impor, pela via processual e sancionatória, a conformação de comportamentos.

De fato, com o desenvolvimento, em algumas searas, de metodologias de mensuração de custos relacionados à instauração e condução de processos, que começaram a evidenciar a existência de situações ilógicas e insustentáveis de processamento e persecução administrativa, questionamentos acerca da injustificável atuação indiscriminada e não criteriosa da Administração tornaram-se não somente comuns, como, também, ensejaram a normatização da matéria em alguns casos.

Veja-se, por exemplo, a experiência da atuação sancionatória do Estado na esfera tributária. Após diagnosticar o custo processual elevado envolvido na persecução de dívidas fiscais e constatar que o custo-benefício para a propositura da ação de execução não se justificava nos casos em que o valor da movimentação do aparato estatal não era compensando pelo montante do tributo devido, obtido ao final, a Fazenda Pública Federal passou a cobrar judicialmente apenas os débitos inscritos em dívida ativa iguais ou superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20 da Lei nº 10.522/02, valor que posteriormente foi atualizado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Observe-se que tal postura assumida pela Administração gerou reflexos e impactos também no âmbito criminal, pois passou-se a considerar, consoante posição pacificada inclusive pelo STF que, se o ente público entende não valer a pena executar débitos fiscais inferiores R\$ 10.000,00, com muito mais razão a

conduta referente ao ilícito fiscal mostra-se irrelevante para fins penais, devendo-se reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e a descaracterização da tipicidade material:

Ora, se a União abre mão de receber valores inferiores ao referido montante, torna-se injustificável acionar o Estado-juiz, na esfera penal, para eventual aplicação de sanções muito mais severas. A ilogicidade é nítida e afasta qualquer legitimação punitiva estatal. Em suma, quando valores não forem considerados significantes para qualquer espécie de cobrança, mormente na área fiscal, devem ser visualizados como insignificantes pelo Direito Penal (NUCCI, 2012).

Em movimento semelhante ao perpetrado no campo da execução fiscal, em que a União passou a, legitimamente, renunciar ao exercício de seu dever-poder de proceder à execução de créditos tributários por entender que os custos daí resultantes não justificam a movimentação da máquina administrativa e judiciária, também na esfera disciplinar, conforme demonstrar-se-á adiante, tem-se adotado entendimento, no âmbito do Poder Executivo federal, baseado entre outros, no princípio da eficiência, pela não instauração indiscriminada e não criteriosa de processos administrativos sancionatórios.

Com efeito, especialmente após realizar estudo que diagnosticou os custos estimados de cada fase do Processo Administrativo Disciplinar na Administração Pública Federal (Mobilização: R\$ 26.820,46; Instrução R\$ 87.927,39; Defesa e Relatório: R\$ 13.603,09; Parecer e Julgamento: R\$ 5.660,79; Reintegração: R\$ 19.958,71; Custo Total Médio Unitário: R\$ 153.970,43; Tempo médio da comissão: 145 dias), a Controladoria-Geral da União começou a firmar orientações e estabelecer regras acerca da dispensa, em determinadas situações, da instauração de processos, de modo a enfrentar a cultura jurídica e administrativa disseminada acerca do suposto caráter absoluto, cogente e inflexível do dever-poder da Administração de instaurar sempre, em quaisquer circunstâncias, processos administrativos apuratórios e sancionatórios (CGU, 2012).

Finalmente, a recentíssima promulgação da Emenda Constitucional n° 109, de 15 de março de 2021, introduziu novo § 16 ao art. 37 da Constituição Federal, acrescentando à principiologia administrativa brasileira a determinação de que os órgãos e entidades da administração pública realizem avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados.

Esse novo mandamento do poder constituinte derivado eleva à categoria constitucional a orientação básica regulatória de atuação administrativa estatal pautada por finalidades materiais de execução de políticas públicas, gravando as normas infraconstitucionais com o efeito plasmador da instrumentalidade das técnicas regulatórias utilizadas, inclusive, por óbvio, a técnica sancionadora, para determinar à administração pública, em geral, e ao regulador, em especial, o dever constitucional de orientação de sua conduta por avaliação conjuntural dos instrumentos utilizados.

Não mais é facultado ao administrador supor a adequação dos efeitos de técnicas administrativas inscritas nas leis, ou mesmo em normas infralegais aprovados por ele mesmo. A administração obtusa tornou-se flagrantemente inconstitucional; encontra-se, agora, escancarada a ordem constitucional de que a administração pública avalie sua atuação e, portanto, a aplicação automática e irrefletida de institutos jurídicos ou pretensas ordens legais ou regulamentares desprovidas de finalidades materiais é inconstitucional. Isso não impede a adoção de uma única técnica regulatória para enfrentamento de problemas regulatórios, quando o regulador reconheça ser o caminho sancionatório o único adequado. O samba de uma nota só – a sanção –, entretanto, deverá ter por fundamento a comprovação de cumprimento dos resultados de conformidade desejados. Ciências comportamentais demonstram, entretanto, que a proposta de conformidade regulatória exclusivamente pautada por incentivos extrínsecos é fadada ao fracasso, levando a teoria da regulação responsiva a reconhecer a incapacidade da punição de resultar, por si só, em alteração de comportamento do regulado. Por

isso, a teoria da regulação responsiva reconhece a necessidade de estratégias que combinem técnicas regulatórias para além da sanção e se concentrem prioritariamente nos momentos pré-sancionatórios da pirâmide de persuasão e punição sem abrir mão da ameaça como método de alinhamento das expectativas dos regulados e componente de incentivo à regular conformidade à norma.

Os constructos de direito administrativo já deviam antes ser reorientados à sua função regulatória por força de outros princípios acima aprofundados, mas, com a EC 109/2021, a atuação da administração pública em evidenciar o propósito regulatório das instituições de direito administrativo, e.g., dos contratos de concessão, das autorizações de uso de bens públicos, das sanções administrativas tornou-se um dever expreso constitucional gravado pela exigência adicional de avaliação dos resultados. O novo dispositivo constitucional determina a avaliação dos resultados e, por decorrência, ordena à administração pública que especifique quais são eles, ou seja, quais são os objetivos regulatórios que devem ser avaliados para que se comprove a utilização devida das instituições de direito administrativo. Uma sanção administrativa que não resulte em efetiva conformidade regulatória à política pública correspondente deve ser, portanto, substituída por outras providências administrativas ou estratégias regulatórias que resultem em melhor índice de conformidade ou expectativa de um ambiente de contínua melhoria da prática regulatória; a aplicação de uma sanção desconectada do resultado esperado não deveria ter sido previamente cogitada como algo constitucional – o desvio de finalidade é o ilícito mais festejado do direito público –, mas hoje, expressa e didaticamente, é flagrantemente inconstitucional.

Assim, não se trata mais de uma opção do legislador ou do regulador infralegal aplicar modelagem regulatória pautada pela aferição diuturna da efetividade das medidas de conformidade de condutas reguladas, mas um dever constitucional de que se opte por técnicas regulatórias capazes de efetivamente atrair o regulado para uma conduta regular de conformidade, como resultado maior de qualquer atuação regulatória. Mesmo que as leis ou normas infralegais

prevejam a aplicação de determinada sanção, se ela não corresponder, de fato, aos resultados regulatórios esperados que, por óbvio, não podem ser o de arrecadação de uma multa, o agente público que a aplica deve sustar o processo sancionatório ou anular a sanção em prol de medida de conformidade adequada ao resultado próprio à função regulatória.

Diante do todo o exposto, constata-se que, com a constitucionalização do Direito, o Direito Administrativo Sancionador somente pode ter suas regras interpretadas e aplicadas em harmonia e conformidade com o princípio da juridicidade, o qual impõe seja considerada, no caso concreto, a função e finalidade da norma. Tal entendimento reforça a ideia de que a sanção administrativa deve ter seu caráter instrumental privilegiado e não ser utilizada como fim em si mesma, o que assume especial relevância no campo da regulação, no qual a Administração conta com diversos instrumentos possíveis de persuasão e dissuasão de condutas, com vistas à obtenção da conformidade regulatória, alternativos ao ineficiente e, muitas vezes, desproporcional e desarrazoado processo sancionador.

Desse modo, tendo em vista tudo quanto arguido e demonstrado neste tópico, parece não restar dúvidas acerca da absoluta desnecessidade de se promover alteração na Lei para que se possa autorizar juridicamente as Agências Reguladoras a deixar de instaurar processos administrativos em determinadas situações em que, à luz de princípios constitucionais que regem o exercício do *jus puniendi* do Estado, em especial, os princípios da insignificância, da justa causa, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, ao invés de se falar em dever-poder obrigatório de se instaurar processos apuratórios e sancionatórios, deve-se proceder à adequada interpretação e aplicação do Direito e verificar, em sede do necessário e ponderado juízo de admissibilidade do regulador, se a instauração do processo per si se mostra consentânea com a finalidade perseguida pela norma regulatória.

#### 1.4.4 A experiência dos órgãos de controle de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores

O endereçamento da questão acerca do suposto dever-poder de as Agências Reguladoras obrigatoriamente instaurarem processos administrativos de apuração de descumprimento regulatório não requer, conforme argumentado, a alteração legal. Essa se mostra desnecessária porque a solução para o enfrentamento do problema pode ser construída com base nas normas já postas, as quais carecem, apenas, de que lhes seja atribuída interpretação jurídica alinhada ao entendimento existente em diversos setores e nos próprios órgãos de controle.

Com efeito, no Direito Administrativo contemporâneo, que tem fundamento na força normativa dos princípios constitucionais, não há que se falar no **exercício irrefletido e não criterioso do conceito de dever-poder da Administração**. Esse, nos termos argumentados, assenta-se na ideia de função, ou seja, na concepção de que, no desempenho da missão que lhe é conferida, de consecução do interesse público, a Administração goza de poderes e prerrogativas, que devem ser utilizadas na proporção necessária e adequada para o atingimento dessa finalidade.

Por isso a importância de se garantir a **indispensável margem de discricionariedade** para que a autoridade pública, possa, no caso concreto, examinar a situação e adotar, de forma motivada e responsável, a medida mais congruente com o atendimento do interesse e bem jurídico sob sua tutela.

No campo regulatório, **essa legítima discricionariedade** – que, obviamente, repisa-se, deverá sempre estar baseada em ato fundamentado e sujeito a controles – **constitui, ademais, elemento fundante dos modelos de regulação ancorados em incentivos**, pois é ela que permite que o regulador lance mãos das estratégias e instrumentos capazes de oferecer as respostas

regulatórias mais condizentes ao comportamento de cada regulado, calibrando-os de maneira adequada.

Já na seara sancionatória, essa postura responsiva e ponderada em relação ao exercício do dever-poder da Administração, impõe-se de modo ainda mais imprescindível. Isso porque, quando se trata de ato que visa a impor medida de constrição à esfera jurídica de particular, a apreciação, pela Administração, da necessidade e adequação do ato, ganha maior relevância, não só porque esse deve ser precedido do devido processo legal, que garanta o pleno exercício do contraditório, mas, também, porque a própria instauração do processo administrativo deve ser fundamentada em juízo prévio de admissibilidade para que, em observância aos princípios e regras constitucionais que regem o Direito Administrativo Sancionador, entre eles, consoante evidenciado, o princípio da insignificância, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, se evite a custosa movimentação da máquina administrativa para reprimir condutas de baixa relevância ou de pequeno potencial para causar impacto ou lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

Não sem razão, diante desse contexto, **a apropriada relativização e pertinente flexibilização do dever-poder da Administração têm sido adotadas pela CGU e pelo TCU** na condução de suas atividades de auditoria e correição, como demonstrar-se-á a seguir. Tal atitude, a par de orientar-se pelos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência administrativa, alinha-se, ademais, à festejada teoria da abordagem baseada em risco que, hodiernamente, referencia as mais modernas visões acerca do controle e da fiscalização, as quais buscam, como forma de racionalização dos custos e maximização dos recursos, inclusive humanos, imprimir inteligência analítica baseada em dados e evidências na definição das prioridades e estratégias de atuação das entidades de controle para que possam dedicar-se aos setores e atividades mais suscetíveis a risco e de maior impacto social.



#### 1.4.4.1 1 A experiência da CGU na esfera disciplinar e de auditorias internas de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios

No âmbito disciplinar, a CGU avançou muito nos últimos anos na consolidação do entendimento que afasta o caráter absoluto do dever-poder de instauração de processos para apuração de condutas de servidores públicos contrárias a normas.

Durante muito tempo, discutiu-se se havia obrigatoriedade de apurar as supostas irregularidades no serviço público, em decorrência do disposto no artigo 143 da Lei nº 8.112/90, ou se esse comando normativo deveria ser interpretado em conjunto com a norma do artigo 144, da mesma Lei, que prevê a realização de um juízo de admissibilidade acerca da denúncia ou representação, do qual pode resultar o arquivamento da peça inicial quando essa não contiver indícios suficientes ou razoáveis de materialidade ou de autoria:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configura evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

Como se viu, o juízo de admissibilidade deve ser efetuado pela autoridade competente com base nos critérios de tipicidade formal e material da conduta, sendo que, em relação a essa última, deve-se perquirir sobre a justa causa para instauração do processo, consubstanciada na relevância da ação praticada, bem como no impacto e lesividade provocados ao bem jurídico tutelado, conforme avaliação realizada sob o crivo da proporcionalidade, razoabilidade e

eficiência. Ou seja, a decisão em sede de juízo de admissibilidade deve basear-se na necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo.

Em relação às situações em que a Administração não dispõe de elementos mais robustos e concretos acerca da autoria e da materialidade da conduta, aptos a propiciar a abertura de procedimento formal de apuração, não pairava dúvidas sobre o encaminhamento mais adequado a ser dado: o entendimento dominante sempre foi no sentido de que, nesses casos, o recomendado é a instauração de procedimentos prévios e simplificados de investigação preliminar e sindicância investigativa, de caráter inquisitorial, os quais podem, inclusive, ser conduzidos em sigilo, sem a exigência de garantia do contraditório e da ampla defesa, já que considerados instrumentos de natureza meramente investigativa:

Não se pode, todavia, confundir obrigatoriedade de apuração imediata com apuração precipitada. É verídico que, em boa parte das vezes, a notícia da prática de determinada irregularidade não se apresenta revestida de exposição detalhada do fato supostamente ilegal, bem ainda da indicação dos possíveis autores. Nesse caso, deve a autoridade promover, de pronto, uma investigação prévia do fato, por meio da qual se buscará maiores elementos.

Como já asseverado, a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontram requisitos mínimos de plausibilidade.

Agora, no caso de a notícia conter os elementos mínimos, a autoridade competente deverá determinar a sua averiguação, não se precipitando, porém, em instaurar, desde logo, a sindicância ou o processo administrativo disciplinar previstos na Lei nº 8.112/90, instrumentos com maior rigor formal, que somente serão utilizados quando houver indícios concretos de materialidade e de autoria.

Na busca dessas informações tidas como essenciais, é recomendável que a autoridade determine a realização de procedimento disciplinar investigativo, medida inquisitorial, desprovida de maiores rigores

formais, cujo objetivo primordial é respaldar o administrador público quanto à instauração de processo disciplinar contraditório (sindicância acusatória/punitiva ou PAD).

Nesse sentido, tem-se que a reação mais adequada diante da notícia da ocorrência de irregularidade – onde ainda não se tenha os elementos indispensáveis para a instauração de uma apuração rigorosa, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, é a instauração de um procedimento disciplinar de cunho meramente investigativo, de caráter sigiloso, a fim de levantar as informações que servirão como suporte para uma legítima instauração de processo disciplinar.

Ao agir dessa forma, terá a autoridade atuado em perfeita harmonia com os princípios reitores da atividade administrativa, a exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, não se quedando inerte frente à notícia de suposta irregularidade.

Isto posto, é dizer que, a menos que se tenha elementos plausíveis demonstrando a existência de materialidade e autoria, não deve a autoridade recorrer imediatamente ao processo disciplinar contraditório, ou seja, aquele com rito previsto na Lei nº 8.112/90. Antes, é preciso avaliar a pertinência da notícia do ilícito funcional, verificar se existem indicativos mínimos de razoabilidade. Não existindo, far-se-á necessário proceder a uma investigação que seja capaz de fornecer os indícios elementares, a partir dos quais será possível a instauração de processo disciplinar (CGU, 2019, p. 44).

Ressalte-se que essa posição se encontra respaldada em decisões judiciais dos Tribunais Superiores que, ao examinaram a matéria, confirmaram a natureza inquisitória da investigação preliminar e da sindicância investigativa:

Servidor público. Pena. Demissão. Penalidade aplicada ao cabo de processo administrativo regular. Suposto cerceamento da ampla defesa e do contraditório na sindicância. Irrelevância teórica. Procedimento preparatório inquisitivo e unilateral. Não ocorrência, ademais. Servidor ouvido em condição diversa da testemunhal. Nulidade processual inexistente. Mandado de Segurança denegado. Interpretação dos arts. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 e 159, caput e § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como

investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.791. Relator: Ministro Cezar Peluzo, julgado em 13/11/2003, publicado em 19/12/2003)

A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente. (STF, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.791.)

A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar. (STJ, MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7.983. IDEM: STJ, MANDADOS DE SEGURANÇA Nº 10.827, 10.828 E 12.880.)

Não obstante o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, tendo em vista a sua não abordagem expressa na Lei nº 8.112/1990 e visando a uniformizar a aplicação e tratamento dos institutos, a CGU editou, ainda em 2006, na condição de Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, nos termos do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, a Portaria CGU nº 335, de 30 de maio, de 2006, a qual estabeleceu as seguintes definições:

Art. 3º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correicionais.

Parágrafo único. A atividade de correição utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.

Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:

- I - investigação preliminar: procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar;
- II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;
- III - sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal;
- IV - processo administrativo disciplinar: instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido;
- V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades;
- VI - inspeção: procedimento administrativo destinado a obter diretamente informações e documentos, bem como verificar o cumprimento de recomendações ou determinações de instauração de sindicância, inclusive patrimonial, e processos administrativos disciplinares, a fim de aferir a regularidade, a eficiência e a eficácia dos trabalhos.

Observe-se que o procedimento da investigação preliminar foi então expressamente previsto como instrumento de apoio e subsídio à formação do juízo de admissibilidade e, portanto, como medida de flexibilização do dever-poder de instauração do processo administrativo disciplinar.

A Portaria CGU n° 335, de 30 de maio, de 2006, vigorou até a edição da Instrução Normativa CGU n° 14, de 2018, a qual, procedendo à nova regulamentação da matéria, estabeleceu, pela primeira vez, os objetivos que devem guiar a condução de tal atividade:

Art. 2º A atividade correcional tem como objetivos:

- I - dissuadir e prevenir a prática de irregularidades administrativas;

- II - responsabilizar servidores e empregados públicos que cometam ilícitos disciplinares e entes privados que pratiquem atos lesivos contra a Administração Pública;
  - III - zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das apurações correccionais;
  - IV - contribuir para o fortalecimento da integridade pública; e
  - V - promover a ética e a transparência na relação público-privada.
- Art. 3º A atividade correccional deve ser desenvolvida preferencialmente por unidade constituída para este fim, a qual possua atribuição para:
- I - realizar juízo de admissibilidade;
  - II - instaurar, acompanhar e supervisionar procedimentos correccionais;
  - III - analisar relatórios finais para subsídio técnico da autoridade julgadora, quando couber;
  - IV - realizar interlocução com órgãos de controle e investigação;
  - V - gerir informações correccionais;
  - VI - capacitar e orientar tecnicamente os membros de comissão; e VII - apoiar a identificação de riscos e vulnerabilidades à integridade.

Da leitura dos dispositivos citados, constata-se que, no âmbito do Poder Executivo federal, a atividade correccional não possui caráter sancionatório como fim. Ao contrário, o comando normativo é expresso em conferir finalidade preventiva e dissuasória à atuação disciplinar e encará-la como instrumento de alcance dos objetivos, entre outros, de fortalecimento da integridade pública e de promoção da ética. Note-se, ademais, que a realização do juízo de admissibilidade, como procedimento de avaliação do caso e ponderação acerca da justa causa, pela autoridade competente, da instauração do processo disciplinar é prevista como etapa que deve integrar necessariamente o ciclo da atividade correccional.

A fim de orientar os órgãos e entidades federais acerca da implementação desse procedimento, a IN CGU nº 14/2018 conceituou e regulamentou o juízo de admissibilidade da seguinte forma, destacando a obrigatoriedade de se motivar a decisão acerca do juízo de admissibilidade com fundamentos justificadores da necessidade da apuração:

Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correccional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correccional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.

Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correccional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correccional cabível.

§ 1º Para subsidiar o juízo de admissibilidade, a unidade de correção ou autoridade competente poderá se valer dos meios de prova de que trata o Capítulo II, do Título II, desta Instrução Normativa.

§ 2º A denúncia ou representação que não contiver os indícios mínimos que possibilitem sua apuração será motivadamente arquivada.

§ 3º A autoridade competente pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento correccional, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração.

[...]

Art. 11. Presentes indícios de autoria e materialidade, será determinada a instauração de procedimento correccional acusatório, sendo prescindível a existência de procedimento investigativo prévio.

Também nesse sentido é a orientação expressa da CGU constante de seu Manual de PAD (2019):

Observa-se, portanto, que, no juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, a fim de se evitar a instauração de processos desnecessários, cujo problema pode ser mais facilmente resolvido por meio de outros meios.

Nesse ponto específico, caberá à autoridade competente ponderar, caso a caso, a utilidade (efeito pedagógico para os demais servidores, bem como eventuais repercussões cíveis ou penais, por exemplo) e a importância de se decidir pela instauração ou não do procedimento disciplinar para apurar irregularidade funcional já fulminada pela prescrição, ou seja, aquela que a Administração não pode mais punir o seu autor em razão do término do prazo legal estabelecido para tanto.

(...)

Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

Vale ressaltar, outrossim, que, aprofundando a regulamentação inédita que já havia sido feita pela Portaria CGU nº 335, de 2006, dos procedimentos preliminares à instauração de processos administrativos disciplinares, a IN CGU nº 14/2018 assim estabeleceu:

Art. 4º Os procedimentos correccionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.

Art. 5º São procedimentos correccionais investigativos:

- I - a investigação preliminar (IP);
- II - a sindicância investigativa (SINVE); e
- III - a sindicância patrimonial (SINPA).

Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.

Art. 6º São procedimentos correccionais acusatórios:

- I - a sindicância acusatória (SINAC);
- II - o processo administrativo disciplinar (PAD);
- III - o processo administrativo disciplinar sumário;
- IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
- V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;
- VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e
- VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).

Art. 7º Na conclusão dos procedimentos correccionais constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.

Verifica-se, portanto, que a utilização de procedimentos de caráter simplificado e inquisitorial, conduzidos de forma prévia à instauração de



processos administrativos, a fim de possibilitar a coleta de dados e informações para subsidiar a tomada de decisão da autoridade competente sobre a necessidade e utilidade da deflagração de processos, constitui prática absolutamente assente e consolidada no âmbito do Direito Disciplinar - um dos mais importantes ramos do Direito Sancionador – e nunca teve a sua juridicidade questionada por, supostamente, contrariar o dever-poder da Administração de instauração de processos apuratórios e sancionatórios. Ao contrário, a realização de procedimentos de apuração prévia, seguidos do adequado juízo de admissibilidade da autoridade competente são fortemente recomendados pela CGU:

Embora a norma não tenha se referido a outra forma de apuração que não a sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar, não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade, dentre outros, que toda investigação para apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração seja realizada exclusiva e diretamente através dos citados procedimentos, com todos os ônus que lhes são inerentes – financeiros e administrativos –, mesmo porque os Procedimentos Disciplinares Investigativos, quando necessários para o deslinde do caso, podem ser vistos como elementos informativos prévios e, de certa forma, integrantes da futura sindicância acusatória/punitiva ou processo administrativo disciplinar, uma vez que se constituirão nas primeiras informações constantes de tais instrumentos disciplinares, devendo seus principais atos, quando necessário, ser refeitos a posteriori sob o manto do contraditório e da ampla defesa (CGU, 2019:52).

Ultrapassada a análise a respeito do entendimento que vigora em âmbito federal sobre procedimentos preliminares à instauração de processos administrativos disciplinares e sobre a aplicação do juízo de admissibilidade, em situações em que a Administração carece de mais elementos acerca da autoria e da materialidade da conduta, passa-se ao exame da solução encontrada pela CGU para endereçar o problema relativo à instauração de processos para apuração de infrações de baixo potencial lesivo.

Com efeito, por compreender que, diante das dificuldades e limitações de ordem geral enfrentadas pela Administração Pública e tendo em vista que a

obrigação de apurar condutas ilícitas e irregularidades não é absoluta, mas deve ser ponderada à luz dos princípios constitucionais que fundamentam o regime jurídico-administrativo, a CGU, desde 2009, instituiu, por meio da Instrução Normativa nº 4, de 17 de fevereiro de 2009, o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), procedimento que visa à apuração de fato que representa pequeno valor para a Administração Pública.

O objetivo foi, em obediência aos princípios da eficiência e do interesse público, conforme declarado na própria IN, otimizar o exercício do poder disciplinar, racionalizar a movimentação do aparato estatal, evitando-se a condução de processos cujo custo se mostre desproporcional ao seu benefício e simplificar e desburocratizar a apuração de casos que envolvam extravio ou danos a bem público que impliquem em prejuízo de pequeno valor, assim considerados aqueles previstos no art. 24, II, da Lei n.º 8.666/93, referente às hipóteses de licitação dispensável.

Nos termos da Instrução Normativa nº 4, de 2009, o TCA será empregado nas seguintes situações:

Art. 1º Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).  
Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se prejuízo de pequeno valor aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Posteriormente, a matéria foi tratada também pela já mencionada Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, a qual dispôs o seguinte:

Art. 9º

[...]

§ 4º No caso de dano ou extravio de bens da União que implique prejuízo de pequeno valor, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, que regulamenta o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).

§ 5º No caso de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 02, de 30 de maio de 2017, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Ressalte-se que, conforme IN CGU 04/2009, após concluído o TAC, caso a autoridade competente conclua que o fato gerador do extravio ou do dano ao bem público decorreu de fatores que independeram da ação do agente, a apuração é encerrada. Apenas em casos de condutas culposas do agente, a norma prevê a reparação do dano causado à Administração:

Art. 4º Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 2º.

§ 1º. O ressarcimento de que trata o caput deste artigo poderá ocorrer:

I – por meio de pagamento;

II – pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou

III – pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.

§ 2º. Nos casos previstos nos incisos II e III do parágrafo anterior, o Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter manifestação expressa da autoridade que o lavrou acerca da adequação do ressarcimento feito pelo servidor público à Administração.

Ressarcido o prejuízo, a Administração deve encerrar a apuração para fins disciplinares, exceto quando houver indícios de dolo. Importante mencionar que o TAC não se aplica aos casos em que o agente público atua com dolo. Nos casos de dolo ou de não ressarcimento ao erário, é previsto que deverá ser instaurado o cabível processo disciplinar:

Art. 5º É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.

Art. 6º Não ocorrendo o ressarcimento ao erário, de acordo com o descrito no art. 4º, ou constatados os indícios de dolo mencionados no art. 5º, a apuração da responsabilidade funcional do servidor público

será feita na forma definida pelo Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Posteriormente, em um movimento de aprofundamento dessa flexibilização do dever-poder de instauração de processos administrativos disciplinares, a CGU ampliou sobremaneira as hipóteses de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, autorizando, de forma ampla, no âmbito de todo o Poder Executivo federal, a celebração da tal espécie de acordo substitutivo de sanção correccional em todos os casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo. Mais recentemente, a norma que disciplina esta matéria foi atualizada pela Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, a qual dispõe que:

Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa

§1º O TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos.

§ 2º Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

Art. 2º O TAC somente será celebrado quando o investigado:

- I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;
- II - não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e
- III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.

Vale destacar que, como fundamento para a edição da norma, a CGU invocou os seguintes dispositivos legais:

Decreto-lei nº 200, de 1967:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro 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:

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

De todo o exposto, constata-se que prevalece atualmente, no campo do Direito Administrativo Disciplinar, o inquestionável entendimento em torno da relativização do dever-poder da Administração de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios. Em atendimento aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e o exercício do jus puniendi do Estado e com vistas a imprimir maior racionalidade e eficiência à condução da atividade correcional, os processos somente são abertos quando verificada, in casu, a relevância da conduta e a lesão ao bem jurídico por ela provocado, e concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade de se movimentar o aparato estatal para sancioná-la.

Uma vez demonstrada a posição adotada pela CGU no âmbito correcional, evidenciar-se-á, neste tópico, que também no desempenho de suas atividades de auditoria, controle e fiscalização, o órgão vem crescentemente adotando uma postura responsiva em relação aos gestores com quem interage no exercício desses misteres, bem como uma abordagem baseada em riscos e em

inteligência analítica na definição de suas estratégias e prioridades de atuação, o que, conseqüentemente, também tem implicado na flexibilização do dever-poder de instauração de processos administrativos apuratórios.

Como se sabe, a CGU figura como Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, nos termos do Decreto nº 3.591, de 6 de setembro 2000, incumbindo-lhe a orientação normativa e a supervisão técnica dos órgãos e entidades.

Ocorre que, assim como nas Agências Reguladoras, também no âmbito da CGU, o debate sobre o papel do órgão e sua missão institucional e sobre o modelo adequado de auditoria, controle e fiscalização há muito se põe e, durante anos, gerou dúvidas.

De fato, em um primeiro momento, as atividades do órgão concentravam-se na verificação formal da legalidade e conformidade de processos e, tendo como foco o controle contábil e financeiro, voltavam-se à identificação de irregularidades. Nesse contexto, a postura prevalente na CGU privilegiava a atuação baseada no comando e controle, com foco na máxima e abrangente supervisão dos órgãos e entidades e na comprovação da legalidade dos atos administrativos e na avaliação de sua eficiência, eficácia e economicidade quanto aos aspectos orçamentários e financeiros (CASTRO, 2009).

Nos últimos anos, no entanto, influenciada pelo debate internacional de revisão e modernização do papel do controle e da auditoria – que evoluiu de um modelo com enfoque no exame da legalidade e conformidade de atos para um modelo orientado para a gestão de riscos; inspirada nos movimentos de reforma do serviço público – fundados na promoção da eficiência administrativa e na substituição do controle de procedimentos pelo controle de resultados; pressionada pelo governo – que cobrava uma atuação mais preventiva e voltada para a avaliação de políticas públicas e para o aprimoramento da gestão; assim como, também, cobrada pela sociedade – que clamava por um controle com ênfase

na transparência e no combate à corrupção – a CGU veio, vigorosamente, enfrentando o viés formalista e punitivista que permeava a sua atuação, mais centrado na detecção e apontamentos de irregularidades, e imprimindo sensíveis mudanças em sua estratégia, que passou a priorizar áreas e atividades a partir da materialidade, relevância e risco das ações governamentais supervisionadas (MARX, 2015).

Nessa esteira, merece destaque a edição da Instrução Normativa nº 24, de 17 de novembro de 2015, da CGU, que adotou a abordagem de risco como diretriz para as atividades de auditoria interna, a Instrução Normativa da Secretaria Federal de Controle Interno – IN SFC nº 03, de 2017, a qual aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal e a publicação do Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal (2017), o qual complementa, de forma mais prática, as orientações da referida IN.

Todos esses normativos, em alinhamento às melhores práticas internacionais estabelecidas pelo Institute of Internal Auditors (IIA), pelo Committee of Sponsoring Organizations (COSO) e pelo International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), promovem a conformação das atividades de auditoria da CGU aos parâmetros propugnados pelas teorias de abordagem baseada em risco, as quais, conforme já exposto, são fortemente fundamentadas em elementos das teorias da regulação baseadas em incentivos, em especial da teoria responsiva.

A abordagem baseada em risco (*risk-based approach*) defende que as instituições reguladas sejam obrigadas a identificar e avaliar os riscos e a adotar as medidas necessárias para mitigá-los de maneira eficaz. Isso possibilita que as medidas preventivas adotadas pelas entidades sejam adequadas, flexíveis e proporcionais à natureza dos riscos envolvidos na consecução dos objetivos regulatórios. Com a adoção dessa nova abordagem, afasta-se o tratamento

uniforme dos regulados, possibilitando uma racionalização dos esforços de controle e priorização das atividades de maior risco ou relevância.

Paralelamente, nos modelos de abordagem baseada em risco, as instituições reguladas devem realizar avaliações internas com o objetivo de identificar, mensurar e gerenciar o risco de haver falhas ou inconformidades em sua atuação, o que permite, inclusive, que eventuais problemas sejam corrigidos a tempo de não impactarem nos resultados pretendidos. Assim, cria-se um fluxo de informações relevantes para subsidiar a tomada de decisões, aprimorar a gestão e proceder a ajustes e revisões.

Segundo enfatiza a mencionada IN SFC nº 03/2017, a atividade da auditoria interna governamental tem a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional das entidades públicas, proporcionando avaliação, assessoria e aconselhamento baseado em riscos; por analogia, a atividade de fiscalização das agências reguladoras não pode ter senão ao menos a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional dos regulados, contribuindo propositivamente à melhoria do setor segundo critérios baseados em riscos, modulando a apuração e aplicação de sanções segundo a finalidade maior de conformidade duradoura da conduta do regulado. O “momento de entendimento da unidade auditada” referida abaixo no item 4.11 da Instrução Normativa em comento revela como, por analogia, uma agência reguladora deve pautar sua fiscalização por procedimentos que promovam sua compreensão dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos do regulado para que a atividade de fiscalização sirva à melhoria do funcionamento do setor como um todo, ao invés de se apresentar como um fim em si mesmo. Se até mesmo a CGU, com seu mandato de Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, adota como orientação finalística da auditoria interna governamental a proteção do valor organizacional do ambiente fiscalizado mediante abordagem baseada em riscos, quanto mais uma agência reguladora, que tem por finalidade legal primária não punir, mas proteger a sanidade do sistema regulado.



Segundo a IN SFC nº 03/2017, a avaliação da adequação e eficácia dos controles internos implementados pela gestão em resposta aos riscos, deve contemplar: “a) o alcance dos objetivos estratégicos; b) a confiabilidade e integridade das informações; c) a eficácia e eficiência das operações e programas; d) a salvaguarda dos ativos; e e) a conformidade com leis, regulamentos, políticas e procedimentos internos e externos”. Além disso, de acordo com a IN:

#### 4.1 PLANO DE AUDITORIA INTERNA BASEADO EM RISCOS

O Plano de Auditoria Interna é o documento no qual são registradas as atividades que a UAIG pretende desenvolver em um determinado período de tempo, normalmente um ano. Deve ser baseado em riscos, o que significa que sua principal finalidade deve ser garantir que a Unidade de Auditoria Interna Governamental concentre seus trabalhos nos objetos de auditoria com maior exposição a ameaças que possam afetar o alcance dos seus objetivos, ou seja, os de maior risco.

A UAIG deve elaborar o Plano de Auditoria Interna em harmonia com as estratégias e os objetivos das organizações. Para isso, a UAIG deve considerar:

- a) o planejamento estratégico da Unidade Auditada;
- b) as expectativas da alta administração e das demais partes interessadas;
- c) a análise de riscos realizada pela Unidade Auditada por meio do seu processo de gerenciamento de riscos, quando houver.

(...)

##### 4.1.1 ENTENDIMENTO DA UNIDADE AUDITADA

A finalidade dessa etapa é adquirir conhecimentos sobre a Unidade Auditada; os seus objetivos; as estratégias e os meios pelos quais ela monitora o seu desempenho e os processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos. Dessa forma, a UAIG poderá ter segurança suficiente para identificar as áreas de maior relevância, os principais riscos e assim recomendar medidas que contribuam de fato para o aperfeiçoamento da gestão.

Para alcançar o conhecimento necessário para essa etapa, existem duas abordagens comumente usadas: uma abordagem de cima para baixo (top-down) e uma abordagem de baixo para cima (bottom-up). A abordagem "de cima para baixo" se inicia no nível da unidade. Primeiramente, identificam-se os objetivos organizacionais e, em seguida, os processos principais relacionados a cada um desses objetivos, ou seja, aqueles processos cujas falhas comprometem diretamente o alcance dos objetivos da organização. Uma vez identificados, esses processos são analisados com mais detalhes.

Para isso podem ser divididos em nível de subprocessos até chegar ao nível de atividade.

A abordagem "de baixo para cima" começa pelo exame das atividades. Em seguida, essas atividades são agregadas em processos que são identificados por toda a organização. O próximo passo é determinar os principais objetivos dos processos identificados.

As informações que devem ser adquiridas nessa etapa dizem respeito ao modelo de negócio da organização, ou seja: visão, missão, valores, objetivos, estratégias, processos e sistemas de gestão empregados pela unidade. Devem ser observados também o gerenciamento de riscos; como seus processos estão estruturados; o monitoramento de desempenho dos processos; que produtos ou serviços oferece; quais são os clientes; os beneficiários alvo entre outras informações necessárias para a compreensão dos seus objetivos e como seus processos estão estruturados para alcançá-los.

(...)

Entre os conceitos apresentados nas referidas normas técnicas, vale destacar, também, os conceitos de erro e fraude firmados. De acordo com a IN SFC nº 03/2017, fraudes são quaisquer atos ilegais caracterizados por desonestidade, dissimulação ou quebra de confiança, que envolva dolo para obtenção de vantagem injusta ou ilegal. Já erros constituem atos não-voluntários ou não-intencionais, resultantes de omissão, desconhecimento, imperícia, imprudência, desatenção ou má interpretação de fatos na elaboração de documentos, registros ou demonstrações.

Ressalte-se que a distinção entre os conceitos de erro e fraude e entre as situações que configuram um ou outro é elemento essencial nos trabalhos de auditoria, que impacta diretamente a relação entre o órgão de controle e a unidade e gestor por ele regulados, pois nos casos em que se observa que a desconformidade constatada é resultante de erro, a abordagem da CGU é orientada, nos termos de seu Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna (2017), para a correção da situação e para a adoção de medidas que previnam a sua reincidência:

## 2 APURAÇÃO

A apuração consiste na execução de procedimentos cuja finalidade é averiguar atos e fatos inquinados de ilegalidade ou de irregularidade

praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais. Trata-se de competência em sintonia com a essência das normas e dos regulamentos aplicáveis ao SCI, no sentido precípua de zelar pela correta aplicação de recursos públicos, ainda que, em alguns casos, exija atuação específica e diferenciada dos serviços típicos da atividade de auditoria interna. (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS – IIA: Normas Internacionais para Prática Profissional de auditoria interna (Normas). Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2015, norma 1210.A2.)

A fraude pode envolver esquemas sofisticados e cuidadosamente organizados para sua ocultação, de forma que os procedimentos de auditoria aplicados para coletar evidências podem ser ineficazes para a detecção de distorção relevante que envolva, por exemplo, conluio para a falsificação de documentação.<sup>7</sup>

Assim, um trabalho de apuração de fraude tem diferenças básicas em relação a um trabalho de apuração de erro ou de avaliação, pois seu planejamento se baseia em uma suspeita (fundamentada) de fraude; objetiva produzir material para um processo judicial ou administrativo e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de atos ou fatos intencionais.<sup>8</sup> O planejamento da apuração de erro se baseia em elementos que indicam a existência de erro; objetiva a correção da situação, caso se comprove, por meio de recomendações e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de fatos não intencionais. Já o planejamento da avaliação é comumente baseado em riscos, abrange aspectos amplos de gestão e tem como base uma presunção de legalidade dos atos.

(...)

### 1.3 APURAÇÃO DE FRAUDE

(...)

No decorrer da execução de trabalhos de auditoria em que seja identificado indício de fraude, o auditor interno governamental deve discutir com o supervisor do trabalho, a fim de avaliar se há elementos indicativos suficientes para que se inicie a apuração de fraude ou se antes é necessário o aprofundamento das análises. Quando houver elementos suficientes para iniciar uma apuração de fraude, o supervisor deve submeter o caso às instâncias competentes, conforme definido nos processos internos da UAIG.

(...)

#### 2.3.2.1 Apuração preliminar

A apuração se inicia normalmente com base na "alegação de fraude". Esse documento deve conter as informações conhecidas sobre o suposto caso de fraude. De modo geral, consiste em uma denúncia de um membro da própria organização ou da sociedade, um caso

compartilhado por outra instituição de defesa do patrimônio público ou, ainda, uma situação encontrada na execução dos serviços prestados pela atividade de auditoria interna (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). Supplemental Guidance (Orientações Suplementares). Practice Guides (Guias Práticos). Auditoria Interna e Fraude. Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2013. p. 23 – Investigação de Fraude)

Uma apuração de fraude só deve iniciar quando houver informações suficientes que levariam um indivíduo prudente, com conhecimento razoável e treinado profissionalmente, a acreditar que uma fraude ocorreu, está ocorrendo ou possa vir a ocorrer.

O auditor interno governamental deve, portanto, realizar a apuração preliminar da alegação de fraude com o objetivo de formar opinião sobre a real possibilidade de sua ocorrência. No decorrer da análise, o auditor deve pesquisar e confrontar as informações sobre o possível fato com dados de trabalhos passados, sistemas de informação, fontes abertas e outros meios a que tiver acesso.

A apuração preliminar deve indicar, com base nas informações produzidas, se é possível ter razoável segurança de que os fatos expostos na alegação possam ser verdadeiros e justificam a necessidade de um trabalho de apuração de fraude, ou se, por outro lado, as informações são infundadas ou insuficientes para dar continuidade ao trabalho e/ou, minimamente, para comunicar o caso às autoridades competentes. O resultado deve ser documentado, incluindo as novas informações obtidas, a proposta de atuação e, se for o caso, a proposta de comunicação a outras instituições.

(...)

Note-se que, sequer diante da suspeita de ocorrência de fraude, a orientação da CGU é pela instauração imediata e automática de processo de apuração. Ao contrário, reforçando o entendimento que vem se defendendo neste Relatório, acerca da obrigatoriedade de que o agente público competente proceda ao adequado e ponderado juízo de admissibilidade em relação à necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade da instauração de processos administrativos apuratórios e sancionatórios, a CGU recomenda seja realizada apuração preliminar que propicie à Administração a formação de opinião embasada para decidir sobre a abertura, ou não, do processo, autorizando, expressamente, portanto, a relativização do suposto dever-poder de praticar tal ato.

#### 1.4.4.2 A experiência do TCU nas Tomada de Contas Especiais de relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores

Apresentada a experiência da CGU de flexibilização da suposta obrigação de a Administração instaurar processos sancionatórios em quaisquer casos de descumprimento de normas, examinar-se-á, neste tópico, a experiência do Tribunal de Contas da União de também relativizar esse hipotético dever-poder ao, por exemplo, regulamentar a instauração de processos de Tomadas de Contas Especiais.

A Tomada de Contas Especial (TCE) constitui processo administrativo que deve ser devidamente formalizado, sob rito próprio, a fim de apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o erário.

No âmbito da Administração Pública Federal, a TCE é regulamentada pelo TCU por meio da Instrução Normativa nº 71/2012, alterada pela Instrução Normativa 76, de 23 de novembro de 2016, e pelo Acórdão 957/2017-TCU-Plenário, a qual dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas especial ao Tribunal de Contas da União.

De acordo com o art. 5º da mencionada IN, constitui pressuposto para instauração de Tomada de Contas Especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário. Ou seja, denota-se que a instauração de TCE constitui medida excepcional, uma vez que cabe à Administração buscar primeiramente a adoção de todas as medidas administrativas cabíveis para suprir a omissão ensejadora

da TCE ou obter o ressarcimento do dano, antes de formalizar a instauração do processo.

O que importa destacar para fins da análise empreendida neste Relatório, contudo, é o fato de a própria norma do TCU estabelecer como pressuposto ou requisito material para a abertura de TCE um valor mínimo de dano como patamar:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 71, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012  
Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas competências constitucionais, legais e regimentais e do poder regulamentar conferido pelo art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que autoriza a expedição de atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição e organização dos processos que lhe devam ser submetidos;

Considerando que compete ao Tribunal de Contas da União julgar as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade com dano ao Erário, nos termos da Constituição Federal, art. 71, inciso II; da Lei nº 8.443, de 1992, arts. 1º, inciso I, 8º e 9º; e do Regimento Interno, arts. 1º, inciso I, e 197;

Considerando que é dever do administrador público federal adotar medidas imediatas, com vistas ao ressarcimento de dano ao Erário, independentemente da atuação do Tribunal de Contas da União;

Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;

Considerando que os processos de ressarcimento de dano ao Erário devem pautar-se pelos princípios da racionalidade administrativa, do devido processo legal, da economia processual, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório;

Considerando os estudos e conclusões apresentados nos processos nºs TC-023.381/2010-8 e TC-010.517/2008-4, resolve:

#### CAPÍTULO DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A instauração, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas especial ao Tribunal de Contas da União obedecerão ao disposto nesta Instrução Normativa.

Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.

Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.

Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

Parágrafo único. Na hipótese de se constatar a ocorrência de graves irregularidades ou ilegalidades de que não resultem dano ao erário, a autoridade administrativa ou o órgão de controle interno deverão representar os fatos ao Tribunal de Contas da União. (AC) (Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016)

#### CAPÍTULO II - DA INSTAURAÇÃO

Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º, sem a elisão do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante autuação de processo específico (NR)(todo o art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 1º A instauração da tomada de contas especial de que trata o caput deste artigo não poderá exceder o prazo máximo de cento e oitenta dias, a contar:

I - nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para apresentação da prestação de contas;

II - nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu os fins colimados, da data-limite para análise da prestação de contas;

III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração.

§ 2º Em caso de autorização do parcelamento do débito, o prazo de que trata o § 1º deste artigo será suspenso até a quitação da dívida ou até o seu vencimento antecipado por interrupção do recolhimento.

§ 3º O prazo definido no § 1º deste artigo está sujeito às disposições dos §§ 1º e 2º do art. 11 e do art. 12 desta Instrução Normativa.

§ 4º O Tribunal de Contas da União pode determinar a instauração de tomada de contas especial independentemente das medidas administrativas adotadas.

§ 5º A falta de instauração da tomada de contas especial no prazo previsto no §1º deste artigo, sem motivo justo, poderá ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 à autoridade responsável pela omissão, sem prejuízo da aplicação das demais penalidades previstas em lei.

#### Seção I - Dos pressupostos

Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário (NR)(todo o art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016,DOU de 12/12/2016).

Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros:

I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis(pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado;

II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência;

III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano;

IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.

#### Seção II - Da dispensa

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

I - o valor do débito for inferior a R\$ 100.000,00, considerando o modo de referência disposto no § 3º deste artigo (NR)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016);

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

§ 1º A dispensa de instauração de tomada de contas especial de valor inferior ao estabelecido no inciso I do caput não se aplica aos casos em que a soma dos débitos de um mesmo responsável atingir o



referido valor (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 2º. A dispensa de instauração de tomada de contas especiais, conforme previsto no inciso I do caput, não exige a autoridade administrativa de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, com vistas à obtenção do ressarcimento do débito apurado, inclusive o protesto, se for o caso (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

Conforme se verifica, a norma é expressa em dispensar a instauração do processo de tomada de contas especial caso o valor do dano apurado, atualizado monetariamente, seja inferior ao limite fixado pelo Tribunal, o qual se encontra fixado, atualmente, em R\$ 100 mil. Observa-se, ademais, que embora a instauração do processo seja dispensada, isso não exige a autoridade de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance, de cunho judicial ou extrajudicial, com vistas à obtenção do ressarcimento do dano apurado, tampouco de consolidar os diversos débitos de um mesmo responsável, cujo valor seja inferior ao mencionado, perante o mesmo órgão ou entidade repassadora, e constituir tomada de contas especial se o seu somatório atingir esse limite (TCU, Instrução Normativa nº 71/2012).

Trata-se, segundo declara o próprio TCU nas justificativas apresentadas no preâmbulo da norma editada, de medida de racionalização administrativa e de economia processual, em perfeita consonância com os princípios da Administração Pública debatidos neste trabalho, em especial, com os princípios da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Constata-se, portanto, que sequer no âmbito do Tribunal de Contas da União cogita-se da aplicação de um entendimento acerca do dever-poder de a Administração instaurar indiscriminadamente processos administrativos apuratórios e sancionatórios diante de qualquer situação de descumprimento ou mesmo de lesão de baixa relevância ou de pequena monta. Tal competência, antes de ser encarada como obrigação de caráter cogente, absoluto e inarredável,

constitui, consoante evidenciado ao longo de todo este Relatório, medida que deve ser adotada quando, em adequado juízo de admissibilidade, concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de instauração do processo.

### **1.4.5 A experiência de Agências Reguladoras na relativização do dever-poder da Administração sempre instaurar processos apuratórios e sancionadores**

Uma vez apresentada a experiência dos órgãos de controle de relativização do dever-poder da Administração de instaurar, em qualquer hipótese e sob quaisquer circunstâncias, processos para apuração de falhas, irregularidades ou descumprimento de normas, passa-se, neste tópico, ao exame da experiência de agências reguladoras brasileiras que, após também enfrentarem a questão acerca do uso indevido e anômalo do processo sancionador como instrumento de conformação de condutas, resolveram endereçar o problema por meio da alteração de normas editadas pelas próprias entidades reguladoras, optando pela revisão das regras que disciplinam a fiscalização regulatória ou o processo administrativo sancionador em cada Agência, sem que houvesse maiores questionamentos acerca da solução jurídica adotada, seja pelas respectivas Procuradorias Federais Especializadas junto a essas autarquias, seja pelos órgãos de controle.

#### **1.1.4.6.1 ANEEL**

A ANEEL foi a primeira agência reguladora federal a ser criada por lei, em 1996, responsável por regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. A regulação da ANEEL visa a garantir a qualidade e continuidade do fornecimento de energia elétrica, bem como a aplicar as metodologias de cálculo das tarifas definidas para a prestação desses serviços. Ademais, a Agência também atua na mediação de conflitos entre concessionárias,

permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, e ainda conflitos existentes entre os referidos agentes e seus consumidores (ANEEL, 2020).

A fiscalização da ANEEL é realizada de forma direta, por servidores da própria Agência e, indiretamente, por meio de convênios e acordos de interesse celebrados com órgãos estaduais. O universo a ser fiscalizado contempla mais de 5.000 usinas, 226 transmissoras, que possuem 152 mil km de linhas de transmissão, e 103 distribuidoras, que disponibilizam energia elétrica para 83 milhões de unidades consumidoras (ANEEL, 2020).

Em face deste cenário de complexidade desafiadora, a Agência iniciou, ainda em 2013, um processo de revisão do seu modelo de fiscalização, visando a implementar estratégias mais eficientes, que resultassem em maiores níveis de conformidade e resultados à sociedade. Até então, o paradigma de regulação que inspirava a atuação da ANEEL estava ancorado nos seguintes objetivos:

Fiscalizar mais: inspecionar o maior número possível de agentes e instalações;

Fiscalizar melhor: melhorar os procedimentos e as técnicas de fiscalização;

Fiscalizar tudo: aumentar o número de assuntos fiscalizados; e

Punir muitas vezes: utilizar as sanções administrativas como instrumento preferencial para persuadir os agentes a cumprirem as regras (ANEEL, 2015; FERNANDES, 2018).

O diagnóstico, muito semelhante à realidade vivenciada pela Anatel, era o de que a sistemática adotada, baseada no modelo tradicional de comando e controle, que dirigia sua atenção para a prescrição de normas e para o controle de conformidade, sem necessariamente debruçar-se sobre a efetiva adequação das condutas das empresas reguladas, estava exigindo a destinação de enorme volume de recursos financeiros e humanos e dispersava de modo desproporcional os esforços da Agência sem que, necessariamente, os objetivos regulatórios fossem atingidos. Ou seja, a diretriz de se “punir o regulado muitas vezes”, impunha um

custo processual elevado à Agência, sem o esperado efeito pedagógico sobre os entes regulados:

(...) a ANEEL, ao longo de seus 20 anos de existência, também concentrou grande esforço no desenvolvimento e aperfeiçoamento dos métodos e técnicas para elaboração de normas e, por outro lado, dispendeu pouca atenção à criação e aperfeiçoamento de mecanismos de fiscalização.

Nesse esteio, ficou perceptível nos últimos anos que tal disfunção impactou o atingimento dos objetivos das políticas regulatórias do setor elétrico brasileiro. Esse diagnóstico levou ao reconhecimento da necessidade de modernização e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização regulatória da agência reguladora, notadamente dos mecanismos regulatórios utilizados para coleta de informações e para modificação de comportamentos dos agentes regulados. A ANEEL tem então reagido nos últimos anos a esse diagnóstico e feito esforços significativos para reinvenção de sua forma de fiscalizar o setor elétrico brasileiro.

[...]

A agência reguladora do setor elétrico nasceu por meio de comando legal com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Neste contexto, a instituição surgiu com o desafio de legitimar o novo conceito de Estado Regulador no setor brasileiro de energia elétrica, especialmente junto às diversas empresas estatais que ainda permaneceriam prestando serviços e também junto às muitas empresas privadas entrantes no mercado, aos consumidores e junto ao próprio corpo burocrático do governo.

Em específico, quanto à atividade de fiscalização regulatória, foi consignado, por meio de regulamento, que os objetivos da agência devem ser alcançados por meio de ações com caráter de orientação e punição. Ficou estabelecida à ANEEL a atribuição de aplicar penalidades regulamentares e contratuais aos agentes regulados e também positivado que a ação fiscalizadora da agência deve visar, primordialmente, a educação, orientação e prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos.

Seguindo a trajetória para cumprir sua atribuição de fiscalizar a prestação dos serviços de energia elétrica, a agência iniciou suas atividades atuando em duas frentes: (i) nos primeiros meses de funcionamento elaborou norma com procedimentos para apuração de infrações e aplicação de penalidades aos agentes; e, (ii) realizou nos primeiros dois anos força-tarefa para inspeção presencial de todas as instalações e empresas prestadoras de serviços no setor elétrico brasileiro. Além do objetivo de modelar a atividade de fiscalização em si, estabelecendo procedimentos para tanto, a presença ostensiva de servidores junto às empresas reguladas também cumpriu o papel de fazer a nova agência conhecida, de estabelecer os primeiros vínculos de relação entre agentes regulados e regulador e de inventariar o setor por meio de coleta de dados e informações. Conforme apontam as Prestações de Contas dos primeiros anos de atuação da agência, o alcance da ação fiscalizadora foi apurado principalmente em termos de quantidade de inspeções presenciais realizadas e a meta então estabelecida pela própria agência de fiscalizar 100% dos agentes delegados e instalações do setor foi cumprida.

Assim, as primeiras práticas da atividade de fiscalização regulatória foram esculpidas a partir do movimento da agência de conhecer e se fazer conhecida. No campo tático, a indicação sobre o que fazer era: estar presente, coletar informações e apontar não conformidades aos agentes regulados. Nessa lida, o modelo de fiscalização foi desenvolvido e consolidado a partir do conhecimento e experiência

dos servidores temporários que atuaram na agência na primeira década de sua existência e compuseram o primeiro grupo de força de trabalho da ANEEL.

Essa estratégia inicial foi marcante para o design do modelo de atuação da agência e para o estabelecimento da cultura organizacional a respeito do que seria fiscalizar o setor. Neste cenário, construiu-se a partir do arcabouço legal e da prática o constructo que fiscalizar significava averiguar o cumprimento das regras e regulamentos, identificar não conformidades, classificá-las em rol de tipos de infração previamente estabelecido e impor penalidades aos agentes. Essa abordagem, notadamente baseada no conceito de comando e controle, foi explicitada nos documentos pioneiros da agência, moldou a elaboração de métodos e ferramentas de trabalho e cristalizou-se na cultura da organização.

Tal construção lastreava-se na crença de que as empresas reguladas agem como atores racionais que respondem predominantemente aos incentivos econômicos. Como consequência, o modelo tradicional de fiscalização do setor elétrico exercido pela ANEEL pode ser classificado como punitivo e foi estruturado seguindo ordenamento linear baseado em três etapas: programação, execução e julgamento, sem conexão estrutural com o processo de elaboração de regras e padrões.

[...]

Nos anos que se seguiram, a agência evoluiu este modelo de forma incremental, criando ferramentas, aperfeiçoando formas de execução e lidando com as vantagens e desvantagens do arquétipo adotado. De forma resumida, no modelo tradicional, o principal critério de desempenho da fiscalização significava: fiscalizar mais (inspecionar o maior número possível de agentes e instalações); fiscalizar tudo (verificar o cumprimento de todas as normas) e punir muitas vezes (utilizar sanções administrativas como instrumento preferencial para persuasão dos agentes rumo ao cumprimento das normas). Tal modelo foi então consolidado e se tornou tradicional após 15 anos de prática.

[...]

Destaca-se também que o modelo tradicional de fiscalização estimulava que os fiscais guiassem seus trabalhos pela verificação exaustiva da aplicação das normas prescritivas e atingimento de padrões e, como resultado, apontassem os desvios classificados então como não conformidades e infrações. A coleta de dados e informações utilizadas como insumo das avaliações seguia sendo feita predominantemente em campo, sendo a própria empresa fiscalizada a principal fonte.

Esse modus-operandi da busca pela não conformidade cristalizado na cultura da agência estava resultando não em criação e fortalecimento de laços de confiança e cooperação entre regulado e regulador, mas, no contrário. A prática contribuía para aumento da assimetria de informação e da rivalidade pois as empresas tinham convicção de que seriam multadas caso os fiscais encontrassem evidências de falhas no cumprimento das normas. Ademais, os tempos praticados entre a execução e o julgamento de cada inspeção eram muitos longos (anos) o que enfraquecia substancialmente a possibilidade de a ação fiscalizadora ser educativa e efetiva em gerar mudança de comportamento na empresa fiscalizada.

Ainda, percebeu-se que as atividades de fiscalização estavam impondo custos e ineficiência tanto para empresas fiscalizadas quanto para a própria agência, pois empresas que atendiam a normas e padrões eram submetidas aos mesmos procedimentos e frequência de fiscalização que empresas que não atendiam aos requisitos de conformidade. Ademais, a despeito das variações entre fiscais e até mesmo entre unidades organizacionais na interpretação da norma a respeito da decisão ou não de aplicação de penalidades, predominantemente a motivação e comportamento das empresas avaliadas como não conformes não eram consideradas para a decisão de arquivamento da fiscalização ou instauração de processo punitivo, prestigiando assim o modelo mental de comando e controle,

justificado, via de regra, no princípio da indisponibilidade do interesse público na aplicação do direito sancionador.

No aspecto da gestão, o desempenho da atividade seguia sendo avaliado em termos de quantidade de ações executadas, medição, portanto, sem relação direta com o impacto gerado pela atividade. Com esse modelo mental tradicional, para melhoria de desempenho era necessário, portanto, aumentar-se a quantidade de fiscalizações realizadas. E, já que o setor elétrico cresceu consistentemente nos últimos anos, eram necessários esforços cada vez maiores para a garantia de presença da fiscalização em ciclos não muitos longos para cada empresa fiscalizada. Assim, o limite da relação “número de fiscais versus quantidade de instalações/agentes” foi superado para aplicação do modelo tradicional.

[...]

Percepções comuns entre stakeholders mais críticos internos e externos compartilhavam, por volta do ano de 2012, o ápice da avaliação negativa e da cobrança por mudanças estruturais no desempenho institucional da fiscalização da agência. Tal movimento dava conta, então, do esgotamento do modelo tradicional.

Diante desse diagnóstico, a instituição concluiu que continuar seguindo os mesmos moldes de fiscalização estabelecidos para os desafios iniciais de anos atrás não contribuiria para cumprimento de sua missão. A permanência no modelo tradicional de fiscalização poderia então levar a ANEEL ao descrédito da sociedade e talvez à avaliação de desnecessidade de sua existência. Frente a tal cenário, não houve alternativa a não ser inovar e mudar (FERNANDES, 2018, p. 4-10).

Diante da situação exposta, a ANEEL lançou, em 2014, o Projeto de Fiscalização Responsiva, com o objetivo de reformar o modelo regulatório da Agência e de implementar nova estratégia fundamentada em dados e evidências e, principalmente, em uma abordagem baseada em riscos. É interessante notar que, no primeiro momento de revisão de seu modelo regulatório, além de não proceder à alteração de nenhuma norma de regência de seus processos, seja de fiscalização, seja de condução dos procedimentos sancionatórios, mas dedicar-se à correção de sua práxis, a Agência priorizou a reformulação e atualização dos fluxos que envolviam a sua atuação fiscalizatória:

Em paralelo, num movimento com forte participação da alta administração da agência, no final do ano de 2013 foi consignado no Planejamento Estratégico da ANEEL para o quadriênio 2014- 2017 o objetivo de “Modernizar e aperfeiçoar o processo de fiscalização”. Dentro das unidades organizacionais, desde o ano de 2014 e ainda hoje, uma miríade de projetos foi e está sendo executado como instrumentos de intervenção para realização da estratégia de mudança organizacional. Assim, segundo os conceitos ANSI/PMI (2013), a reforma da fiscalização da ANEEL pode ser entendida como um programa composto por diversos projetos, subprogramas e atividades de programas relacionados e gerenciados de modo colaborativo e coordenado para se obter o resultado que não

seria alcançável a partir do gerenciamento de cada item do conjunto de iniciativas individualmente.

De forma coordenada a partir da rede de relacionamento entre servidores líderes do processo de mudança e em tempos diferentes, as três unidades organizacionais responsáveis pela atividade de fiscalização adotaram estratégia similar para colocar em prática a reforma por meio das etapas de: (i) conhecimento e compreensão dos novos conceitos apontados pela literatura e pela experiência de outras instituições; (ii) criação de um novo constructo (framework); (iii) elaboração de novos procedimentos; e (iv) execução de fiscalizações em larga escala a partir dos novos procedimentos.

[...]

A escolha de temas, empresas e instalações a serem fiscalizadas passou a ser resultado do monitoramento; os próprios temas e objetos de inspeção foram revistos, criados ou extintos; critérios e procedimentos para planejamento e execução de inspeções foram modificados. Para maximizar a disponibilidade de evidências, foram aprimorados instrumentos e procedimentos para coleta intensiva e eletrônica de dados, armazenamento desses dados em bancos estruturados, processamento com uso de ferramenta de inteligência analítica (BI – *Business Intelligence*) para apuração de indicadores de desempenho quanto à conformidade e resultados regulatórios.

Essas iniciativas promoveram verdadeira revolução nos métodos, técnicas e cultura da fiscalização, possibilitando a substituição de decisões baseadas em percepções individuais, e em alguma medida subjetivas, por decisões baseadas em evidências, rastreáveis, replicáveis, transparentes e com expressivamente maior potencial de responsabilização (accountability).

[...]

Na prática, a avaliação de risco passou a ser o critério determinante para decisão sobre prioridades de fiscalização (programação), já que a inspeção intrusiva de todas as empresas com verificação de conformidade a todas as normas e padrões é impossível e mesmo a tentativa de fazê-lo, como era praticado no modelo tradicional, resulta em encargos administrativos massivos e desnecessários.

[...]

Em razão dessas avaliações, as atividades se tornaram mais assertivas e orientadas ao tratamento preventivo e corretivo de situações não conformes a partir de dados coletados e informações conhecidas previamente por meio de monitoramento remoto. Como decorrência, as ações se tornaram mais proporcionais ao nível de risco apurado, pois os recursos escassos (principalmente humanos) passaram a ser alocados na fiscalização de situações com indicação real de não conformidade.

Um dos principais conceitos adotados na reforma, o princípio de fiscalização responsiva, foi introduzido originalmente por Ayres e Braithwaite (1992) e estabelece que as estratégias para obtenção de conformidade regulatória devem ser moduladas a partir do comportamento e histórico das empresas fiscalizadas, em ações escalonadas de intervenções persuasivas e dissuasivas de regulação. Essa abordagem apresentou-se como a principal solução para substituição da fiscalização predominantemente punitiva por uma atuação efetivamente mais preventiva e orientada, que aplica mecanismos de variados graus de punição somente quando as tentativas iniciais de persuasão não são respondidas com mudança de comportamento e atingimento de conformidade regulatória, ou quando as infrações são muito graves e o comportamento da empresa não conforme é claramente não cooperativo. A abordagem responsiva preencheu assim a lacuna ferramental que o modelo tradicional de fiscalização continha ao instrumentalizar a função pretendida da ação fiscalizadora que visa primordialmente à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas

violadoras da lei e dos contratos (artigo 16 do Decreto nº 2.335/1997) (FERNANDES, 2018, p. 10-16).

Assim, com o novo modelo de fiscalização regulatória implementado, a ANEEL passou a dedicar grandes esforços às atividades de monitoramento preventivo e planejamento das ações de controle, sem se descuidar das necessárias atividades de inspeção *in loco*, as quais, todavia, perderam o status privilegiado que até então lhes era atribuído e passaram a ser concebidas como complementares às demais ações de supervisão e fiscalização desempenhadas pela Agência. Ou seja, assumiu-se que a Fiscalização dos Serviços de Eletricidade deve basear-se em uma visão que contemple a execução de 4 etapas: Monitoramento, Análise, Acompanhamento e Ação Fiscalizadora e ter como diretriz o enfoque na Prevenção e na utilização de Inteligência Analítica e no uso de técnicas de Fiscalização baseada em Evidências.

Nesse sentido, segundo informa a própria ANEEL em seu Relatório de Gestão de 2019 (ANEEL, 2019):

Desde 2016, a ANEEL vem adotando novo método de fiscalização denominado Fiscalização Estratégica, o qual consiste em focalizar as atividades de fiscalização em ações preventivas e aumentar a efetividade da área, por meio da utilização de técnicas de inteligência analítica e do aperfeiçoamento do planejamento das atividades. Ademais, a nova metodologia de fiscalização busca otimizar os recursos humanos e materiais disponíveis.

Esta metodologia é composta pela execução de 4 (quatro) etapas - Monitoramento, Análise, Acompanhamento e Ação Fiscalizadora – sendo todas consideradas Fiscalizações Realizadas, independentemente da necessidade de realização da etapa anterior ou subsequente.

a) Monitoramento: A primeira etapa consiste no monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo de todas as Distribuidoras e as Transmissoras de Energia Elétrica. Nessa etapa, o desempenho dos Agentes é monitorado e, havendo indícios de falha na prestação de serviço ou mesmo uma tendência de piora na qualidade da prestação, são emitidos alertas preventivos para correção imediata, e também sinalizado para investigação detalhada pelas equipes de Análise. Essa etapa também é responsável pela medição dos resultados pactuados nos Planos de Providências.

b) Análise: Os agentes identificados na Etapa de Monitoramento com indícios de má prestação de serviço são encaminhados à etapa de Análise, que tem como principal objetivo avaliar detalhadamente os temas apontados como relevantes na etapa de monitoramento. O trabalho de análise é consolidado em Relatórios de Análise, que são apresentados aos agentes de distribuição e transmissão de energia para que adotem as providências necessárias para a melhoria na



qualidade dos serviços. Assim, os Agentes devem elaborar Planos de Providências dos problemas apontados, os quais serão acompanhados na etapa de Acompanhamento.

c) Acompanhamento: Nessa etapa é feito o acompanhamento dos Planos de Providências apresentados pelos Agentes na etapa de Análise. São acompanhadas as providências adotadas para a correção dos problemas e os resultados obtidos. Os acompanhamentos são consolidados em relatórios de acompanhamento, permitindo que a sociedade conheça as ações de fiscalização e seus resultados.

d) Ação Fiscalizadora: Quando as falhas apontadas nas etapas anteriores não forem corrigidas até o término da Etapa de Acompanhamento, e não se tiver a melhoria esperada no desempenho da temática proposta, ou se identificarem falhas graves nas etapas de Monitoramento ou Análise, o processo segue para as fases de notificação e, eventualmente, de punição.

Ressalte-se que, como uma clara demonstração de que são os princípios da teoria da regulação por incentivos, em especial, da teoria responsiva, que orientam o novo modelo regulatório adotado pela ANEEL, as atividades de monitoramento conduzidos pela Agência, os dados de reclamações dos usuários, dos indicadores de serviço e dos desligamentos da rede passaram a ser utilizados para avaliar a qualidade dos serviços prestados. Em caso de detecção, durante as atividades de monitoramento, de eventual inconformidade com as regras prescritas, o sistema eletrônico de alerta, criado no escopo de referido Projeto de Fiscalização Regulatória, comunica o problema ao regulado para que ele possa imediatamente corrigir a falha na prestação do serviço. Apenas na hipótese desse alerta não se mostrar suficiente para a correção do problema é que a falha detectada é incluída no rol de ações a serem priorizadas no planejamento de controle e inspeção, o qual contempla, também, as reclamações de consumidores, demandas recebidas de órgãos externos, inconsistências identificadas, evidências de desempenho insatisfatório e problemas diversos identificados pelas equipes de análise e fiscalização. Adicionalmente, observa-se que, antes de se caminhar para a adoção de medidas sancionatórias, podem ser adotados Planos de Melhoria, com o objetivo de buscar soluções acordadas entre regulador e regulado para a correção dos problemas identificados na prestação do serviço.

Cabe ressaltar que mesmo as fiscalizações *in loco* das equipes da ANEEL, quando realizadas, ainda guardam, em um primeiro momento, o caráter responsivo, uma vez que continuam privilegiando a resolução dialogada dos

problemas apontados. Desse modo, a falha ou irregularidade detectada poderá, ou não, resultar na instauração de um processo administrativo sancionador, conforme a resposta do agente regulado se mostre capaz de, tempestiva e satisfatoriamente, corrigir as não-conformidades verificadas quanto ao cumprimento das regras e atingimento de padrões estabelecidos:

A primeira fase da nova estrutura de fiscalização é classificada como detecção e compreende atividades de monitoramento e investigação. No monitoramento dos resultados obtidos pelas empresas reguladas são aplicadas técnicas de inteligência analítica (transformação de dados brutos em informação por meio de processamento computacional) e, valendo-se de indicadores de desempenho, identifica-se riscos atuais e futuros para a conformidade e para o atingimento dos resultados regulatórios pretendidos.

Em seguida, aplicando-se os conceitos de responsividade, foco em risco e base em evidências, são selecionadas as empresas que apresentaram resultados insatisfatórios para passarem pela etapa de investigação. Nesse estágio é realizada a avaliação qualitativa, valendo-se da inteligência humana (expertise dos fiscais). Após a eliminação de possíveis resultados falso-positivos, cada empresa selecionada é avaliada num nível mais aprofundado, quando são elaboradas e averiguadas hipóteses sobre as possíveis causas dos riscos e não conformidades identificadas. Nessa etapa, via de regra as empresas são acionadas para prestarem informações e esclarecimentos remotamente.

Após avaliação do nível de risco das não conformidades verificadas e do comportamento da empresa para cumprimento das regras e atingimento de padrões estabelecidos, decide-se se a atividade de fiscalização seguirá para o espectro da persuasão, pela prevenção/promoção de conformidade ou para o espectro da dissuasão, pela coerção.

Caso a estratégia escolhida seja a da prevenção/promoção de conformidade, são executadas ações como: publicação de relatórios com indicação da categoria de desempenho de cada empresa para o mercado e sociedade; emissão de alertas às empresas com desempenho inadequado e orientação de correção; e estabelecimento de planos de melhoria/resultados para empresas com desempenho insuficientes e riscos intermediários à qualidade da prestação dos serviços.

Caso as etapas de monitoramento e investigação indiquem alto risco e/ou comportamento não cooperativo da empresa frente às ações já realizadas de prevenção/promoção de conformidade, a ação fiscalizadora segue com caráter coercitivo. A depender da categoria da não conformidade/infração e também do comportamento histórico da empresa, podem ser aplicadas penalidades de advertência, multa pecuniária, suspensão, intervenção, revogação de outorgas, impedimento temporário de participação no mercado, atividades típicas da aplicação clássica do processo sancionador (FERNANDES, 2018, p. 20-22).

Ou seja, no seu novo modelo de *enforcement*, a ANEEL se vale claramente, com base em evidências, foco no risco e monitoramento analítico e inteligente do setor, dos princípios da regulação responsiva. Ao invés de buscar punir toda e qualquer irregularidade detectada, a Agência passou a se empenhar na construção de sistemas e indicadores e no levantamento e produção de informações que permitam a supervisão a distância, mas permanente da atuação dos regulados, segmentando-os de acordo com sua postura de cooperação em relação à correção de desconformidades detectadas e atuando com maior rigor contra aqueles que mantêm a postura de burla mesmo após o alerta preliminar do regulador.

Registra-se que essas alterações provocaram efeitos imediatos e animadores nos resultados da fiscalização regulatória da ANEEL: o envio regular e tempestivo de informações pelas empresas reguladas, por exemplo, aumentou de 71%, em 2016, para 95% em 2017 (parte desse aumento, 20%, é atribuído ao funcionamento de mecanismos de incentivo à autorregularização, como manuais de internet, alarmes, publicidade ao mercado, suporte telefônico, e outros 4% decorreram do uso das ferramentas persuasivas e dissuasórias tradicionais, como notificações, advertências e multas); adicionalmente, as falhas desconhecidas em linhas de transmissão de energia elétrica, que chegaram a 29% em 2014, baixaram para 22% em 2015 e 17% em 2016. Ademais, valendo-se da estratégia de adoção de Planos de Melhoria, o novo modelo regulatório resultou, também, na melhoria na qualidade do serviço prestado, tendo havido significativa redução na frequência e na duração das interrupções de energia (FERNANDES, 2018).

No que tange às atuações, o novo modelo de regulação responsiva da ANEEL ensejou uma substancial redução da quantidade dos processos sancionatórios em curso na Agência, uma vez que a sanção passou a ser utilizada apenas nos casos em que as irregularidades e falhas detectadas na prestação do serviço não fossem corrigidas e persistissem mesmo após todos os mecanismos de

atuação preventiva inicialmente adotados. Todavia, pelo mesmo motivo, os valores médios de cada sanção também foram aumentados (FERNANDES, 2018).

Após os frutos colhidos do processo de revisão da prática e forma de abordagem e atuação regulatórias para a conformação do comportamento das empresas, a ANEEL providenciou, então, a positivação dessas regras com a alteração das normas que disciplinavam o processo sancionador no âmbito da Agência. Até então, esse era regido pela Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, a qual há mais de 15 anos encontrava-se sob debate e revisão, sendo que, desde 2011, a ANEEL já dispunha de minuta de novo normativo que propunha substituí-la para, principalmente, adequar as tradicionais e ultrapassadas práticas de fiscalização, então adotadas pela autarquia, às modernas sistemáticas propugnadas pela OCDE, baseadas nos princípios da regulação responsiva (FERNANDES, 2018).

Se em um primeiro momento, no entanto, a discussão em torno da reforma da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004, girava em torno tão-somente da revisão das tipificações de infrações e recalibração da dosimetria das multas aplicadas pela ANEEL, que, como regra, penalizava o agente pelo valor máximo das infrações, com o desenvolvimento do Projeto de Fiscalização Regulatória e a apresentação dos exitosos resultados por ele produzidos, a nova norma aprovada alterou de modo muito mais amplo e profundo o modelo regulatório da ANEEL como um todo, consolidando definitivamente a adoção da modelagem responsiva no setor de regulação de energia elétrica.

De fato, ao se analisarem as manifestações técnicas que fundamentaram a edição do ato, que alterou a Resolução Normativa nº 63/2004 (exaradas no âmbito dos processos: 48500.003095/2009-55, 48500.006118/2009-83, 48500.007207/2009-47, 48500.000857/2008-81 e 48500.004650/2009-66), confirma-se que foi conferido amplo escopo a essa revisão e que os princípios da Regulação Responsiva orientaram decisivamente o processo:

NOTA TÉCNICA nº 01/2015-ASD/ANEEL, de 01/12/2015

(...)

12. Atenta e comprometida com a necessidade de modernização e aperfeiçoamento dos processos de fiscalização, até então marcados por sensível caráter operacional, que privilegiava o “esforço” em detrimento do “resultado”, esta Agência vem, desde 2013, desenvolvendo um conjunto de esforços e ações direcionadas à obtenção de máxima efetividade nesse campo, por meio da incorporação de inovações metodológicas [especialmente as trazidas na publicação de 2014 da OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development, intitulada “Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy”7] e tecnológicas, que vão moldando uma nova filosofia de atuação da ANEEL, fortemente orientada para a prevenção de condutas infracionais e a regularização de inconformidades regulatórias.

(...)

16. Nesse sentido, apresentam-se na sequência as principais propostas de tratamento aos temas em comento, tendo presente que o objetivo maior desta Agência é assegurar a qualidade, a continuidade, a universalização e a modicidade de tarifas e preços nos serviços de energia elétrica prestados pelos agentes delegados, e não a mera imposição de penalidades decorrentes da inobservância de compromissos e obrigações normativas ou contratuais.

17. Como visto, o modelo de fiscalização da ANEEL vem experimentando acentuada mudança em sua filosofia e organização para atingimento da finalidade precípua dessa importante função, mediante a incorporação da dimensão estratégica ao planejamento e à execução de suas atividades, bem como de mecanismos de avaliação da efetividade dos resultados colimados.

18. Nessa perspectiva, considera-se oportuna a inserção de novo Capítulo na Resolução Normativa sobre imposição de penalidades, sob a denominação “Diretrizes Gerais da Ação Fiscalizadora”, pelo qual, nos termos do art. 16 do Anexo ao Decreto n. 2.335/1997 e de contribuição específica oferecida na AP 077/2011, se reafirma que “a ação fiscalizadora da ANEEL visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados”.

NOTA TÉCNICA nº 24 /2015-SFE/SFF/SFG/ANEEL, de 04/02/2015

12. O trabalho desenvolvido tem como objetivo não somente apresentar as contribuições da Fiscalização para a elaboração de um regulamento que atenda aos aspectos infracionais e de segurança jurídica, mas que também apresente procedimentos modernos e que corroborem com uma atuação mais orientativa e proativa, com foco na prevenção das infrações e na regularização das não conformidades.

VOTO DO RELATOR, DIRETOR ROMEU DONIZETE RUFINO

II. 2. Ampliação do escopo da norma de sanções administrativas

7. Como detalhadamente reportado na Nota Técnica nº 01/2015-ASD/ANEEL, “concluiu-se pela necessidade e oportunidade de expansão do escopo da norma de aplicação de sanções, com vistas a [...] conferir maior eficiência, racionalidade, celeridade, transparência e uniformidade nos processos fiscalizatórios da ANEEL e, sobretudo, lograr maior efetividade de resultados na imposição de penalidades por infrações à lei, aos contratos ou aos atos autorizativos”.

II.2.1 Diretrizes Gerais da Ação Fiscalizadora da ANEEL

8. Nesse sentido, consagra-se nesta norma “uma nova filosofia de atuação da ANEEL, fortemente orientada para a prevenção de condutas infracionais e a

regularização de inconformidades regulatórias”, por meio do capítulo intitulado “Diretrizes Gerais da Ação Fiscalizadora”, no qual:

- (i) reafirma-se, nos termos do art. 16 do Anexo do Decreto nº 2.335/1997, que “a ação fiscalizadora da ANEEL visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados”;
- (ii) positiva-se o procedimento de monitoramento e controle como parte do processo fiscalizatório e declinam-se as suas principais finalidades;
- (iii) institucionalizam-se os programas (iii.a) de gestão e acompanhamento da implantação dos principais empreendimentos de geração e transmissão e (iii.b) de melhoria da qualidade do serviço e/ou das condições econômico-financeiras das concessões de serviço público, a partir de planos de resultados, pautados por reuniões regulares com os agentes envolvidos, coordenadas por Diretores da ANEEL e com participação das áreas técnicas da Agência, dos dirigentes dessas empresas e de seus controladores. Ressalta-se que tais programas “não implicam o estabelecimento de novas obrigações e não constituem regime excepcional regulatório ou de sanções administrativas”.

NOTA TÉCNICA nº 179/2017-SRM/ANEEL, de 19 de outubro de 2017.

Resultado da Audiência Pública (AP) nº 78/2016, realizada para colher subsídios à regulamentação da avaliação da qualidade da governança corporativa das distribuidoras de energia elétrica.

15. Como a governança se trata de alinhamento de interesses, pressupõe-se um equilíbrio consensual das interações de ganha/perde e uma negociação que, em termos da missão da ANEEL, ocorre entre partes (agentes) convergentemente equilibrados em relação ao seu poder de mercado. Em razão dessa premissa, a SRM entende que a regulação por incentivos seja a estratégia mais adequada para tratar esse tema.

16. Nessa abordagem, o agente racional pondera entre benefícios e custos decorrentes da ação do regulador. Na AP nº 78/2016, os custos aos agentes são os decorrentes da adaptação dos sistemas de governança corporativa em voga e os benefícios foram as desburocratizações de processos de anuências prévias.

17. Ocorre que essa relação é biunívoca e sua efetividade depende da percepção do equilíbrio na relação custos e benefícios, bem como da propensão e sensibilidade em que fatores exógenos tais como valor reputacional junto ao mercado financeiro e nível de maturidade do mercado de capitais que impactam as diretrizes estratégicas dos acionistas ao Conselho de Administração (ou equivalente) e determinadas a gestão da Diretoria Executiva da distribuidora.

18. Desse modo, deve a ANEEL acompanhar a evolução normativa e as implementações efetivas dos mecanismos de governança para que analise o equilíbrio supramencionado sob pena de a REN se tornar inócua, levando a regulamentação não atingir a finalidade comandada pelo Decreto nº 8461/2015.

(...)

(ii.5) Falta de coerência com a “tendência” dos processos de fiscalização educativa e aplicabilidade da simplificação administrativa

VOTO-VISTA DO RELATOR DIRETOR-GERAL ANDRÉ PEPITONE DA NÓBREGA

(...)

4. O então Diretor-Relator da matéria submeteu à aprovação minuta de resolução normativa, para aprovar procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do Setor Elétrico e dispor sobre diretrizes gerais da fiscalização da Agência.

5. Após o voto proferido, iniciou-se a fase de debates pelos Diretores, seguindo o rito preceituado no art. 22 da Norma de Organização nº 18, aprovada pela Resolução Normativa nº 468, de 6 de dezembro de 2011.

6. Destacamos a complexidade da matéria, o envolvimento de 10 Unidades Organizacionais e a densidade do material produzido pelo Grupo de Trabalho, cuja Nota Técnica, com 183 páginas, examinou 876 contribuições recebidas na 2ª fase da Audiência Pública.

7. Frisamos que, quanto às tipificações das condutas infracionais, a distribuição em grupos, os critérios para determinação da base de cálculo e a fixação da dosimetria, as circunstâncias agravantes e as atenuantes, o trabalho apresentado não mereceria qualquer reparo e poderia ser aprovado pela Diretoria Colegiada.

8. Entendemos, todavia, que seria ainda necessário que a Diretoria Colegiada refletisse também sobre alguns aspectos pontuais da norma, dentre os quais a possibilidade da lavratura de autos de infração exclusivamente pelo eventual descumprimento às “determinações da ANEEL”, constantes de termos de notificação (inciso II do. § 2º do art. 27) e a desnecessária dupla notificação prévia, para instruir processo de penalidade de caducidade da concessão ou da permissão.

9. Ressaltamos que a norma sobre a aplicação de penalidades é de fundamental importância para a Agência Reguladora e que seria necessário que a Diretoria Colegiada não apenas estivesse familiarizada com ela, mas também tivesse a oportunidade de contribuir para o processo de lapidação normativa.

10. Assim, diante da relevância da norma em discussão, pedimos vista dos autos, para propiciar essa reflexão adicional da Diretoria Colegiada sobre a minuta de resolução.

(...)

25. A minuta de resolução normativa submetida ao Colegiado tratou dos procedimentos tendentes à aplicação da penalidade de caducidade, nos seguintes termos:

Art. 31. Com base em nova ação de fiscalização ou em fiscalizações anteriores, o Superintendente responsável, constatando a existência de fatos que possam, de forma isolada ou conjuntamente, ensejar a aplicação de qualquer das penalidades a que alude o art. 5º, incisos VII, VIII e X, proporá à Diretoria da ANEEL que seja intimado o agente acerca dessa circunstância, mediante Termo de Intimação - TI, o qual se fará acompanhar de exposição de motivos.

§ 1º A Diretoria, entendendo cabível a intimação proposta, autorizará, mediante Despacho, a expedição do TI por parte do Superintendente responsável pela ação de fiscalização.

§ 2º Tratando-se de fato que possa ensejar a aplicação da penalidade de caducidade da concessão ou da permissão, a proposição à Diretoria para emissão do TI, que caracteriza a abertura do processo administrativo de inadimplência a que se refere o art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, será precedida da elaboração de relatório de comunicação de falhas e transgressões à legislação e ao contrato de concessão ou permissão, a ser emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora e encaminhado ao agente dando-lhe prazo para regularização, nos termos da legislação. (grifos nossos)

26. Constatamos que a minuta de resolução contém dupla previsão de prévia notificação ao agente setorial quanto à possibilidade da abertura de processo administrativo de inadimplência. Uma (§ 2º do art. 31), presumivelmente mediante ofício da Superintendência, para informar sobre as falhas e as transgressões e fixar prazo para a regularização. Outra (§ 1º e caput do art. 31 e inciso

IV do art. 32), agora mediante termo de intimação, para novamente informar os motivos da inadimplência (ou seja, as falhas e as transgressões) e fixar novo prazo para a correção.

27. Entendemos que tais previsões não implementam, mais adequadamente, os comandos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Ponderamos que a maneira mais razoável seja aquela que, simultaneamente, garanta aos agentes setoriais não apenas o direito à prévia notificação, ao contraditório e à ampla defesa, mas também a não imposição de ritos repetitivos e desnecessários, que causam delongas, e contrariam o princípio constitucional da celeridade, além de emitir sinal regulatório inadequado de morosidade.

28. Dessa maneira, avaliamos que a decisão da Diretoria Colegiada da ANEEL de autorizar a emissão de termo de intimação não caracteriza decisão sobre a instauração de processo administrativo de inadimplência, mas sim prévia notificação, como exige o art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995, nos autos de processo de fiscalização.

29. Com efeito, após a emissão de termo de intimação, a notificada poderá tanto demonstrar que não existiram as falhas e as transgressões apontadas, quanto regularizá-las e, em ambos os casos, não subsistirá razão para sequer recomendar ao MME a caducidade. Observamos, ainda, que o próprio MME, ao receber os autos do processo de fiscalização da ANEEL, tanto pode discordar da recomendação e, fundamentadamente, arquivar os autos, quanto decidir pela aplicação da caducidade, como recomendado pela Agência.

30. Destacamos ainda que, assim como o termo de notificação não instaura processo punitivo, sendo ainda elemento do processo de fiscalização, o termo de intimação também não inaugura o processo administrativo de inadimplência, sendo igualmente elemento de processo de fiscalização no qual é verificada a inadimplência da concessionária ou da permissionária.

31. Por essas razões, avaliamos como desnecessária a dupla previsão de prévia notificação, podendo, no quadro normativo e interpretativo em vigor, sem qualquer prejuízo, ser eliminada a previsão de notificação via ofício da Superintendência (§ 2º do art. 31 da minuta).

Assim, ao final do longo, mas construtivo processo de debate técnico travado, no âmbito da ANEEL, em torno da revisão dos procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica, foi emitida a Nota Técnica nº 07/2018, do Grupo de Trabalho constituído para revisar a REN 063/2004, composto por representantes das 8 Superintendências, Procuradoria-Federal e Diretoria da ANEEL (ANEEL, 2018), a qual, ao apresentar a derradeira minuta de Resolução, fundamenta a proposta no conceito de “fiscalização responsiva” e prevê a utilização de estratégias que permitam que os agentes sejam “tratados de forma distinta uns dos outros de acordo com o grau de cooperação com o regulador”, e que “apenas quando as ferramentas responsivas não surtam efeitos é que penalidades sejam aplicadas”. Aponta ainda que, se por um lado “a filosofia de fiscalização responsiva tende a uma diminuição na quantidade de processos sancionadores, por outro, tende a



gerar processos mais detalhados e complexos, que exigem mais esforço e tempo para instrução, tanto por parte do agente regulado como por parte do Regulador”.

Com isso, a Resolução Normativa nº 846 foi, então, editada pelo Conselho Diretor da ANEEL e publicada em 11 de junho de 2019. A nova norma, que entrou em vigor 6 meses depois de sua publicação, define os procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor elétrico e dispõe sobre diretrizes gerais da ação fiscalizadora da Agência, imprimindo mudanças significativas e paradigmáticas nessa seara.

O comando central e orientador da Resolução Normativa nº 846, de 2019, da ANEEL, pode ser identificado logo no art. 2º, que é expresso ao consignar que “a fiscalização visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei, dos regulamentos e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados”, adotando como parâmetro, indubitavelmente, os princípios das Teorias da Regulação baseadas em Incentivos.

Em seguida, em seu art. 3º, a referida Resolução institucionaliza as práticas de inteligência analítica de monitoramento e controle da atuação dos regulados, típicas de modelos regulatórios responsivos, que já vinham sendo implementadas no âmbito da ANEEL. Destaca-se que, como objetivos orientadores desse processo de supervisão permanente da entidade reguladora, a nova norma estabelece, entre outros, que a Agência deverá adotar uma abordagem baseada em risco, que, responsivamente, leve em consideração o comportamento de cada agente regulado na definição das prioridades e estratégias do ente regulador.

Merece atenção também a diretriz expressa no sentido de que o processo de fiscalização conduzido pela ANEEL deve nortear-se não pelo aspecto punitivo, que privilegia a sanção, mas pela busca da correção das falhas e irregularidades na prestação dos serviços públicos:

Art. 3º Como parte do processo fiscalizatório, as Superintendências de Fiscalização adotarão procedimento de monitoramento e controle, a fim de:

- I - subsidiar a ANEEL com dados ou informações relevantes;
- II - analisar o desempenho dos agentes na prestação dos serviços de energia elétrica;
- III - diferenciar o risco regulatório em face do comportamento dos agentes, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco;
- IV - avaliar a atuação dos grupos econômicos controladores dos agentes setoriais;
- V - prevenir práticas irregulares e estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de energia elétrica;
- VI - atuar na busca da correção de práticas irregulares e da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de energia elétrica ou aos seus usuários.

Parágrafo único. O monitoramento e o controle poderão ser efetuados a partir de dados ou informações requisitados ou acessados remotamente, observadas as boas práticas de segurança da informação.

Para melhor cumprir esse desiderato, que prioriza a prevenção, o diálogo e a responsividade na relação entre regulador e regulados, a Resolução Normativa nº 846, de 2019, da ANEEL, prevê, inclusive, a possibilidade de a Agência firmar plano de resultados com os agentes setoriais para melhoria do desempenho na prestação do serviço ou do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou permissão mantido:

Art. 4º A ANEEL poderá firmar plano de resultados com os agentes setoriais para melhoria de desempenho, com base em evidências que apontem degradação ou sinalizem deterioração da prestação do serviço ou do equilíbrio econômico-financeiro da concessão ou permissão.

§ 1º O plano deverá conter, no mínimo, objeto, prazos, ações previstas para reversão da situação identificada, critérios de acompanhamento e trajetória de alcance dos resultados esperados.

§ 2º O plano de resultados não implica o estabelecimento de novas obrigações e não constitui regime excepcional regulatório ou de sanções administrativas.

Um modelo regulatório ancorado nas teorias de regulação baseadas em incentivos também pode ser identificado nas mudanças previstas no art. 5º da Resolução ANEEL 846/19, que adiciona dois novos tipos de penalidades passíveis de serem aplicadas pelos Superintendentes responsáveis pela ação fiscalizadora da Agência: obrigação de fazer e obrigação de não fazer:

Art. 5º As infrações à legislação setorial, bem como a inobservância aos deveres ou às obrigações decorrentes dos contratos de concessão e

permissão, aos atos de autorização de serviços ou instalações de energia elétrica ou aos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência sujeitarão o agente infrator às penalidades de:

I - advertência;

II - multa;

III - embargo de obras;

IV - interdição de instalações;

V - obrigação de fazer;

VI - obrigação de não fazer;

VII - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VIII - revogação de autorização;

IX - intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica;  
e

X - caducidade da concessão ou da permissão.

§ 1º A aplicação das penalidades de que trata o caput compete:

I - ao Superintendente responsável pela ação fiscalizadora, nos casos previstos nos incisos I a VI;

II - à Diretoria, por proposta do Superintendente responsável pela ação fiscalizadora, nos casos referidos nos incisos VII a IX; e

III - ao Poder Concedente, por proposta da ANEEL, na hipótese prevista no inciso X.

§ 2º As penalidades previstas nesta Resolução aplicam-se sem prejuízo:

I - das sanções de natureza civil e penal; e

II - das sanções administrativas específicas previstas na legislação setorial, incluindo normas editadas, aprovadas ou homologadas pela ANEEL, desde que não impliquem mais de uma sanção de igual natureza para um mesmo fato gerador.

Note-se que essas duas novas espécies de sanção, incluídas no rol dos instrumentos regulatórios de que a ANEEL pode lançar mão, além de não necessariamente configurarem penalidade pelo cometimento de infração – já que podem representar tão-somente a prática de medida de adequação da prestação do serviço – constituem clara expressão do esforço da Agência de adequar o seu modelo de atuação às premissas da regulação responsiva, fortalecendo a sua atuação preventiva e mitigadora de riscos.

De fato, ao se analisar o que prescreve o artigo 14 da norma em comento, o qual expressamente abre à autoridade reguladora a possibilidade de valer-se de um leque aberto de instrumentos para obrigar o regulado a conformar o seu comportamento à regra estabelecida ou ao padrão de conduta desejado, percebe-se que o intuito da norma é exatamente conferir a necessária autonomia e discricionariedade para que o regulador exerça eficazmente seu papel. O

comando normativo refere-se explicitamente à possibilidade de o Superintendente responsável pela ação fiscalizadora verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta, ou seja, a imposição de um fazer ou não fazer, mostra-se mais conveniente e oportuna do que a aplicação de sanções:

Art. 14. As penalidades de obrigação de fazer e de não fazer consistem de ordens emanadas pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora a fim de inibir o cometimento de nova infração e poderão ser aplicadas, de forma alternativa ou concomitante à aplicação de outra penalidade, quando o Superintendente responsável pela ação fiscalizadora verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta ao agente infrator será conveniente e oportuna.

Interessante observar que a “penalidade” da obrigação de fazer ou de não fazer poderá ser imposta, inclusive, de forma alternativa à aplicação de outra penalidade, o que abre margem para que importantes medidas que determinem a correção da prestação do serviço sejam adotadas, o que, muitas vezes, pode representar uma atuação mais ágil e eficiente do órgão regulador. É dizer, a instituição da possibilidade de a ANEEL cominar obrigações de fazer e de não fazer às empresas reguladas, de forma alternativa ou preliminar à aplicação das demais sanções, que possuem verdadeiro caráter punitivo, pode contribuir significativamente para o atingimento mais efetivo da consecução dos objetivos regulatórios visados – quais sejam, a oferta eficiente, ininterrupta e de qualidade do serviço público.

Registra-se, todavia, que essa liberdade conferida ao regulador para a aplicação das “penalidades” de obrigações de fazer ou de não fazer é limitada pelos seguintes critérios estabelecidos pelo art. 15 da REN 846/2019, os quais devem balizar a decisão acerca da adoção da medida:

Art. 15. A penalidade de obrigação de fazer ou de não fazer deve:  
I - ser compatível com as obrigações relacionadas às competências regulatória e fiscalizatória da ANEEL;  
II - estar relacionada com a infração cometida, sendo vedada a determinação de prática ou abstenção de ato que não tenha qualquer relação com a conduta irregular apenada; e

III - consistir em compensação direta aos consumidores ou usuários ou na adoção de medidas para melhoria do serviço atingido.

§ 1º O agente deverá comprovar o cumprimento à obrigação em até quarenta dias após o prazo fixado para tanto na decisão que a estabeleceu.

§ 2º O descumprimento à obrigação de fazer ou de não fazer implica multa diária, conforme o porte do agente setorial ou a natureza da entidade, a ser definida no ato que estabelece a obrigação e aplicada no máximo por trinta dias e limitada a 2% (dois por cento) da base de cálculo a que se refere o art. 21.

§ 3º O valor da multa aplicada em caso de descumprimento às obrigações de fazer ou de não fazer será consubstanciado em despacho a ser emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora.

Vale sublinhar que a inserção desses dois novos tipos de sanção no regulamento da ANEEL, que disciplina a ação fiscalizadora da Agência, não se deu de modo isento de dúvidas sobre a viabilidade jurídica da medida. Ao contrário, o tema foi objeto de questionamento na consulta pública, que precedeu à edição do ato normativo, e sua análise foi específica e profundamente enfrentada pela Procuradoria Federal junto à autarquia, que, ao emitir o PARECER n° 00108/2017/PFANEEL/PGF/AGU (AGU, 2017), exarado no âmbito do Processo 48500.004650/2009-66, por meio do qual procedeu-se ao exame e manifestação sobre a viabilidade jurídica de contribuições recebidas no âmbito da 2ª Fase da Audiência Pública n° 77/2011, que tratou da revisão geral da Resolução Normativa n° 63/2004, consignou o seguinte entendimento:

2.3 - Juridicidade das sanções administrativas de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer”

55. O Memorando n° 551/2016-ASD/ANEEL explana que minuta de Resolução inclui, por meio de seu artigo 4º, as sanções de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer” no rol das penalidades passíveis de serem aplicadas pela ANEEL.

56. Afirma que Nota Técnica n° 01/2015/ASD/ANEEL justificou tal inclusão com base na previsão contida no artigo 68 da Lei n° 9.784/1999, “in verbis”:

“Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.”

57. Sustenta que as obrigações de fazer e não fazer serão aplicadas para a substituição de multas por penalidades ou mecanismos (Planos de Ação) capazes de prover a necessária conformidade regulatória ao agente fiscalizado. Cita a o desafio que tem sido a imposição de penalidades de multa a alguns agentes, notadamente o ONS, cujo nível de judicialização se aproxima de 100% dos processos punitivos com a aplicação de multa.

58. Por fim, atesta que diversos agentes e instituições questionam a competência da ANEEL para aplicação das sanções de “obrigação de fazer” e “obrigação de não

fazer”, diante da ausência de sua previsão expressa na Lei nº 9.427/96. Nesse contexto, questiona se, no entender desta Procuradoria Federal, existe ou não óbice legal para a inclusão de penalidades de “obrigação de fazer” e “obrigação de não fazer” no rol de sanções administrativas passíveis de aplicação pela Agência na minuta de Resolução.

59. No entender desta Procuradoria Federal, inexistente óbice jurídico para a previsão na minuta da Resolução de penalidades de “obrigação de fazer e de não fazer” no rol de sanções administrativas passíveis de aplicação pela ANEEL.

60. As Obrigações de Fazer e de Não Fazer são previstas, no âmbito civil, nos arts. 247 a 251 e 881 do Código Civil e arts. 497, 498 e 501 do Código de Processo Civil, verbis:

Código Civil

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a

obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa

do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial,

executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

(...)

Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido.

Código de Processo Civil.

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente

o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de

tutela pelo resultado prático equivalente.

11/12/2019 <https://sapiens.agu.gov.br/documento/32147783>

<https://sapiens.agu.gov.br/documento/32147783> 11/25

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

61. Segundo Flávio Tartuce, a obrigação de fazer (obligatio faciendi) pode ser compreendida como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de um serviço ou ato positivo (tarefa ou atribuição), realizado pelo devedor ou pessoa à sua custa em favor do credor ou terceira pessoa.

62. Na hipótese sob análise, o não haverá as figuras do “credor” e do “devedor”, mas sim a figura da ANEEL que exigirá o cumprimento de um serviço ou ato positivo a ser realizado pela Concessionária infratora, sempre em benefício do serviço público concedido e dos consumidores da área de concessão.

63. Neste contexto, cumpre ressaltar que a sanção de “obrigação de fazer ou de não fazer” guarda estreita semelhança com penalidade já prevista na Resolução Normativa nº 63/04 (art. 7º, inciso XVI) e constante da minuta da nova Resolução (art. 10, inciso XVI), qual seja, a infração de “deixar de cumprir determinação da ANEEL, no prazo estabelecido”.

64. A determinação emitida pela ANEEL se equipara a uma ordem obrigando o agente a fazer ou deixar de fazer algo, sob pena da aplicação da penalidade de multa.

65. A legitimidade para a ANEEL fazer as citadas determinações, assim como de impor obrigações de fazer ou de não fazer, decorre de seu próprio poder regulatório e fiscalizatório, de seu Poder de Polícia.

66. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se definir a Polícia Administrativa como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação, ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”.

67. Outrossim, não se pode afirmar que inexistente competência legal da ANEEL para a imposição das referidas sanções.

68. Com efeito, além da previsão expressa constante no artigo 68 da Lei nº 9.784/1999, cumpre citar alguns dispositivos legais e regulamentares que denotam a possibilidade da imposição de obrigação de fazer ou não fazer pela ANEEL:

Art. 2º e 3º da Lei 9427/96:

Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL

Art. 29, inciso VI, da Lei nº 8.987/95:

Art.29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

VI – cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão.

Art. 16, inciso II, do Anexo ao Decreto nº 2335, de 06 de outubro de 1997:

Art. 16. A ação fiscalizadora da ANEEL visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos e à descentralização de atividades complementares aos Estados, com os propósitos de:

(...)

II - fazer cumprir os contratos, as normas e os regulamentos da exploração dos serviços e instalações de energia elétrica;

69. A imposição de uma obrigação de fazer ou de não fazer por parte da ANEEL também tem embasamento nos atributos dos atos administrativos, como a imperatividade, a exigibilidade e a excoutoriedade. Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...)

b) Imperatividade – é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorrer do que Renato Alessi chama de ‘poder extroverso’, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

c) Exigibilidade – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs.

Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento de obrigação já imposta, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.

d) Excoutoriedade – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

70. Neste ponto, cumpre tecer algumas considerações acerca do conteúdo das obrigações de fazer e não fazer que poderão ser impostas pela Agência.

71. Conforme sabido, as obrigações nascem da Lei e da vontade humana (atos jurídicos, negócios jurídicos). No caso dos autorizados, permissionários e concessionários de serviços ou instalações de energia elétrica, assim como outras entidades reguladas e fiscalizadas pela ANEEL, suas obrigações perante o Poder Público derivam da legislação setorial, dos regulamentos e dos contratos de concessão firmados.

72. Assim, ao descumprir alguma norma legal ou regulamentar, ou algum dispositivo do contrato de concessão, o agente estará também descumprindo uma obrigação que lhe é imposta. Esta Procuradoria Federal entende que, as obrigações de fazer e não fazer que poderão ser aplicadas com o advento da nova Resolução Normativa, devem sempre ser embasadas e compatíveis com o disposto nas normas legais ou regulamentares do setor elétrico, assim como as cláusulas do contrato de concessão.

73. Compulsando a minuta da Resolução Normativa, verifica-se que existem dispositivos incompatíveis com o entendimento agora exposto, in verbis:

Seção III

Da Obrigação de Fazer e de Não Fazer

Art. 14 As sanções de obrigação de fazer e de não fazer resultam de ordens emanadas da autoridade administrativa da ANEEL, de ofício ou com base em proposta do agente infrator, suficientes para desestimular o cometimento de nova infração, pelas quais este é compelido a, respectivamente:

I – praticar uma conduta lícita, diversa das obrigações já previstas em lei, regulamento ou contrato, em benefício do serviço de energia elétrica ou de seus usuários;

II – deixar de praticar determinada conduta, em benefício do serviço de energia elétrica ou de seus usuários, que poderia ser praticada sem embaraço não fosse a penalidade imposta pela

Administração.



Art. 15 A sanção de obrigação de fazer ou de não fazer deve observar os seguintes parâmetros:

I – não pode se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados;

II – deve estar estreitamente relacionada com a infração cometida, sendo vedada a determinação de prática ou abstenção de ato que não tenha qualquer relação com a conduta irregular apenada;

III – deve consistir em compensação direta aos consumidores ou usuários e/ou na adoção de medidas excepcionais para melhoria do serviço atingido, de preferência na área afetada, de modo a beneficiar os seus usuários.

(...) (grifos nossos)

74. Conforme se verifica do caput do art. 14 da minuta de Resolução, a sanção de obrigação de fazer ou não fazer resulta de ordem emanada por autoridade administrativa da ANEEL, de ofício ou com base em proposta do agente infrator. Pois bem.

75. A conduta lícita, a ser praticada pelo infrator, nos termos do art. 14, inciso I, da minuta de Resolução, somente poderá ser “diversa das já previstas em lei, regulamento ou contrato” caso tenha sido proposta pelo agente infrator. Isto porque, neste caso, será um acordo de vontades celebrado entre a ANEEL e o infrator, gerando assim uma penalidade alternativa à multa e que pode prever o cumprimento de obrigações que podem ser diversas das já previstas em lei, regulamento ou contrato.

76. De outro turno, conforme já ressaltado, caso a penalidade de obrigação de fazer ou não fazer seja aplicada de ofício pela ANEEL, entendemos que está vedada a imposição de obrigação diversa das previstas em lei, regulamento ou contrato, pois esta imposição não teria respaldo normativo. A previsão da possibilidade de imposição de sanção de obrigação de fazer e de não fazer não pode ser encarada como um cheque em branco assinado em favor da Agência Reguladora. Se a sanção é uma espécie de ato administrativo, entende-se que, como qualquer ato dessa natureza, é uma providência jurídica complementar da lei. Assim, se partimos da premissa de que a sanção é um instrumental da competência fiscalizatória da exploração das atividades do setor elétrico atribuída à ANEEL, então é de se concluir que a sanção de obrigação de fazer e de não fazer decorre de uma desconformidade da conduta do agente fiscalizado à legislação de regência de sua atividade. A sanção, portanto, visa ao restabelecimento do cumprimento da norma violada. Nesse sentido, a imposição da penalidade necessariamente deve estar vinculada ao cumprimento de uma obrigação prevista pelo arcabouço legal e/ou regulatório do agente fiscalizado que restou inobservada.

77. Nessa ordem de ideia, entendemos que a ressalva acima exposta deve ser incluída no inciso I do art. 14 da minuta de Resolução, assim como o inciso I do art. 15 da minuta de Resolução deve ser retificado ou excluído da versão final, pois dispõe que a sanção de obrigação de fazer ou não fazer “não pode se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados”.

78. Na verdade, via de regra, a sanção de obrigação de fazer ou não fazer se restringirá ao cumprimento das obrigações já impostas pelo arcabouço regulatório e pelos contratos celebrados, salvo a hipótese, conforme visto, de proposta apresentada pelo agente infrator, que caso celebrada, poderá prever novas obrigações a serem cumpridas pelo agente infrator.

79. Neste diapasão, diante do dever da ANEEL de fazer cumprir as disposições legais, regulamentares e contratuais da concessão, desde que a obrigação imposta tenha estreita relação com a infração cometida, assim como seja uma obrigação já imposta pelas leis, regulamentos e contratos de concessão celebrados, ou decorrente de proposta apresentada pelo agente infrator, esta Procuradoria

Federal entende pela legalidade da inclusão de penalidades de “obrigação de fazer ou de não fazer” no rol de sanções administrativas passíveis de aplicação pela Agência.

Outra inovação da Resolução Normativa nº 846, de 2019, da ANEEL, que confirma a orientação responsiva que permeou a formulação do novo modelo regulatório da Agência de Energia Elétrica, é a inclusão de um novo grupo de infrações na pirâmide de multas prevista no art. 8º da norma, criando um novo degrau no escalonamento punitivo. Anteriormente, a REN 063/2004 estabelecia quatro grupos de infrações sujeitas a multa, os quais agora passam a ser divididos em cinco:

Art. 8º As infrações sujeitas a penalidade de multa serão divididas em cinco grupos, a que correspondem os seguintes limites percentuais incidentes sobre a base de cálculo estabelecida no art. 21:

I - Grupo I: até 0,125% (cento e vinte e cinco milésimos por cento);

II - Grupo II: até 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento);

III - Grupo III: até 0,5% (cinco décimos por cento);

IV - Grupo IV: até 1% (um por cento); e

V - Grupo V: até 2% (dois por cento).

Além disso, mudança importante nesse sentido foi promovida nos parâmetros e critérios para fixação do valor da multa: diferentemente da REN 063/2004, a qual previa como base de cálculo a receita bruta total da companhia, a REN 846/2019 passa a adotar percentuais variáveis calculados sobre a Receita Operacional Líquida (ROL): 0,125% a 2% da ROL:

Art. 21. A base de cálculo para aplicação de multa aos concessionários, permissionários ou autorizados de instalações ou serviços de energia elétrica será o valor da Receita Operacional Líquida - ROL ou o valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, ambos correspondentes aos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração - AI.

§ 1º As informações dos doze meses para a definição da base de cálculo serão aquelas exigidas e disponíveis na ANEEL no momento da lavratura do AI.

§ 2º No caso do tempo de operação ou de funcionamento das instalações do agente infrator ser inferior a doze meses, o valor da base de cálculo será anualizado considerando-se a média mensal dos valores disponíveis nesse período.

§ 3º No caso de agente de transmissão que não esteja em operação, a base de cálculo será a Receita Anual Permitida - RAP vigente na data da lavratura do AI.

§ 4º O valor estimado da energia produzida será dado pela soma, para cada usina sob responsabilidade do agente infrator, do produto da parcela da garantia física comprometida no Ambiente de Contratação Regulada - ACR pelo preço atualizado da energia comercializada e do produto da parcela da garantia física destinada ao Ambiente de Contratação Livre - ACL e/ou à autoprodução pelo Valor Anual de Referência - VR vigente quando da lavratura do AI.

Por fim, deve-se destacar a relevante iniciativa da ANEEL de prever, em compasso com as teorias de regulação por incentivos, a possibilidade de que o regulador se valha de Termo de Notificação para, no âmbito de uma ação de fiscalização, alertar o regulado sobre falha ou inconformidade detectada, oportunizando ao regulado corrigir o problema no prazo estipulado, sob pena de instauração de processo administrativo sancionador.

Trata-se de medida que era prevista na REN 063/2004 e foi fortalecida na hodierna REN 846/2019:

Art. 25. A ação fiscalizadora será consubstanciada em TN contendo:

- I - identificação do órgão fiscalizador e respectivo endereço;
- II - nome, endereço e qualificação da notificada;
- III - descrição dos fatos levantados;
- IV - indicação de não conformidades ou determinação de ações a serem empreendidas pela notificada, se for o caso;
- V - identificação do representante do órgão fiscalizador, com seu cargo, função e assinatura; e
- VI - local e data da lavratura.

§ 1º O TN, acompanhado do respectivo relatório de fiscalização, será entregue ao interessado por meio que assegure a certeza de sua ciência.

§ 2º Na hipótese do art. 16, a ação fiscalizadora prescindirá de TN, sendo lavrado diretamente o AI, nos termos do § 2º do art. 29, no que couber.

Art. 26. A notificada terá o prazo de quinze dias, contado do recebimento do TN, para manifestar-se sobre o seu objeto, inclusive juntando os elementos de informação que julgar convenientes.

§ 1º Quando da análise da manifestação da notificada, poderão ser solicitados outros documentos ou informações julgadas necessárias ao melhor esclarecimento dos fatos relatados.

§ 2º A Superintendência responsável pela ação fiscalizadora poderá, excepcionalmente, conceder prorrogação do prazo, desde que solicitada tempestiva e justificadamente pela notificada.

§ 3º A manifestação ao TN deverá ser apresentada em documento específico.

Art. 27. A decisão acerca da imposição das penalidades de que tratam os incisos I a VI do art. 5º será proferida pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora no prazo de quarenta e cinco dias, contado do recebimento da respectiva manifestação ou da fruição do prazo de que trata o art. 26.

§ 1º O TN será arquivado quando não comprovada a não conformidade ou sendo consideradas procedentes as alegações da notificada.

§ 2º Será lavrado AI quando comprovada a não conformidade e consideradas insatisfatórias as alegações apresentadas.

Seção III

Do Procedimento para Aplicação de Penalidades de Competência das Superintendências de Fiscalização

Art. 28. O AI será emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora com a exposição de motivos da autuação e outros documentos pertinentes.

Ressalte-se que o instrumento, em total sintonia com o princípio do escalonamento responsivo das respostas do regulador ao comportamento em concreto de cada regulado – e, repise-se, utilizado há anos pela ANEEL sem que tal prática tenha sido objeto de qualquer questionamento por supostamente contrariar o preceito do dever-poder da Administração de instaurar, em qualquer circunstância, procedimento apuratório de infração –, oferece a adequada ferramenta para que a Agência não seja obrigada a abrir indiscriminadamente processos sancionatórios, que podem ser até mesmo desnecessários ou contraproducentes, porque o regulador tem a opção de, legitimamente, lançar mão de medida que pode revelar-se mais ágil, eficiente e efetiva para a consecução do objetivo de conformação do comportamento do regulado.

Diante de todo o exposto, observa-se que a experiência da ANEEL de implementação de modelo regulatório baseado em teorias de regulação por incentivos, seja pela adoção do Projeto de Fiscalização Responsiva, seja pela edição da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019, que define os procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor elétrico e dispõe sobre diretrizes gerais da ação fiscalizadora da Agência, constitui referência exemplar a ser considerada pela ANATEL no processo de revisão e atualização de seu marco regulatório.

#### *1.1.4.6.2 ANS*

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é a agência reguladora do Governo Federal, vinculada ao Ministério da Saúde, que atua na regulação,

normatização, controle e fiscalização do setor de planos privados de saúde no Brasil, cuja finalidade institucional, nos termos do art. 3º, da Lei nº 9.961/2000, é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

O marco legal da regulação da saúde suplementar encontra-se na Lei nº 9.656, de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e na Lei nº 9.961, de 2000, de criação da ANS, a qual atribui à Agência as competências para propor políticas e diretrizes gerais para a regulação do setor e fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras. A ANS é também responsável por fiscalizar as operadoras no que concerne à apuração de indícios de infração à saúde suplementar, aplicando penalidades, quando as provas dos autos assim indicarem; fomentando, em fase pré-processual, a resolução de conflitos junto aos beneficiários; bem como induzindo as operadoras à adoção do comportamento exigido pela legislação.

No âmbito da ANS, é a Diretoria de Fiscalização (DIFIS) a unidade responsável pela fiscalização das atividades das operadoras e por zelar pelo cumprimento das normas do setor. Cabe à DIFIS instaurar, instruir e decidir em primeira instância os processos administrativos, além de competir-lhe a missão de oportunizar e estimular a resolução de conflitos, bem como de coordenar o atendimento aos consumidores por meio de canais de relacionamento, inclusive pessoalmente nos Núcleos da Agência (ANS, 2020).

A experiência da Agência Nacional de Saúde Suplementar desponta não só como de especial relevância na agenda da reforma regulatória brasileira, em busca da modernização de seu modelo, mas constitui, também, diante dos resultados já apresentados, *case* de análise obrigatória para se compreender as potencialidades da implementação de ferramentas regulatórias baseadas nas teorias da regulação por incentivos.

Observa-se que, ainda em sua Agenda Regulatória do período de 2016-2018, a ANS elegeu o tema do “Aperfeiçoamento do Ambiente Regulatório” como uma de suas prioridades, buscando identificar resultados que permitissem a **modulação da atividade regulatória de acordo com o comportamento dos entes regulados** e traçando como metas, entre outras, a melhoria das ações de fiscalização, monitoramentos e regimes especiais e a intensificação das ações de redução da assimetria de informações (ANS, 2019).

Como grande diferencial do seu processo de reforma regulatória, ressalta-se que a ANS, desde o primeiro momento, definiu como elemento norteador dos debates a concepção da **fiscalização não como instrumento punitivo, mas como ferramenta de indução às boas práticas por parte das operadoras de planos de saúde** (ANS, 2019).

Nesse sentido, o exercício da atividade fiscalizadora da ANS passou por profundas transformações nos últimos anos, as quais resultaram na revisão dos normativos que disciplinavam a fiscalização da Agência e na publicação da Resolução Normativa - RN nº 388, de 2015, a qual revogou os diversos normativos esparsos que tratavam da matéria, tais como a RN nº 343, de 17 de dezembro de 2013, que regulamentava a forma de processamento das demandas de reclamação e o procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar – NIP; a RN nº 48, de 19 de setembro de 2003, que dispunha sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções no âmbito da ANS; e a RN nº 223, de 28 de julho de 2010, que dispunha sobre o programa de fiscalização proativa.

A edição da Resolução Normativa nº 388, de 25 de novembro de 2015, foi um marco para o setor, pois consolidou a fase pré-processual, que possibilita aos regulados corrigir os problemas na prestação do serviço e, com isso, evitar a instauração de processo sancionador, bem como reparar, ainda que posteriormente, mas antes da lavratura do auto de infração, os eventuais prejuízos e danos causados pelo descumprimento de suas obrigações regulatórias e, com isso, obter o arquivamento do processo.

A publicação do referido normativo promoveu alterações substanciais nos procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias, tendo como foco a racionalização dos processos, com vistas a conferir maior celeridade e eficiência na tutela das normas legais e infralegais disciplinadoras do mercado de saúde suplementar, em especial aquelas que afetam diretamente o beneficiário, assim como a promoção de maior segurança jurídica ao setor de saúde suplementar (ANS, 2019).

Para se compreender a estrutura do processo decisório no âmbito da ANS, é preciso considerar que a Agência se dedica, preliminarmente, a propiciar a mediação e solução consensual direta entre beneficiário e prestadora de serviço. Em uma fase que denomina de “pré-processual”, a Agência oferece ao consumidor a possibilidade de registrar, por meio de uma central de atendimento, reclamação acerca da negativa ou má qualidade do serviço; a partir da demanda cadastrada pelo usuário através dos canais de atendimento da ANS, a operadora é notificada, por meio eletrônico, e tem até dez dias úteis para adotar as medidas necessárias à solução do problema. Trata-se da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, instrumento que visa a intermediar os conflitos existentes entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, com índice impressionante de resolutividade superior a 90% (noventa por cento). Resolvido o conflito, não há que se falar em abertura de processo administrativo sancionador.

Caso o problema não seja resolvido mediante a NIP e subsistam indícios de infração à saúde suplementar, um auto de infração pode ser lavrado pela ANS, dando início, assim, a um célere processo administrativo sancionador no âmbito da Agência.

Nesse aspecto, vale notar que um dos objetivos da Resolução Normativa - RN nº 388, de 2015, era eliminar o passivo processual existente na Diretoria de Fiscalização da ANS: em abril de 2014, a área contava com um estoque de mais de 50 mil processos acumulados e a duração média do trâmite processual era de 611 dias. Em 2019, esse passivo foi zerado e o tempo médio de tramitação

processual foi reduzido para 96 dias, entre apuração, decisão e recurso. Com o fim desse acúmulo de processos e maior eficiência das análises, os resultados também se refletiram no aumento do número de multas aplicadas e de valores arrecadados, que tiveram um incremento de 125%. Ou seja, as alterações promovidas pela supracitada norma geraram não somente um ganho de eficiência e produtividade à gestão da atividade fiscalizatória, como também a celeridade imprimida ao processo punitivo contribuiu para aumentar o índice de resolatividade da NIP (ANS, 2020):

Resolução Normativa – RN nº 388, de 2015

Art. 2º No âmbito da ANS, os processos administrativos instaurados para apuração de infração aos dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, que poderão resultar em aplicação de sanção administrativa, serão regidos pelas disposições desta Resolução Normativa.

CAPÍTULO III

DA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Art. 4º À ANS, compete, de ofício ou mediante provocação, cientificada do suposto cometimento de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, instaurar:

I – Procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar - NIP; ou

II – Procedimento administrativo preparatório, prévio à fase processual sancionatória;

Seção I

Da Notificação de Intermediação Preliminar

Subseção I

Das Disposições Preliminares

Art. 5º O procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP consiste em um instrumento que visa à solução de conflitos entre beneficiários e Operadoras de planos privados de assistência à saúde - operadoras, inclusive as administradoras de benefícios, constituindo-se em uma fase pré-processual.

Parágrafo único. A NIP é classificada em:

I - NIP assistencial: a notificação que terá como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial; e

II- NIP não assistencial: a notificação que terá como referência outros temas que não a cobertura assistencial, desde que o beneficiário seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de intermediação.

Subseção II

Do procedimento NIP

Art. 6º Todas as demandas que se enquadrem nas definições do parágrafo único do art. 5º recebidas pela ANS por quaisquer de seus canais de atendimento serão automaticamente registradas no procedimento da NIP.

§ 1º São consideradas demandas de reclamação aquelas em que o beneficiário ou seu interlocutor relate o descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais obrigatórias por parte de operadora.

(...)

Subseção III

Da Fase de Intermediação Preliminar (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)



Art. 10. Recebida a demanda de reclamação pela ANS, a operadora será notificada para que adote as medidas necessárias para a solução da demanda junto ao beneficiário nos seguintes prazos:

I - até 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial; e

II - até 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial.

§ 1º A operadora se considera notificada na data da disponibilização da notificação no espaço próprio do endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br).

§ 2º O prazo para adoção das medidas necessárias para a solução da demanda começará a ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte à data da notificação.

Art. 11. A resposta da operadora deverá ser anexada no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br) em até 10 (dez) úteis da notificação, acompanhada de todos os documentos necessários para a análise da demanda, incluindo a comprovação de contato com o beneficiário ou seu interlocutor. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 1º A documentação anexada pela operadora deverá demonstrar de forma inequívoca:

I - a solução da demanda, comprovando, no prazo previsto no caput, por qualquer meio hábil, que o beneficiário foi cientificado da resolução do conflito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial e no prazo de 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial, informando qual meio de contato utilizado, a data e o seu respectivo teor; ou

II - a não procedência da demanda.

§ 2º O não atendimento ao caput e ao parágrafo primeiro deste artigo implicará na classificação da demanda como não resolvida na forma do inciso III do art. 14

Art. 12. Findo o prazo previsto no art. 10, salvo nas hipóteses do art. 13, a demanda de reclamação será considerada resolvida, caso o beneficiário, dentro dos 10 (dez) dias subsequentes:

I - informe que o conflito foi solucionado pela operadora; ou

II - não efetue contato de retorno junto à ANS noticiando que sua demanda ainda carece de solução.

§ 1º A presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo não impede o beneficiário de, a qualquer tempo, retornar o contato com a ANS relatando que a demanda não foi solucionada, quando esta será reaberta e encaminhada para análise fiscalizatória.

§ 1º A presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo não impede o beneficiário de, a qualquer tempo, retornar o contato com a ANS relatando que a demanda não foi solucionada, quando esta será reaberta e encaminhada para classificação. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 2º Ainda que o beneficiário não efetue o retorno conforme o caput ou o § 1º deste artigo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos II a VII do art. 13 importará na análise fiscalizatória da demanda.

§ 2º Ainda que o beneficiário não efetue o retorno conforme o caput ou o § 1º deste artigo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos II a VII do art. 13 importará na classificação da demanda. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 3º Quando do registro da demanda de reclamação, o beneficiário será informado da necessidade de retornar o contato com a ANS no prazo de 10 (dez) dias após o término do prazo para manifestação da operadora, devendo ser comunicado com clareza do teor do caput e do § 1º deste artigo.

§ 4º Finalizado o prazo para resposta da operadora, o beneficiário será novamente informado da necessidade de entrar em contato com a ANS no prazo

que resta para completar aquele disposto no §3º, a fim de comunicar se sua demanda foi ou não solucionada, e que a sua omissão acarretará a presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo.

Não sem razão, por reconhecer que a RN nº 388/2015 fortaleceu o procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar e teve papel fundamental na redução do passivo de processos administrativos sancionadores da ANS, a experiência foi premiada pela FGV Direito Rio, em dezembro de 2018, com a menção honrosa no “Prêmio Melhores Práticas em Regulação”, o qual objetivou reconhecer e dar destaque às melhores práticas de regulação adotadas por agências reguladoras no Brasil (ANS, 2019).

Ressalte-se que, caso as operadoras não respondam às demandas NIP no prazo de 10 dias úteis, após o envio da notificação, essas são encaminhadas, automaticamente, para elaboração de análise fiscalizatória, nos termos do inciso II do art. 13 da RN nº 388, de 2015:

Resolução Normativa – RN nº 388, de 2015

Subseção IV

Da Fase de Classificação das Demandas (Redação dada pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 13. Decorridos os prazos previstos na Subseção III desta Seção I, será efetuada classificação das demandas que se enquadrem nas seguintes hipóteses: (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

- I - demandas com retorno do beneficiário informando que a questão não foi solucionada pela operadora;
- II - demandas não respondidas pela operadora no prazo previsto no art. 11;
- III - demandas com relato de realização do procedimento no SUS;
- IV - demandas com relato de determinação judicial para resolução do conflito;
- V- demandas institucionais, oriundas dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;
- VI – demandas que envolvam infração de natureza potencialmente coletiva; e
- VII – demandas que tenham sido instauradas de ofício pela ANS.

Ou seja, com a não resolução do conflito entre beneficiário e operadora de saúde, dá-se, então, início à utilização do segundo instrumento inovador, também de caráter responsivo, previsto na normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que é a análise fiscalizatória, no âmbito da qual os servidores da equipe da NIP analisam se o relato do beneficiário constitui, de fato, uma

infração à legislação do setor de saúde suplementar. Caso tenha havido infração, é verificado se a operadora reparou voluntária e eficazmente os danos ou prejuízos causados ao beneficiário. Cumpre registrar que o reconhecimento da reparação voluntária e eficaz - RVE somente é possível quando houver resposta tempestiva da Operadora, já que cabe à Operadora a prova da reparação voluntária e eficaz (ANS, 2019).

Desse modo, a análise fiscalizatória poderá ter os seguintes desfechos, conforme o artigo 14 da RN nº 388, de 2015:

Art. 14. A classificação da demanda se aterá ao relato do beneficiário e à resposta apresentada pela operadora, resultando nas seguintes indicações:  
(Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

I - não há indício de infração; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

II – resolvida através da reparação voluntária e eficaz - RVE;

III – não resolvida;

IV - beneficiário não pertence à operadora;

V - demanda em duplicidade; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

VI - insuficiência de dados mínimos para identificação do beneficiário, da operadora e da infração relatada; ou; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

VII - agente regulado não responsável. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§1º O conteúdo do relatório conclusivo será disponibilizado à respectiva operadora no espaço próprio do endereço eletrônico da ANS na Internet ([www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)).

§ 2º O beneficiário que tenha ativado seu cadastro no endereço eletrônico da ANS será cientificado do conteúdo do relatório conclusivo por meio de espaço próprio no endereço eletrônico da ANS na Internet ([www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)).

§ 3º O beneficiário que não tenha ativado seu cadastro no endereço eletrônico da ANS na Internet ([www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)) poderá obter informações sobre a conclusão de sua demanda através da central de atendimento da ANS ou de qualquer dos Núcleos da ANS.

§ 4º Caso seja supervenientemente constatada a insubsistência das razões que determinaram o arquivamento da demanda, na forma dos incisos I a III e VI do caput, esta será reaberta, dando-se prosseguimento ao seu rito.

§ 5º A qualquer tempo, motivadamente, demanda registrada nos canais de atendimento pode ser reaberta de ofício pela ANS. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 6º Todas as demandas serão finalizadas, exceção das classificadas como não resolvidas, hipótese em que prosseguirá para a fase prevista na subseção subsequente. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 7º Na hipótese prevista no inciso IV, nova demanda será registrada em face da operadora a qual o beneficiário possui vínculo e, na hipótese prevista no inciso VII, em face da operadora ou da administradora responsável. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Uma vez não resolvida a demanda, essa será encaminhada para providências sancionatórias junto aos fiscais da ANS, os quais ainda poderão, antes da lavratura do auto de infração e ainda em fase pré-processual, realizar, motivadamente, a classificação residual das demandas quando ocorrer a reparação voluntária e eficaz – RVE por parte da operadora, com a adoção, reconhecida, das medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

Registre-se que essa nova chance concedida ao regulado, de solucionar o problema antes da instauração do processo administrativo, foi inserida na norma pela Resolução Normativa - RN nº 444, de 01 de abril de 2019. Ocorre que, até então, as demandas classificadas como “não resolvidas” na fase pré-processual, no âmbito do instrumento de intermediação de conflitos (Notificação de Intermediação Preliminar), eram direcionadas para o fiscal para a lavratura imediatamente do auto de infração, o qual formalmente inaugura o processo administrativo sancionador. Se por um lado tal medida parecia garantir o *enforcement* da norma e assegurar celeridade e redução de passivo processual, verificou-se, posteriormente, contudo, que um grande percentual de autos de infração era anulado após a operadora exercer o contraditório e ampla defesa em sede processual (ANS, 2020).

Assim, com vistas a reduzir o risco de anulação de autos de infração, a ANS decidiu alterar a RN nº 388, de 2015 para, entre outras medidas, criar uma etapa denominada classificação residual, que permite ao agente de fiscalização, responsável pela lavratura do auto, decidir motivadamente, em até 3 (três) dias úteis após o recebimento da demanda, ainda em fase pré-processual, por alterar a classificação ou tipificação do ato supostamente infracional:

Subseção V

Da Fase de Classificação Residual das Demandas (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 16. Todas as demandas classificadas como não resolvidas serão encaminhadas aos fiscais que, poderão, antes da lavratura do auto de infração

e ainda em fase pré-processual, realizar, motivadamente, a classificação residual das demandas, modificando, quando for o caso, a respectiva classificação ou tipificação. (Alterado pela RN n° 444, de 01/04/2019)

§ 1º Em hipótese alguma a demanda será devolvida para reanálise da equipe responsável pela classificação. (Incluído pela RN n° 444, de 01/04/2019)

§ 2º Quando alterada a classificação, o status da demanda será modificado do inciso III do art. 14 para uma das hipóteses previstas nos outros incisos do mesmo artigo. (Incluído pela RN n° 444, de 01/04/2019)

§ 3º A demanda somente poderá ser reclassificada para o inciso II do art. 14 na hipótese de configurada a ocorrência da Reparação Voluntária e Eficaz - RVE dentro do prazo previsto no art. 10, conforme a natureza da demanda. (Incluído pela RN n° 444, de 01/04/2019)

§ 4º A modificação de tipificação somente é compatível com a manutenção da classificação prevista no inciso III do art. 14. (Incluído pela RN n° 444, de 01/04/2019)

§ 5º Instrução de Serviço da Diretoria de Fiscalização fixará o prazo máximo para exercício da classificação residual pelo fiscal. (Incluído pela RN n° 444, de 01/04/2019)

## Seção II

### Do Procedimento Administrativo Preparatório

Art. 17. A reclamação, a solicitação de providências ou petição assemelhada que, por qualquer meio, forem recebidas pela ANS, desde que contenham indícios suficientes de violação da lei ou de ato infra legal, bem como que não se enquadrem no procedimento da NIP, caracterizar-se-ão como denúncia, cuja apuração se dará de acordo com os procedimentos a seguir, ressalvado o rito disposto no art. 25 desta Resolução.

Art. 18. Recebida a denúncia, cabe ao órgão competente remeter notificação à operadora para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente resposta.

Art. 19. Findo o prazo previsto no art. 18, com ou sem resposta da operadora, o órgão competente procederá à análise dos documentos acostados aos autos do processo e concluirá pelo:

I - arquivamento da demanda, caso não procedente; ou

II - arquivamento da demanda, por reconhecimento da RVE; ou

III - prosseguimento do feito, iniciando-se a fase processual do processo administrativo sancionador.

## Seção III

### Da Reparação Voluntária e Eficaz

Art. 20. Considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

§ 1º Nos casos tratados através do procedimento NIP, a reparação voluntária e eficaz somente será reconhecida caso a operadora adote as medidas previstas no caput deste artigo nos prazos definidos no art. 10 desta Resolução.

§ 2º Nos demais casos, somente será reconhecida a RVE caso a operadora adote as medidas previstas no caput em data anterior à lavratura do auto de infração ou de representação.

§ 3º Na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, a prova inequívoca deverá ser feita por meio de apresentação de documentação que comprove a devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária, quando será reconhecida a RVE, desde que observados os prazos previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo.

Vale notar que o fato de a Resolução, em exame, abrir a possibilidade de que a ANS se utilize de **instrumentos de regulação dialógica de conformação de condutas, anteriormente à instauração do típico processo administrativo, não impede, todavia, tampouco limita ou compromete, *per si*, a eficácia e efetividade da atuação da Agência.** Ao contrário, essa continua podendo lançar mão, a qualquer momento, dos instrumentos regulatórios necessários para responder de forma mais rigorosa e dissuasiva a condutas inadequadas das operadoras de planos de saúde. Isso porque, não obstante a diretriz seja no sentido de que a lavratura do auto de infração se dê após ultrapassada a fase pré-processual, o processo administrativo também poderá ser instaurado a partir de representação ou no âmbito de quaisquer modalidades de fiscalização da Agência:

#### CAPÍTULO IV DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Art. 21. Ultrapassada a fase pré-processual, prevista no Capítulo III, será instaurado o processo administrativo para apuração de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar e aplicação de sanção, através da lavratura de:

I - Auto de Infração; ou

II - Representação

Seção I

Do Auto de Infração

Art. 22. Identificados os indícios de infração a dispositivo legal ou infra legal disciplinadora do mercado de saúde suplementar será lavrado auto de infração em formulário próprio e com numeração sequencial.

Art. 23. A lavratura do auto de infração incumbe, privativamente, aos agentes especialmente designados pela Diretoria de Fiscalização – DIFIS para exercício das atividades de fiscalização.

Art. 24. O auto de infração conterá os seguintes elementos:

I – numeração sequencial do auto;

II- nome, endereço e qualificação do autuado;

III – local e data da lavratura;

IV– resumo dos atos ou fatos geradores da infração.

V- indicação do dispositivo legal e/ou infra legal infringido, para cada infração contida no auto de infração;

VI - a sanção aplicável;

VII - identificação do autuante, com nome, cargo ou função, número de matrícula e assinatura;

VIII - determinação de cessação da prática infrativa, se for o caso, sob pena da aplicação de multa diária.

Parágrafo único. As incorreções ou omissões do auto de infração não acarretarão sua nulidade, quando dele constarem elementos suficientes para identificar a infração e o dispositivo legal ou infra legal infringido e possibilitar a defesa do autuado.

## Seção II

Da Representação

Art. 25. Identificados, por qualquer dos órgãos da ANS, indícios suficientes de infração às disposições legais ou infra legais disciplinadoras do mercado de saúde complementar de sua competência, o órgão técnico competente deverá observar o seguinte rito:

I - instaurar o devido processo administrativo com vistas a apurar os indícios de irregularidades e instruir procedimento administrativo com os documentos que julgar pertinentes, observando-se, no que couber, as disposições do Capítulo II desta Resolução;

II - conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, notificar o infrator quanto aos fatos considerados indícios de infração aos dispositivos legais ou infra legais, concedendo prazo de 10 (dez) dias para manifestação;

III - receber a resposta da operadora, se houver, e proceder à análise dos motivos apresentados por esta, manifestando-se fundamentadamente;

IV - caso entenda pela insubsistência dos indícios de infração ou pela ocorrência de reparação voluntária e eficaz da conduta, arquivar o procedimento;

V – caso entenda pela manutenção dos indícios de infração ou na hipótese de ter considerado não haver conveniência e oportunidade para envio da notificação prevista no inciso II, lavrar a representação e intimar o infrator para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa, observando-se o disposto na seção III do Capítulo IV;

VI - receber a resposta da operadora, se houver, e proceder à análise conclusiva sobre a configuração ou não da infração objeto de apuração e remeter o processo à DIFIS para proferir decisão de primeira instância;

§ 1º. A representação lavrada nos termos do inciso V deste artigo deverá observar o disposto no art. 24 desta Resolução Normativa, no que couber.

§ 2º. O procedimento administrativo de que trata este artigo poderá ser instaurado para apurar um ou mais indícios de infração, cujo monitoramento, análise ou solicitação sejam de responsabilidade da mesma Diretoria.

§ 3º. A ANS não instaurará o procedimento previsto neste artigo para apurar indícios de infrações relativas ao não envio ou ao envio irregular à ANS das informações ou dos documentos obrigatórios cometidas por operadoras que tenham tido sua autorização de funcionamento e/ou seu registro cancelados, e promoverá o arquivamento dos procedimentos e processos administrativos de representação envolvendo tais operadoras, quando pendentes de decisão.

§ 4º. O disposto no §3º deste artigo não se aplica aos processos envolvendo as operadoras que tiveram o cancelamento de sua autorização de funcionamento ou registro em razão de cisão, fusão ou incorporação.

§ 5º. Identificados indícios de infração às disposições legais ou infra legais disciplinadoras do mercado de saúde complementar que tenham como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial ou, não se relacionando à cobertura assistencial, afetem o beneficiário diretamente pela conduta e a situação seja passível de intermediação, os órgãos da ANS deverão comunicar tais fatos à Diretoria de Fiscalização, para adoção das providências cabíveis, na forma desta Resolução.

[...]

## Seção II

Das Demais Modalidades de Fiscalização

Art. 47. Independentemente do enquadramento de qualquer operadora nos fluxos processuais definidos nesta Resolução, a DIFIS poderá, por meio de seus órgãos e agentes competentes, **deflagrar quaisquer outras ações fiscalizatórias que se mostrem necessárias**, sejam remotas ou in loco, nos casos em que forem constatados quaisquer **indícios de anormalidades ou**

**desequilíbrios, bem como em caso de relevante descumprimento das normas legais e regulamentares que regem o setor de saúde suplementar.**

Ressalte-se que, segundo a Resolução, caberá ao órgão técnico competente, ao exercer o juízo de admissibilidade acerca da representação, analisar a situação concreta e as informações disponíveis e decidir, motivada e fundamentadamente, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, acerca da instauração do processo.

Sublinhe-se que um dos interessantes instrumentos regulatórios indutores de conformidade, previsto na norma da ANS, é o direito garantido às operadoras de obterem desconto percentual de 80% (oitenta por cento) sobre o valor da multa, correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado, caso comprovem terem adotado, nas demandas decorrentes de procedimento da NIP, as providências necessárias à solução da demanda em até 10 (dez) dias úteis, contados da data do encerramento do prazo de Reparação Voluntária e Eficaz – RVE.

Trata-se de medida que, ao privilegiar o atendimento efetivo da necessidade do beneficiário do plano de saúde, confirma o caráter essencialmente responsivo que vem sendo conferido ao modelo regulatório no setor de saúde suplementar. Com efeito, se a garantia do acesso ao atendimento médico e aos demais serviços de saúde constituem, *in casu*, o objetivo final e maior da regulação, não faria sentido ou se mostraria razoável que o ente regulador se utilizasse de seus instrumentos regulatórios para fins estritamente sancionatórios ou até arrecadatários sem, com isso, obter a desejada conformação do comportamento das empresas reguladas:

### Subseção III

#### Da Reparação Posterior

Art. 34. Nas demandas decorrentes do procedimento da NIP, caso o interessado adote as providências necessárias à sua solução em até 10 (dez) dias úteis, contados da data do encerramento dos prazos de Reparação Voluntária e Eficaz – RVE previstos no art. 10 desta Resolução, e as comprove inequivocamente, inclusive dando ciência ao beneficiário, fará jus a um desconto percentual de 80% (oitenta por cento) sobre o valor da multa



correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado.

§1º O desconto previsto no caput somente será aplicável se a operadora apresentar requerimento de pagamento antecipado e à vista do valor da multa pecuniária correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração ou na representação lavrados, na petição em que apresentar sua defesa.

§2º Não será admitida como reparação da conduta, para efeito de obtenção do desconto, os seguintes casos:

I - demandas relativas à negativa de cobertura para procedimento de urgência e emergência;

II - cobertura garantida apenas por força de determinação judicial;

III - quando constatado que a cobertura se deu no âmbito do SUS;

IV - nos casos de procedimentos eletivos, ambulatorial ou hospitalar, quando a operadora não comprovar a efetiva realização do procedimento dentro do prazo previsto no caput;

V - na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, quando não houver a prova inequívoca da devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária; e

VI - infrações de natureza potencialmente coletivas.

§3º Para fins de aplicação do desconto previsto neste artigo, não serão considerados para o cálculo da multa correspondente as causas de aumento e diminuição da pena, bem como as agravantes e atenuantes aplicando-se, contudo, os fatores de compatibilização previstos na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS.

§4º Na hipótese prevista no caput deste artigo, será elaborada decisão e o órgão técnico competente que lavrou o auto de infração ou a representação tomará as medidas cabíveis para viabilizar o pagamento.

Complementarmente aos mecanismos regulatórios de natureza mais conciliatória e resolutiva, a ANS conta com ferramentas de controle de índole tradicionalmente mais interventiva e punitiva. Essas ações estão organizadas sob o manto do Programa de Intervenção Fiscalizatória, disciplinado pelos artigos 48 a 54 da RN nº 388/2015, o qual consiste, segundo a norma, no conjunto de ações fiscalizatórias planejadas, sistematizadas e com escopo pré-definido, conforme o previsto no Plano Semestral, executadas em operadoras selecionadas, de acordo com critérios de seleção objetivos, por agentes especialmente designados para a realização das operações fiscalizatórias, a fim de identificar e solucionar falhas operacionais e administrativas que dão causa a condutas infrativas potencial e/ou efetivamente praticadas.

Segundo a própria Agência, os seus esforços de fiscalização são direcionados às operadoras que apresentam número significativo de reclamações

em comparação ao seu universo de beneficiários, buscando enfrentar a origem dos problemas. Ou seja, o objetivo primordial do Programa é indicar às empresas os procedimentos errados que estão sendo feitos para que corrijam e melhorem o atendimento ao consumidor, induzindo a mudança de comportamento da operadora, por meio de uma visão macro dos seus processos de trabalho e também ajudando na identificação mais precoce de casos graves (ANS, 2019).

É de se observar que mesmo a Intervenção Fiscalizatória, não obstante a inafastável característica dissuasória do processo, se reveste de aspectos que buscam evidentemente conferir responsividade à atuação da ANS, prevendo a adoção de mecanismos de fiscalização baseada em análise de risco, de informações e de evidências. Senão vejamos.

A Intervenção Fiscalizatória da ANS é organizada sob o formato de ciclos. Cada Ciclo de Fiscalização corresponde ao período semestral de acompanhamento de todas as demandas processadas no procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, o qual subsidia a construção do Indicador de Fiscalização. O primeiro Ciclo de Fiscalização iniciou-se com a entrada em vigor da RN nº 388, de 2015. Os demais ciclos de fiscalização ocorreram de forma sucessiva e subsequente, com cortes temporais semestrais.

O Indicador de Fiscalização corresponde à média aritmética ponderada das demandas processadas através do procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, classificadas como resolvidas pelo reconhecimento da reparação voluntária e eficaz – RVE e não resolvidas, registradas durante o ciclo de fiscalização. É o Indicador de Fiscalização, portanto, o elemento utilizado para enquadrar e classificar as operadoras de planos de saúde em determinadas faixas, segundo o seu desempenho, como, por exemplo, quanto à resolução de demandas de reclamação. O Indicador de Fiscalização de cada operadora é publicado no sítio institucional da ANS na internet ([www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br)), após o fim de cada ciclo.

Desse modo, a ANS trabalha com Planos Semestrais de Intervenção Fiscalizatória, baseados em Notas Técnicas que fundamentam os critérios utilizados na definição da listagem das operadoras a serem fiscalizadas a cada ciclo, os quais levam em consideração, além do próprio Indicador de Fiscalização, a capacidade operacional e financeira da Agência para realização de inspeções.

O resultado das ações de Intervenção Fiscalizatória é consubstanciado em Relatórios de Acompanhamento de cada operadora, os quais contemplam a análise final do cumprimento ou não dos itens relacionados no Relatório Diagnóstico. Caso o relatório de acompanhamento indique o descumprimento, total ou parcial, dos itens relacionados no relatório diagnóstico, ou conclua pela não comprovação do cumprimento nos prazos estipulados, a operadora será notificada para prestar esclarecimentos ou corrigir as irregularidades encontradas, sob pena da adoção de medidas administrativas e da aplicação de penalidades:

### Seção III

#### Da Intervenção Fiscalizatória

Art. 48. A Intervenção Fiscalizatória corresponde a um programa de ações fiscalizatórias planejadas, sistematizadas e com escopo pré-definido, conforme o previsto no Plano Semestral, executadas em operadoras selecionadas de acordo com critérios de seleção objetivos, por agentes especialmente designados para a realização das operações fiscalizatórias, a fim de identificar e solucionar falhas operacionais e administrativas que dão causa a condutas infrativas potencial e/ou efetivamente praticadas. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 48-A O Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória, contendo as operadoras a serem fiscalizadas a cada ciclo de fiscalização, será executado pelos agentes designados pela DIFIS. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 49. As operadoras constantes do Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória serão selecionadas com base em critérios detalhados em Nota Técnica, que será publicada no sítio eletrônico da ANS. (Alterado pela RN nº 414, de 11 de novembro de 2016).

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, poderão ser acrescentadas outras operadoras ao Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória, levando-se em consideração fatos e eventos relevantes que possam comprometer o adequado funcionamento do mercado de Saúde Suplementar, com aprovação do Diretor de Fiscalização.

Art. 50. A inclusão de operadora no Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória não impede que o ente regulado seja alvo de outras operações de fiscalização, de visitas técnicas ou de qualquer outra medida por parte da ANS.

[...]

Art. 53. De acordo com o percentual de cumprimento das recomendações apontadas em relatório diagnóstico elaborado no curso da Intervenção Fiscalizatória, serão aplicadas as seguintes penalidades e medidas: (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

I – penalidade pecuniária tipificada na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

II - afastamento das medidas previstas nesta Resolução que tratam do pagamento antecipado e à vista com desconto em substituição à apresentação de defesa, e da reparação posterior; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

III - afastamento do reconhecimento da Reparação Voluntária e Eficaz – RVE em todas as demandas em que for parte;

IV - penalidade de suspensão do exercício do cargo tipificada na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 1º Nos casos em que for constatado cumprimento inferior a 100% (cem por cento) até 80% (oitenta por cento) das recomendações, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 2º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 79,9% (setenta e nove vírgula nove por cento) a 60% (sessenta por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além da medida prevista no inciso II, pelo prazo de 30 (trinta) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 3º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 59,9% (cinquenta e nove vírgula nove por cento) a 40% (quarenta por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 4º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 39,9% (trinta e nove vírgula nove por cento) a 20% (vinte por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 60 (sessenta) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 5º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 19,9% (dezenove vírgula nove por cento) a 10% (dez por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 75 (setenta e cinco) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 6º Nos casos em que não for constatado o cumprimento de, ao menos, 10% (dez por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, serão aplicadas as penalidades de multa pecuniária e suspensão do exercício do cargo de administrador previstas nos incisos I e IV, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 90 (noventa) dias. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 7º Conforme a situação constatada, a Diretoria de Fiscalização encaminhará os elementos colhidos para avaliação de instauração de regimes especiais aos órgãos competentes, podendo ser adotada a qualquer tempo e em qualquer ciclo, em face da observância de indícios de graves anormalidades técnico-assistenciais e/ou econômico-financeiras. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 8º A aplicação da penalidade prevista no inciso I nas hipóteses dos §3º e §4º, todos deste artigo, não será inferior à metade da sanção máxima prevista na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS.

(Parágrafo incluído pela RN nº 414, de 11.11.2016) (Revogado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 9º A medida prevista no inciso V poderá ser adotada a qualquer tempo, em qualquer ciclo, em face da observância de indícios de graves anormalidades técnico-assistenciais e/ou econômico-financeiros. (Parágrafo incluído pela RN nº 414, de 11.11.2016) (Revogado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-A. Findas as etapas da Intervenção Fiscalizatória previstas em Instrução Normativa, nas hipóteses de descumprimento, total ou parcial, das recomendações, ou no caso de não comprovação do cumprimento dentro do prazo estipulado, será lavrado auto de infração, observando-se as disposições dos arts. 22 a 24 da presente RN. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Parágrafo Único. Lavrado o auto de infração, a operadora será notificada para, querendo, apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-B. Caso os esclarecimentos e documentos apresentados sejam insuficientes para comprovar o cumprimento das recomendações, ou a operadora não se manifeste no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 53-A, serão apresentados subsídios para a autoridade competente decidir pela procedência total ou parcial do auto de infração, pelo percentual de cumprimento das recomendações e pelas penalidades e medidas aplicáveis. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-C. Compete ao Diretor de Fiscalização proferir decisão de aplicação das penalidades e/ou medidas previstas no âmbito da Intervenção Fiscalizatória, sendo a operadora notificada seguindo-se os procedimentos previstos na presente RN. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

[...]

Art. 55-A Em ações de excelência fiscalizatória, que estimulem a capacidade das operadoras em resolver conflitos junto aos seus beneficiários, a Diretoria de Fiscalização poderá dispor sobre os prazos previstos no art. 10 e no art. 34 (NIP e reparação posterior) da presente RN, sujeito à aprovação prévia pela Diretoria Colegiada, sem prejuízo da fixação de outros benefícios indutores que sejam compatíveis com a normatização vigente. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Por fim, as recomendações e penalidades resultantes da Intervenção Fiscalizatória são monitoradas no escopo de um especial ciclo de acompanhamento subsequente à diligência e as operadoras que não migrarem, no mínimo, para a faixa de desempenho imediatamente melhor qualificada ou não providenciarem os ajustes das irregularidades apontadas no Relatório de Diagnóstico, sujeitando-se à aplicação de novas e mais gravosas punições.

Apresentada a exitosa experiência da ANS de revisão de seu modelo regulatório para adequá-lo às modernas e mais eficientes estratégias prescritas pelas teorias de regulação baseadas em incentivo, cumpre registrar que a Agência segue dando continuidade ao processo de aprimoramento de sua atuação, com

enfoque especial na atividade fiscalizatória. Merece destaque, nesse sentido, o desenvolvimento de Sistema Integrado de Fiscalização – SIF, que abrange o fluxo completo do processo administrativo sancionador, desde a demanda apresentada pelo beneficiário na fase pré-processual (ANS, 2020).

Também cabe ressaltar a iniciativa de monitoramento permanente, iniciada em 2019, das deliberações de segunda instância que reformam ou revisam, integral ou parcialmente, as decisões exaradas pela Diretoria de Fiscalização da ANS em sede de primeira instância administrativa. Trata-se de medida que objetiva mapear e analisar as razões que fundamentam a revisão das decisões, de modo a adotar providências para corrigir eventuais equívocos e garantir maior robustez e eficácia à atuação sancionatória da Agência (ANEEL, 2020).

Por derradeiro, vale sublinhar, ademais, o projeto em curso no âmbito da ANS, de elaboração de espécie de código comentado que compilará os fundamentos legais e regulamentares, doutrinas, pareceres jurídicos e jurisprudência sobre as regras e os tipos de infração vigentes no setor de saúde suplementar, a fim de uniformizar e difundir o conhecimento acerca da matéria. Trata-se de medida fundamental que, conforme propugnado pelas teorias de regulação baseadas em incentivos, pode contribuir para a orientação dos regulados e dos beneficiários do serviço – em um processo de fortalecimento da regulação em rede – para a redução da típica assimetria informacional que geralmente caracteriza a relação entre regulador e regulados.

Em face do todo o exposto, constata-se que a experiência da ANS de implementação de norma que oferece ao regulador não só instrumentos, alternativos à sanção, de indução e conformação de comportamentos de regulados, mas, também, a necessária discricionariedade para que a autoridade competente decida, motivadamente, no caso concreto, sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da instauração de um processo administrativo de apuração e punição, deve ser objeto de dedicado exame por parte da Anatel em sua busca por

*benchmarkings*, em especial ao se considerar os significativos resultados de melhoria regulatória que, em tão pouco tempo, o projeto da ANS indica ter sido capaz de produzir.

#### 1.1.4.6.3 ANTT

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com a atribuição de regular os setores de transporte rodoviário e ferroviário interestadual e internacional de passageiros e cargas, bem como os setores de exploração de infraestrutura ferroviária, rodoviária e dutoviária federais concedidas, além de atuar na proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transportes (Lei nº 10.233/2001, art. 11, III), fim último e maior de sua atuação.

Para desempenhar a sua missão, a ANTT dispõe, como todas as agências reguladoras, do poder normativo de impor regras e obrigações que conformam o comportamento das empresas que atuam no setor, bem como do necessário poder sancionatório, por meio do qual, como *ultima ratio*, a entidade pune o regulado que atua de forma irregular com penalidades de advertência, multa, suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade, consoante rol do art. 78-A, da Lei nº 10.233, de 2001.

Embora, tradicionalmente, as agências reguladoras brasileiras utilizem o processo sancionador como instrumento preferencial de regulação de condutas, adotando o clássico modelo regulatório de comando e controle, a ANTT destoa, em certa medida, desse universo, pois, desde os primórdios de sua atuação, a Agência vem buscando imprimir uma sistemática de diálogo e concertação com os setores e agentes regulados.

Com efeito, a ANTT foi uma das primeiras agências a regulamentar, por meio de resolução normativa própria (Resolução nº 152, de 16 de janeiro de 2003), a celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC com as reguladas e o

fez, com um escopo diferente do adotado por outras agências, para permitir a correção de irregularidades ou pendências, visando a assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público. A finalidade do TAC, instituído no âmbito da ANTT, foi evidenciada pela Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, que, dispondo sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, consignava o seguinte:

Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

Não obstante todo o debate e polêmica instalados em torno da implementação desse instrumento pela Agência<sup>44</sup>, o fato é que sua implementação, sem dúvida, contribuiu para estabelecer uma cultura mais responsiva e permeável à busca de soluções negociadas no âmbito da ANTT.

À vista disso, observa-se que, ainda em sua agenda regulatória estratégica referente ao ciclo 2014-2019, já se encontrava prevista a adoção de iniciativas dirigidas ao aprimoramento e atualização do modelo regulatório da Agência, inclusive para torná-lo mais aderente às boas práticas internacionais,

---

<sup>44</sup> Além da discussão acerca da juridicidade da instituição do TAC por norma própria, não obstante a ausência de previsão legal, havia o debate sobre a natureza e características diversas do instrumento instituído pela ANTT, o qual, diferentemente dos demais, não era considerado um verdadeiro acordo substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador, já que se constituía em instrumento hábil para o propósito de correção de pendências ou irregularidades cometidas por concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres e não impedia a Agência de deflagrar processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades. Esse debate perdeu o sentido com a aprovação da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, conhecida como Lei Geral das Agências Reguladoras, a qual dispõe, em seu artigo 32, que “Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.”



com referência expressa a temas de simplificação, desburocratização e atuação responsável.

Nesse contexto, foi editada a Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, a qual aprova, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização.

Observe-se que, embora em seu art. 2º, a Resolução disponha sobre a obrigação da autoridade, que tiver ciência de infrações legais ou contratuais, ou de indícios de sua prática, de promover a respectiva apuração imediata do fato, mediante instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo – o que poderia levar à apressada e equivocada conclusão de que o normativo da ANTT impõe o inafastável e indiscriminado dever-poder do regulador de sempre providenciar a abertura do processo apuratório – o artigo 17 da mesma Resolução é expresso em autorizar a utilização, pela autoridade, de procedimentos de averiguações preliminares quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo:

Art. 2º A autoridade que tiver ciência de infrações legais ou contratuais, ou de indícios de sua prática, é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, assegurados, nesta hipótese, o contraditório e a ampla defesa.

Parágrafo único. Para efeitos do que dispõe este artigo, considera-se autoridade, além dos Diretores, os titulares de unidades organizacionais, seus respectivos substitutos, bem como aqueles que se enquadrarem na hipótese do §2º do Art. 5º deste regulamento.

Art. 3º Qualquer servidor da ANTT que, em razão do cargo ou da função exercida, tiver conhecimento de infração legal ou contratual, ou indícios de sua prática, deve levá-la imediatamente a o conhecimento da autoridade competente para adoção das providências cabíveis.

Art. 4º As infrações, ressalvadas as hipóteses previstas no Art. 5º, serão apuradas por meio de Processo Administrativo Ordinário, nos termos do Capítulo II, do Título III do presente Regulamento.

§1º Os Processos Administrativos Ordinários serão instaurados por um ou mais Diretores ou pelos Superintendentes de Processos Organizacionais em

suas esferas de competência, devendo tal fato ser previamente comunicado à Diretoria Colegiada.

§2º A instrução dos processos de que trata este artigo compete à Comissão de Processo Administrativo instaurada no âmbito da Superintendência responsável.

§3º Compete à Diretoria Colegiada o julgamento das infrações de que trata este artigo.

Art. 5º As infrações puníveis com penalidades de multa ou advertência serão apuradas por meio de Processo Administrativo Simplificado, nos termos do Capítulo I, do Título III deste Regulamento.

(...)

## CAPÍTULO II DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO Seção I

### Dos procedimentos preliminares

Art. 17. A autoridade competente poderá, de ofício ou à vista de representação, efetuar averiguações preliminares, quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§1º O procedimento de averiguações preliminares será concluído em até trinta dias úteis, prorrogáveis, em caso de justificada necessidade.

§2º O disposto neste artigo não se aplica quando as diligências devam ser realizadas por outros órgãos ou entidades, em virtude de convênio.

§3º As averiguações preliminares poderão ser realizadas sob sigilo, no interesse das investigações, nos termos da Política de Segurança da Informação e Comunicações vigente na ANTT.

Art. 18. No curso do procedimento de averiguações preliminares e nos procedimentos de fiscalização, a autoridade competente poderá:

I - requisitar dos agentes envolvidos, no caso de pessoas jurídicas, de seus administradores e acionistas, do autor da representação ou de terceiros, informações, esclarecimentos e documentos;

II- requerer a outros órgãos e entidades públicas informações, esclarecimentos e documentos;

III - realizar inspeções e diligências;

IV - adotar medidas administrativas, inclusive a interdição de estabelecimentos e equipamentos para a cessação imediata de irregularidades;

V- reter veículos e os documentos visando à correção imediata de irregularidades; e

VI - adotar quaisquer outras providências que considerar necessárias.

Art. 19. No curso do procedimento, a autoridade competente determinará:

I - o seu arquivamento, se inexistente infração, comunicando o fato à autoridade superior;

II - a instauração de processo administrativo sancionador; ou

III - a realização de novas diligências.

Art. 20. Atuando em caráter preventivo e orientador, a autoridade competente poderá, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo para apuração de infração:

I - nos casos previstos em regulamento específico ou contrato, alertar o ente regulado quanto às inconformidades verificadas, indicando o prazo previsto para que sejam sanadas mediante lavratura do Termo de Registro de Ocorrência - TRO;

II - determinar a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas administrativas previstas em regulamento específico ou contrato;

Art. 21. A autoridade competente editará ato interno para determinar formas procedimentais para averiguações preliminares e procedimentos gerais de fiscalização.

De fato, na linha do quanto argumentado à exaustão neste Relatório, **o dever legal de apuração de falhas e irregularidades não pode ser interpretado ampliativamente no sentido de que, em qualquer hipótese e sob quaisquer circunstâncias, se proceda à abertura de um processo formal que, não somente implica em custos para a Administração, como também requer a movimentação de toda a máquina burocrática, sem que, preliminarmente, seja verificada a necessidade, oportunidade e conveniência da apuração e, em última análise, a existência da própria justa causa para a instauração do processo.**

Note-se que a Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, da ANTT, não desonera a autoridade reguladora da obrigação de adotar, no curso dos procedimentos de averiguações preliminares, todas as medidas administrativas necessárias, inclusive de natureza cautelar, para induzir ou impor o cumprimento das regras. Trata-se, por óbvio, de se conferir ao regulador a possibilidade de se valer de outros instrumentos de regulação, que não apenas o processo sancionador, para obter a almejada conformação do comportamento dos regulados.

Nesse sentido, é de se destacar, também, a possibilidade consignada na Norma de que a ANTT, atuando, necessária e responsivamente, de modo preventivo e orientador, alerte o regulado acerca de inconformidades verificadas, oportunizando a ele a correção dos problemas apontados, antes de que sejam instaurados sequer os próprios procedimentos de averiguações preliminares, bem como determine, também previamente à instalação de tais procedimentos, a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas regulatórias.

Não solucionadas as inconformidades detectadas, a Resolução da ANTT prevê a lavratura de Termo de Registro de Ocorrência, o qual constitui instrumento de caráter pré-processual, que visa a notificar o regulado para correção da situação, no prazo estipulado. Esgotado esse prazo sem que a empresa tenha providenciado a regularização da conduta, deve a Agência, então, adotar as medidas administrativas cabíveis, incluindo-se a instauração do devido processo administrativo sancionatório.

Ressalte-se que, ao contrário do que eventualmente se possa argumentar, não há um incentivo à leniência na adoção de modelo regulatório que preveja, como no caso da ANTT, a possibilidade de o regulador se valer de um leque de opções regulatórias e não apenas se restringir ao processo punitivo como instrumento de regulação de condutas. Com efeito, veja que Resolução não obriga o regulador a percorrer todo o percurso persuasivo prévio à abertura do processo, mas, em sentido oposto, estabelece a possibilidade de que a auto de infração seja lavrado a qualquer momento:

#### Subseção I

##### Do Termo de Registro de Ocorrência

Art. 22. O Termo de Registro de Ocorrência - TRO será lavrado pela fiscalização da ANTT, quando previsto em regulamentação específica ou contrato, previamente à abertura de processo administrativo, para comunicação às sociedades empresárias, concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados ou inscritos perante a ANTT, visando à correção de inconformidade que caracterize infração, dentro do prazo definido.

Art. 23. O TRO deverá conter:

I - identificação da sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatária, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT;

II - identificação da inconformidade;

III - dispositivo regulamentar ou contratual que caracterize a infração, no caso de não correção da ocorrência após o prazo previsto;

IV- local, data e hora da constatação da ocorrência;

V - prazo para correção da ocorrência; e

VI - identificação e assinatura do fiscal, ou sua assinatura digital.

§1º O TRO será entregue ao representante ou preposto da sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatária, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT, no local da ocorrência; no endereço, por meio de serviço postal; por meio eletrônico, nos termos do Capítulo V, do Título II; ou por outros meios legalmente admitidos.

§2º O representante ou preposto, ao receber o TRO em meio físico, deverá apor o ciente e registrar sua identificação, data e hora, para fins de início da contagem do prazo para correção da ocorrência.

§3º Na hipótese de o TRO não conter o ciente, for encaminhado ao endereço ou entregue por meio eletrônico, o prazo para correção da ocorrência terá início a partir da data registrada no aviso de recebimento ou no sistema de envio eletrônico.

§4º Esgotadas as formas de comunicação previstas nos parágrafos anteriores, será feita a publicação do TRO no Diário Oficial da União.

§5º Nos casos das Concessões Rodoviárias e Ferroviárias o TRO somente poderá ser entregue a representante ou preposto da concessionária pessoalmente, ou por meio eletrônico.

Art. 24. Nos casos das Concessões Rodoviárias e Ferroviárias, efetuada a correção, a Concessionária cientificará a fiscalização da ANTT, que verificará sua execução.

Art. 25. Esgotado o prazo para correção da inconformidade apontada no TRO, e não comprovado o atendimento, a ANTT adotará as medidas administrativas cabíveis, incluindo-se a lavratura do Auto de Infração, ao qual será anexado cópia do TRO, seja em meio físico ou digital.

#### Seção II

#### Do Auto de Infração

Art. 26. O Auto de Infração será lavrado mediante a verificação da prática de infração, no curso de qualquer ato ou procedimento administrativo.

§1º Deve ser lavrado um Auto de Infração para cada infração constatada, exceto quando as infrações tiverem o mesmo fato gerador.

§2º O Auto de Infração poderá também ser lavrado em decorrência de representação de órgão da administração pública ou de comunicação à ANTT de flagrante policial.

Art. 27. O Auto de Infração, que observará os modelos aprovados pelas Superintendências de Processos Organizacionais competentes, será numerado.

§1º Uma vez lavrado, o Auto de Infração não poderá ser inutilizado nem ter sustada sua tramitação, devendo o autuante remetê-lo à autoridade competente, ainda que haja incorrido em erro no preenchimento, hipótese em que prestará as informações necessárias à sua correção.

§2º Na hipótese a que se refere o §1º, as informações serão prestadas no próprio Auto de Infração ou em documento anexo.

§3º Nos casos em que não for possível a correção, o Auto de Infração será declarado nulo pela autoridade competente, mediante justificativa do autuante.

§4º A declaração de nulidade do Auto de Infração deve ser comunicada ao autuado.

Art. 28. O Auto de Infração poderá ser lavrado em documento físico ou por registro em sistema eletrônico, conforme disciplinado no Capítulo V, do Título II deste Regulamento.

Art. 29. O Auto de Infração conterá, no que couber, as seguintes informações:

I - identificação da pessoa física ou jurídica infratora;

II - relato circunstanciado da infração cometida;

III - dispositivo legal, regulamentar, de edital de licitação ou contratual infringido e a(s) penalidade(s) prevista(s);

IV - ordem de cessação da prática irregular;

V - prazo para apresentação de defesa;

VI - local, data e hora da identificação da irregularidade; e

VII - identificação do autuante.

Parágrafo único. Eventual omissão ou incorreção na capitulação legal, regulamentar, editalícia ou contratual, mencionada no inciso III, não invalida o Auto de Infração, desde que os fatos estejam relatados circunstanciadamente, descrevendo com clareza a conduta punível.

Da penalidade

Art. 63. A aplicação da penalidade não isenta o infrator da obrigação de corrigir a irregularidade, assim como a correção de eventuais faltas ou irregularidades não é causa de extinção de punibilidade.

Art.64. A Superintendência de Processo Organizacional competente poderá, alternativamente à instauração ou continuidade do processo, firmar com sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatória, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT, Termo de Ajuste de Conduta, nos termos previstos neste Regulamento, visando à adequação da conduta irregular às disposições legais, regulamentares ou contratuais.

Art. 65. Nos casos em que houver previsão legal, regulamentar ou contratual para a aplicação da penalidade de suspensão, cassação, decretação de caducidade da outorga ou declaração de inidoneidade, a Diretoria Colegiada da ANTT poderá, alternativamente, aplicar a pena de multa considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Art. 66. A imposição de penalidade dar-se-á sem prejuízo de apuração da responsabilidade civil e penal.

Em continuidade ao seu processo de reforma regulatória, a ANTT incluiu na Resolução nº 5.810, de 3 de maio de 2018, que aprovou o Regimento Interno e a Estrutura Organizacional da Agência Nacional de Transportes terrestres, comando destinado a fortalecer e consolidar a visão responsiva da regulação no setor<sup>45</sup>:

Art. 4º A ANTT deverá sempre considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de **soluções administrativas consensuais para o atendimento ao interesse público**.

Logo em seguida, a Agência editou, também, a Resolução nº 5.823, de 2018, que estabelece os requisitos e procedimentos para celebração e

---

<sup>45</sup> Recentemente, dito normativo foi alterado pela Resolução ANTT nº 5.888, de 12 maio de 2020, no seguinte sentido:

Art. 6º A ANTT deverá considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito.

(...)

Art. 123. As normas processuais previstas neste Regimento Interno aplicam-se aos processos em andamento, na fase em que se encontrarem.

Parágrafo único. Os processos administrativos para apuração de infrações e aplicação de penalidades serão regidos por norma processual própria, aplicando-se este Regimento Interno subsidiariamente.

acompanhamento de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a ANTT e os agentes por ela regulados. De acordo com a Resolução, o TAC poderá ser celebrado para corrigir descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares pelo agente regulado ou, ainda, nos casos em que esgotados os efeitos do descumprimento, compensar tais efeitos por meio da execução de obrigações não previstas originalmente no contrato.

Não obstante todos os avanços implementados, a ANTT, recentemente, concluiu ser necessário aprofundar ainda mais o processo de modernização de seu modelo regulatório e, com isso lançou, em maio de 2019, o **Projeto de Atuação Responsiva, o qual foi incluído no Planejamento Estratégico do ciclo 2020-2030** da Agência, com o objetivo principal de alcançar maior efetividade em sua atuação e de reduzir os custos regulatórios (ANTT, 2020).

Para justificar a urgência e importância de adoção do referido Projeto, a ANTT apresenta os seguintes dados exemplificativos da ineficácia de sua atuação regulatória, ainda baseada em grande medida em estratégias de comando e controle que privilegiam a aplicação de medidas sancionatórias:

Como exemplo, a ANTT, entre 2013 e 2019, emitiu durante as atividades de fiscalização das concessionárias que exploram as rodovias federais um total de 1.351 aplicações de notificação de multa, dos quais apenas 1,77% foram pagas, mostrando um elevado nível de judicialização. O histórico das ações de fiscalização da ANTT demonstra, nesse sentido, que esse contexto de alta inadimplência de multas acaba por induzir os regulados a não atender plenamente as obrigações contratualmente previstas. No mercado ferroviário é possível extrair um caso exemplar dessa situação. Somente para o caso da América Latina Logística Malha Paulista – ALLMP dos 87 autos de infração que culminaram com aplicação de penalidade de multa à concessionária em sede administrativa, e com trânsito em julgado, têm-se um valor total de multas calculado em R\$ 15.821.139,60. De todos estes processos, 79 (que juntos totalizam R\$ 14.567.539,60) possuem decisões judiciais que impedem a cobrança dos valores devidos (ANTT, 2019, p. 9).

Como se depreende, o diagnóstico exposto revela que a ANTT, sem embargos dos esforços já empreendidos, ainda precisa lidar com os mesmos problemas, fartamente descritos e analisados ao longo dos relatórios produzidos no âmbito deste Projeto de Pesquisa, resultantes de uma concepção equivocada e ultrapassada de regulação, a qual se mostra incapaz de selecionar as ferramentas

regulatórias adequadas, bem como de calibrar a força impressa a cada uma delas, para responder com estímulos e incentivos proporcionais e consentâneos aos diferentes padrões de comportamento de sujeitos regulados específicos.

Desse modo, para enfrentar a situação delineada, o Projeto de Atuação Responsiva da ANTT contempla cinco frentes: fiscalização responsiva; regulação por incentivos e por evidências; sistema de dados; revisão normativa; e nova atuação da Ouvidoria, das quais decorreram 6 (seis) recomendações para o novo modelo de atuação da Agência, a saber: a) fiscalização e regulação por evidências (a origem); b) integração de dados (viabiliza a regulação por evidências); c) atuação estratégica da Ouvidoria (viabiliza a regulação por evidências); d) instrumentos de regulação por incentivos (gerada pela regulação por evidências); e) fiscalização responsiva (gerada pela regulação por evidências); e f) revisão normativa (fechamento da regulação por evidências) (ANTT, 2020).

Observe-se que o grande diferencial do Projeto de Atuação Responsiva da ANTT, quando comparado aos demais projetos de outras agências reguladoras analisados neste trabalho, que também se dedicam à revisão de seus modelos regulatórios à luz das Teorias da Regulação baseadas em Incentivos, é que a proposta da Agência de Transportes possui um escopo muito mais amplo, uma vez que a abordagem adotada não se restringe, tampouco privilegia a atuação fiscalizatória da Agência. Ao contrário, é de ressaltar o destaque que tem sido conferida à etapa de revisão normativa do Projeto, tendo a equipe desenvolvido metodologia de cálculo do índice de responsividade de cada resolução normativa da ANTT, o qual será levado em consideração no planejamento dos trabalhos de reforma (ANTT, 2020).

Em vista de todo exposto, percebe-se o quão importante e contributivo pode revestir-se o estudo, pela Anatel, da experiência da ANTT de revisão de seu modelo regulatório, bem como o acompanhamento *pari passu* do Projeto de Atuação Responsiva, cuja implementação se encontra em curso.



#### 1.1.4.6.4 ANTAQ

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por sua vez, confrontada com a realidade do número crescente de ações de fiscalização que chegaram a 1.465 em 2019, e uma logística complexa de distribuição da fiscalização em 14 unidades regionais, passou a aplicar, a partir de 2020, nova modelagem de classificação da fiscalização, segundo diretrizes de gestão de risco, concentrando esforços na fiscalização preventiva, também declaradamente em busca da modelagem responsiva.

Como ocorre com as demais agências reguladoras, a Antaq enfrentou as dificuldades de adoção da regulação responsiva em um ambiente de insegurança jurídica. A intenção de introdução da regulação responsiva, na Antaq, foi a de abrir espaço para outros métodos mais efetivos de solução dos problemas detectados no comportamento dos regulados que fossem além da autuação. A abordagem adotada pela Antaq é a de categorização dos regulados em grupos de risco, incentivo ao uso de planos de melhoria e relatórios individualizados. Cada grupo de risco é objeto de uma cesta de medidas que são incrementadas à medida que o seu grau de risco aumenta, e distribuídas entre fiscalização documental simplificada, documental completa, padrão *in loco*, e híbrida documental e padrão. Assim, a intensidade e a frequência da ação de fiscalização dependem do comportamento pregresso de cada regulado. A ação fiscalizadora passou a depender do comportamento reiterado do regulado segundo indicadores, que servem à distribuição dos regulados nos grupos de risco mediante aplicação do triângulo de Pascal e da sequência de Fibonacci.

O diferencial da Antaq frente às demais agências na aplicação da estratégia responsiva na fiscalização dos transporte aquaviários deve-se ao fato de ter optado por seguir a recomendação ínsita à teoria da regulação responsiva de que a estratégia responsiva, por depender de fatores conjunturais, não deve estar petrificada em regras, mas produzida por atuação administrativa adaptativa e, portanto, dinâmica e livre para inovar e promover os ajustes de percurso próprios

à postura responsiva. A normatização habilitadora do ingresso de uma modelagem responsiva na Antaq é de cunho geral e, de fato, indiferente à opção do regulador por determinada teoria regulatória, reconhecendo que a administração verdadeiramente conjuntural não pode estar atrelada a normas gerais, mas a práticas institucionais responsivas. Assim, é o Regimento Interno da Antaq que prevê a competência da Diretoria para aprovar os Planos de Fiscalização da Agência. Neles foram inseridos os critérios de classificação de riscos e de construção dos indicadores, *e.g.*, o Índice de Regularidade Normativa (IRNe), com previsão de alteração para Índice de Irregularidade Normativa (IIR), tendo em vista a experiência já vivenciada em 2020.

A reinvenção da Antaq de uma agência presa a um formato antiquado de fiscalização para uma Agência já modelar de planejamento responsivo da fiscalização pautado por classificação de riscos a partir de indicadores de comportamento reiterado do regulado e de sua postura cooperativa deu-se a despeito de sua disciplina regulamentar reproduzir velhas fórmulas jurídicas de correlação entre infração, processo sancionador e sanção. A Resolução Antaq 3.259/2014, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador, detém dispositivos que utilizam redações as mais tradicionais, tais como a de que “constatada a infração administrativa, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração” (art. 18, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014), de que “[n]as infrações administrativas (...), o fiscalizado será notificado para regularizar” (art. 11, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014), ou de que “[n]ão atendida a Notificação no prazo estabelecido, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração” (art. 12, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014). A existência desses dispositivos aparentemente incortornáveis, não impede, hoje, a atuação responsiva da Agência, que tem substituído uma fiscalização pontual e errática, aí sim tendente ao desmando, por uma regulação planejada e pautada em indicadores, categorias de risco e cestas de medidas de fiscalização.

#### 1.1.4.6.5 ANCINE

O esforço em se encontrarem saídas da visão monolítica do papel do regulador como mero aplicador autômato de sanções quando detectadas infrações, desviando-o da função mais nobre e primordial de desenvolvimento do setor regulado e de proteção dos direitos dos usuários, é também presente na Ancine.

A Agência Nacional do Cinema (Ancine), ao regulamentar o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográficas, videofonográficas e de comunicação audiovisual de acesso condicionado – Instrução Normativa Ancine nº 109, de 19 de dezembro de 2012 – prevê o instituto da reparação voluntária e eficaz, como medida de caráter preventivo e orientador prévia à lavratura do auto de infração.

Na ocorrência de reparação voluntária e eficaz da irregularidade verificada pela Agência, mesmo após intimação do regulado para imediata cessação da prática irregular em processo administrativo para apuração de infrações em andamento, a Ancine deve arquivá-lo (art. 103 da IN 109/2012), privilegiando, assim, a solução da irregularidade e atuação orientadora em detrimento da postura exclusivamente punitiva.

A correção da falha afasta, portanto, a aplicação de sanções, mas o regime jurídico da reparação voluntária não se aplica a todos os regulados. Ele, como recomendaria a teoria da regulação responsiva, somente beneficia o regulado com comportamento virtuoso. O art. 105 da IN 109/2012 afasta a atuação preventiva e orientadora da Ancine, e conseqüente efeito de arquivamento de processo de apuração de infrações para regulados, quando o agente tenha sido condenado definitivamente pela prática de igual infração, no prazo de dois anos entre a decisão condenatória definitiva anterior e a prática da nova infração. Trata-se de uma pirâmide regulatória de somente dois degraus, mas que enfrenta, de frente, a questão da substituição de sanções por medidas mais eficazes.

## 2. COMANDO E CONTROLE NO SETOR AÉREO BRASILEIRO

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi uma das últimas agências reguladoras criada no âmbito do processo de agencificação brasileiro, caracterizado pelo movimento acelerado e difuso de criação nas últimas duas décadas de entidades autônomas e especializadas na regulação de setores específicos do mercado. Nesse contexto, a ANAC foi criada pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, vinculada ao Ministério da Defesa, como resultado da incorporação de algumas atribuições e de parte do quadro de pessoal das seguintes instituições pertencentes ao Comando da Aeronáutica: Departamento de Aviação Civil (DAC), Instituto de Aviação Civil (IAC), Comissão de Estudos Relativos à Navegação Aérea (Cernai), Instituto de Fomento e Coordenação Industrial (IFI) e Comando-Geral de Tecnologia Aeroespacial (CTA), com o objetivo de regular e fiscalizar todas as atividades relacionadas à aviação, da fabricação de produtos aeronáuticos às regras de operação de voos e certificação dos profissionais, com a exceção das atividades de controle do espaço aéreo, que continuam sob a tutela do Comando da Aeronáutica (ANAC, 2016).

As atribuições das três primeiras instituições mencionadas acima referem-se às atividades de regulação do transporte aéreo e da infraestrutura aeroportuária, tanto do ponto de vista técnico (segurança) quanto econômico. Já as atribuições oriundas do IFI e CTA referem-se à certificação de produtos aeronáuticos, cuja acreditação pelos órgãos reguladores de aviação civil dos outros países é decisiva para viabilizar a exportação das aeronaves produzidas no Brasil – por empresas como Embraer e Helibrás (ANAC, 2016).

Os setores regulados pela ANAC compreendem, portanto, os setores de aviação civil, infraestrutura aeronáutica e aeroportuária e os sujeitos regulados são proprietários ou navegadores, oficinas de manutenção e fabricantes de aeronaves; responsáveis e operadores de aeródromos; profissionais da aviação civil; e empresas de serviços aéreos públicos e de formação e qualificação de pessoas para atuação no setor. Ou seja, cabe à Agência regular e fiscalizar todas

as atividades relacionadas à aviação, da fabricação de produtos aeronáuticos às regras de operação de voos e certificação dos profissionais, com a exceção das atividades de controle do espaço aéreo, que continuam sob a tutela do Comando da Aeronáutica.

Nesse sentido, a atuação regulatória da ANAC é classificada pela própria Agência sob dois aspectos: a natureza da regulação e o tipo de atividade. A natureza da regulação do transporte aéreo é dividida em quatro temáticas: *safety* (segurança operacional); *security* (segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC); regulação econômica de aeroportos; e acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos, regulação econômica. Já a atuação da ANAC conforme o tipo da atividade regulatória exercida é classificada em três tipos: regulamentação, certificação e outorga, e fiscalização, conforme Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

A regulação técnica ocupa papel de destaque na Agência e visa, principalmente, à garantia da segurança aos passageiros e usuários da Aviação Civil, por meio de regulamentos que tratam da certificação e fiscalização da indústria. Ela decorre da necessidade de que as operações aéreas cumpram rígidos requisitos internacionais de segurança e de treinamento de mão de obra.

Já a regulação econômica refere-se ao acompanhamento do mercado de transporte aéreo, à regulação das relações de consumo nesse mercado – passageiro e empresa aérea – e à exploração econômica da infraestrutura aeroportuária – regulação de acesso (slots), tarifária dos aeroportos, de qualidade de serviço e de investimentos. Para tanto, são emitidos regulamentos que abrangem não somente as empresas aéreas, mas também os operadores de aeródromos.

Em linhas gerais, o mercado de transporte aéreo brasileiro abarca cerca de 120 milhões de passageiros, transportados por três empresas regulares principais, detentoras de market share superior a 99% no mercado doméstico – meses de janeiro e fevereiro de 2020, antes dos efeitos da pandemia. Já os aeródromos

públicos são operados por meio de diferentes instrumentos de outorga: 22 aeroportos são concedidos à iniciativa privada (responsáveis pelo processamento de 67% do tráfego de passageiros, em 2019), 44 aeroportos (27% dos passageiros) administrados pela empresa pública federal Infraero, e os demais 483 aeródromos (alguns deles aeroportos) delegados às esferas estaduais e municipais (ANAC, 2020).

A regulação técnica da ANAC é caracterizada por um intenso processo de harmonização internacional, baseada nos *Sarp's (standards and recommended practices)* da Organização de Aviação Civil Internacional (Oaci), organismo multilateral pertencente ao sistema da Organização das Nações Unidas (ONU). Esses *Sarp's* são definidos a partir de intensas discussões técnicas entre os representantes dos países membros da Oaci e, quando implementados, devem ser seguidos pelos órgãos reguladores nacionais – salvo quando as diferenças regulatórias são justificadas pelos países. A Oaci realiza, inclusive, programas de auditoria nos países membros para avaliar o nível de aderência de cada país aos *Sarp's* ao longo do tempo – o nível de aderência atual do Brasil aos *Sarp's* de safety é superior a 95%.

Cabe ressaltar que, além da aderência normativa, os auditores da Oaci também avaliam os processos internos de certificação e fiscalização dos operadores, de capacitação do quadro de pessoal do órgão regulador e gestão de risco sistêmico do setor aéreo. Nesse contexto, são avaliados os processos de planejamento e de gestão de risco na fiscalização, além dos mecanismos disponíveis de retorno à situação de conformidade – o que será abordado mais à frente.

Já a regulação econômica depende de cada setor regulado (transporte aéreo ou infraestrutura aeroportuária). O setor de transporte aéreo tem passado por uma intensa desregulamentação desde o final da década de 1999, a qual foi intensificada com a edição da lei de criação da ANAC (Lei nº 11.182, de 27 de mas empresas aéreas, sujeita às condições de segurança da infraestrutura aeroportuária. Desde então, a Agência implementou a liberdade tarifária também

para os voos internacionais, além de buscar o fim de restrição de frequências nos acordos bilaterais de transporte aéreo.

No campo da regulação das relações de consumo, em 2016 a ANAC desregulamentou as exigências mínimas de serviço, por meio da Resolução nº 400/2016, com vistas a permitir uma maior diferenciação dos serviços e o surgimento de novos modelos de negócio na aviação – em especial, o surgimento de empresas low costs, low fares.

No que tange à regulação econômica da exploração da infraestrutura, em razão da maior presença de características de monopólio natural por parte dos operadores aeroportuários, o nível de intervenção regulatória é maior, cabendo à Agência a definição dos tetos tarifários a serem cobrados dos passageiros e das empresas aéreas, além de padrões de investimento e de qualidade de serviço nos contratos de concessão aeroportuária. No entanto, como no caso do transporte aéreo, conforme será argumentado posteriormente, a Agência tem implementado flexibilizações regulatórias, de forma a permitir que acordos entre empresas aéreas e aeroportos possam substituir, por exemplo, os tetos tarifários e as exigências de investimentos contratualmente estabelecidas – vide contratos de concessão da 5ª e 6ª rodadas e Resolução nº 508, de 14 de março de 2019.

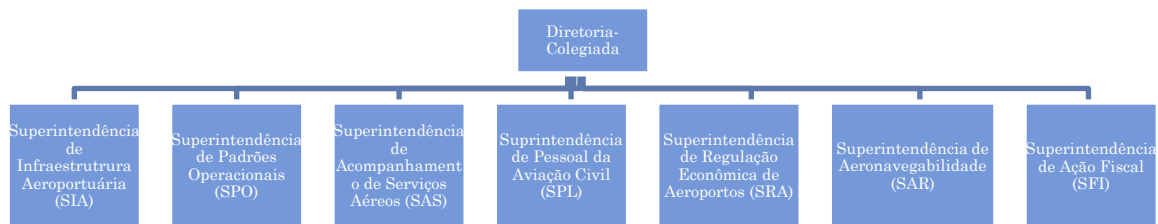
## **2.1 Prática institucional: atuação da ANAC conforme a modelagem de comando e controle**

Inicialmente, para a abordagem deste tópico, é essencial registrar a organização e o funcionamento da ANAC. A ANAC foi criada pela Lei 11.182, de 27 de setembro de 2005 e instalada nos termos do Decreto nº 5.731, de 20 de março de 2006, que ditou sua estrutura organizacional inaugural.

O regimento interno da ANAC (RIANAC), que dispõe sobre sua organização institucional, está prescrito pela Resolução nº 381, de 14 de junho de 2016, e atualizações posteriores. Verifica-se que a Agência conta com sete Superintendências, nas quais se organizam os processos regulatórios finalísticos

da Agência, que serão objeto das presentes considerações. Antes, porém, vale visualizar o organograma da Agência, conforme figura abaixo, especificamente quanto às unidades finalísticas:

Figura 1 - Organograma da ANAC



Fonte: Elaboração própria, a partir da Resolução ANAC nº 381/2016.

Com efeito, cabe identificar que, entre as competências dispostas para a ANAC no art. 8º da Lei 11.182/2005, se houve por bem dividi-las entre as seguintes unidades organizacionais finalísticas que interessam ao presente estudo:

- a) Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos (SAS), responsável pelas ações regulatórias da exploração de serviços aéreos públicos, direitos e deveres dos usuários de serviços de transporte aéreo público e condições de acessibilidade de passageiros com necessidade de assistência especial ao transporte aéreo, resguardadas as competência da unidade de fiscalização (art. 32, do Anexo I do RIANAC);
- b) Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária (SIA), responsável pelas ações regulatórias da segurança aeroportuária e proteção das operações de aviação civil contra atos de interferência ilícita - *safety* e *security* (art. 33, do Anexo I do RIANAC);
- c) Superintendência de Padrões Operacionais (SPO), responsável pelas ações regulatórias relacionadas à certificação e fiscalização, no âmbito operacional, de operadores aéreos, de operações aéreas, de



transporte de artigos perigosos, de organizações de manutenção e de fatores humanos relacionados às operações aéreas (art. 34, do Anexo I do RIANAC);

- d) Superintendência de Aeronavegabilidade (SAR), responsável pelas ações regulatórias relacionadas à certificação de projetos e produtos aeronáuticos e de aeronavegabilidade, credenciamento de pessoas e empresas e aprovação de embalagem para transporte de artigos perigosos (art. 35, do Anexo I do RIANAC);
- e) Superintendência de Ação Fiscal (SFI), responsável pelas ações de planejamento e execução das ações de fiscalização (art. 36, do Anexo I do RIANAC);
- f) Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA), responsável pelas ações regulatórias relacionadas à concessão e autorização de aeródromos e gestão dos instrumentos contratuais celebrados (art. 41, do Anexo I do RIANAC);
- g) Superintendência de Pessoal da Aviação Civil (SPL), responsável pelas ações regulatórias relacionadas à certificação e fiscalização de organizações de instrução, de equipamentos simuladores de voo para instrução e treinamento de tripulantes, de médicos e clínicas médicas executores de exames médicos para emissão de certificados médicos e de pessoas integrantes do cenário operacional (art. 41-A, do Anexo I do RIANAC)

Identificadas as unidades que devem ser objeto do recorte que o presente estudo visa, pode-se avaliar as diferentes dimensões de comando e controle atualmente perpetuadas no âmbito das competências da ANAC. Ressalte-se que no caso da Superintendência de Ação Fiscal, esta tem atribuições finalísticas bastante reduzidas, constituindo o planejamento e ações das verificações de elementos demandados por outras áreas a sua principal função.

Por esse motivo, entenda-se neste ponto que os comentários realizadas às ações da SAS à SFI se estendem.

O setor da aviação civil tem reconhecidamente papel de estimular o desenvolvimento de novos mercados, facilitar novas tecnologias e prover acesso a negócios e até assistência social a locais não facilmente acessados pelas vias terrestres (SILVA, 1990, p. 51). Por sua natureza, o setor pode ser concebido em diversas cadeias de produção, cujo entendimento do funcionamento é fundamental, para se chegar ao atual modelo de fiscalização. É de se admitir que um modelo de regulação e fiscalização responsivos, como se verá em outros momentos deste trabalho, deve ter permeabilidade sistêmica para sua efetividade, o que não impede a sua implantação paralela em instâncias específicas de atuação da Agência, na medida das peculiaridades do ciclo de produção.

Assim, permite-se assentar que identificados subsistemas razoavelmente autônomos no setor analisado, admitem-se diferentes formas de responsividade na fiscalização, conforme o objeto que se visa a supervisionar. Não se nega, com isso, a intrínseca relação entre estas atividades e a racionalidade da constituição da ANAC, muito pelo contrário (BETANCOR e RENDEIRO, 1999, p. 13). Mas é fato que a ANAC congrega atividades que em outras jurisdições internacionais são divididas entre o administrador da aviação civil e o supervisor dos transportes, como, por exemplo, ocorre nos Estados Unidos da América, nas delimitações de competência entre a Federal Aviation Administration - FAA e o Department of Transportation – DOT ou na União Europeia, entre a European Union Aviation Safety Agency – EASA e a Comissão Europeia de Transporte e Mobilidade.

Por isso, a compreensão da organização setorial viabiliza esta fragmentação e direcionamento dos instrumentos de responsividade conforme o nicho de trabalho, sem que se deixe de considerar as características gerais

norteadoras da indústria, relacionadas à segurança, qualidade e convergência internacional.<sup>46</sup>

Logo, é de se conceber que a organização do mercado ou indústria da aviação civil perpassa quatro setores bem demarcados: o Serviço de Navegação; a Indústria Aeronáutica; a Infraestrutura Aeroportuária; e o Sistema de Transporte Aéreo. Estes quatro domínios, de características marcantes, congregam o objeto de toda a teia da regulação da aviação civil, no qual as superintendências mencionadas acima se localizam.

O Serviço de Navegação Aérea, nominalmente referenciado no art. 21, XII, “c” da Constituição Federal, está alocado sob as competências do Comando da Aeronáutica do Ministério da Defesa (COMAER/MD), designado ao Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), a quem compete o controle do espaço aéreo, nos termos do art. 8º, XXI e § 2º da Lei 11.182/2005 e art. 3º, XIV, do Anexo I, do Decreto nº 6.834/2009. Ainda que a discussão sobre a melhor forma de prestação de serviços de navegação aérea venha sendo, desde 2018, aprofundada (ALONSO, 2018), fato é que a ANAC não exerce fiscalização sobre esta atividade, apesar de relevante para a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, uma vez que atinge a capacidade das aerovias e das pistas de pousos e decolagens, o que a exclui do escopo do presente estudo.

A Indústria Aeronáutica refere-se, principalmente, aos projetos e fabricação de aeronaves e produtos aeronáuticos, alocado em um mercado concentrado (SALLES, BONACELLI, *et al.*, 2009, p. 200-201). Conquanto o Estado Brasileiro tenha se retirado diretamente da intervenção nesse mercado em meados dos anos 1990, com a alienação do controle da Embraer, manteve plenamente as atribuições e *a capacidade de certificação de produtos e serviços da indústria aeronáutica brasileira* (GOMES, 2012, p. 147), fundamental para a

---

<sup>46</sup> Vide art. 178 da CRFB e STF, RE 636.331/RJ-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-5-2017, DJE de 13-11-2017, Tema 210

qualidade e segurança do segmento. O foco encontra-se, portanto, em padrões e processos de planejamento e produção, que é o objeto de trabalho da SAR, englobando também as unidades de reparo (oficinas), pessoal envolvido no ciclo produtivo e cadastro de aeronaves (Registro Aeronáutico Brasileiro – RAB). Para além da qualidade e segurança, nota-se neste área uma vertente preponderante para a inovação, como um elemento que não pode ser inibido pela Agência.

Por sua vez, a infraestrutura aeroportuária consubstancia um conjunto de empreendimentos industriais complexos (DOGANIS, 1992). O Aeroporto, em si, compõe-se de uma ou mais pistas de pouso e decolagem (PPD), com características técnicas específicas, em uma área protegida (RBAC 153), que ainda agrega terminais de processamento de carga e de passageiros associados e uma gama de serviços oferecidos, inclusive por terceiros. A função primária do aeroporto reside em prover uma interface segura e de qualidade entre aeronaves e cargas, notadamente, passageiros, bens ou correspondência (DOGANIS, 1992, p. 14). Por sua proximidade à operação de uma indústria de bens e serviços, alguns aeroportos conduzem sua atividade sobre um equilíbrio muito tênue entre o desenvolvimento comercial orientado pelo lucro e o oferecimento de nível de serviço de qualidade, sendo certo que sua natureza de serviço público exige este último requisito.

Neste ponto, temos o objeto da SRA, no que toca às outorgas de aeródromos e orientação pública para a gestão dos contratos de concessão, com foco em *compliance* contratual e desenvolvimento aeroportuário. Do outro lado, a SIA, com suas funções voltadas à segurança de aeronaves, pessoas e operações da aviação civil, sob a responsabilidade do operador de aeródromo, com eixo na preservação da produção aeroportuária, mediante certificação, mitigação de riscos e controle da qualidade da segurança da aviação (AVSEC).

Afinal, o Sistema de Transporte Aéreo, pode ser indicado como a mais complexa das cadeias de produção enunciadas, uma vez que agrega os subsistemas da prestação de serviços de transporte (regionais e nacionais), da

estruturação das empresas aéreas e da formação do pessoal direcionado ao processo de produção das empresas aéreas, tratados, respectivamente, pela SAS, SPO e SPL. Os subsistemas são bastante relacionados, mas guardam direcionamentos diversos quanto às suas formas de fiscalização, sob a perspectiva da garantia da segurança, o que justificaria, em alguns casos, até a aplicação mais severa de incentivos extrínsecos, traduzidos pelas penalizações imediatas, reforçando o que seria uma necessidade de comando e controle mais iminente.

A complexidade destes subsistemas interligados pode ser factualmente vista pela evidência de se alocarem três superintendências para cuidar da temática. Note-se que a regulação do serviço de transporte aéreo em si (aqui incluída a supervisão de *slots*, acordos bilaterais e frequências aéreas internacionais, relações de consumo e *accountability*) varia entre as obrigações de bom aproveitamento das infraestruturas e de transparência dos atos sociais e das informações e o fomento à expansão da aviação internacional. Esse campo, atualmente com a SAS, é significativamente fértil para a atuação responsiva, com normativos menos prescritivos e estruturas que remetem a possíveis delineamentos de pirâmide de *enforcement* alargada.

Outro vértice da questão, entretanto, atrai maiores sobressaltos, ao envolver-se com padrões operacionais das aeronaves, enquanto requisitos mínimos para o exercício da atividade. É o alto critério desta supervisão que garante a sustentabilidade do setor, com o baixo índice de acidentes aéreos, o que não afasta a introdução de elementos de responsividade nesses processos, mas exige maior esforço na busca das soluções, para que sua efetividade seja a desejada. A SPO segue com essa atribuição. Uma ferramenta de relevo nesse contexto é o Diário de Bordo e as expressivas informações que podem ser retiradas desse instrumento para fins regulatórios.

Afinal, a matéria relacionada aos padrões operacionais do treinamento de tripulantes e do *staff* voltado à preparação dos trabalhadores do setor, foi recentemente alocada à SPL. Nesse ponto, a recente pandemia de COVID-19

trouxe pesados desafios para essa área, sobretudo da perspectiva regulatória, para a adaptação das regras de treinamento e de disseminação de novas práticas voltadas a mitigar a pandemia.

Feitas essas considerações iniciais, há de se indicar alguns dos elementos da regulação que determinam uma fiscalização mais incisiva nos ciclos de produção em destaque, quase diretamente centradas no comando e controle como único meio para essa atividade. A partir dessa evidenciação, pode-se questionar se os objetos de regulação admitiriam outros métodos, que não afastassem os valiosos preceitos de segurança, qualidade e convergência, que compõem o núcleo mínimo tutelado pela ANAC.

Insta salientar, como indicado em outro momento, que os instrumentos de comando e controle constituem opção hábil a figurar nas partes superiores das pirâmides de *enforcement* (GUNNINGHAM e SINCLAIR, 2017, p. 142). Isso é verdade em diferentes sistemas, considerando, sobretudo, o regulado que se recusa deliberadamente a cumprir os preceitos normativamente propugnados (diferente daquele que erra, por acreditar aplicar o procedimento correto, ou que não sabe como agir em face da regra dada). Não obstante, utilizar o comando e controle como única opção para garantir o *compliance* das normas, pode gerar dinâmicas não cooperativas, prejudicando, sobretudo, os usuários, que virão a gozar do serviço.

Em razão disso, passa-se a uma análise de cada ciclo de produção para apontar casos identificados nos quais o comando e controle restou prescrito de forma única ou premente. Com isso, permitir-se-á a necessidade de uma reflexão sobre os referidos pontos acerca de opções regulatórias de cunho responsivo, que poderiam ser estabelecidas para incentivar uma conduta mais eficiente por parte dos regulados.

Cabe frizar que a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, representa notável passo no sentido de agregar iniciativas com contornos de responsividade à

regulação realizada pela ANAC. Ao introduzir os conceitos de providências administrativas preventivas, garante à atividade de fiscalização uma alternativa para que não venha a agir somente com base na ameaça de punição dura e exemplar imediata, independente do grau de violação. Esse conforto é essencial para que se reflita sobre outros meios, especialmente centrados no diálogo e orientação, aptos e suficientes para o alcance da conduta desejada, mediante uma ação fiscalizadora pautada na escalada punitiva, conforme o grau de cooperação demonstrado.

Deixando consignado que a referida norma ainda tem espaço para aprimoramentos contínuos, urge reconhecê-la como alicerce essencial para sistemas responsivos vindouros. Um novo desafio que se coloca é a ampliação das medidas administrativas, para que possa abarcar, declaradamente, uma gama maior de opções de *enforcement*.

Uma outra iniciativa voltada a disponibilizar ferramentas mais maleáveis de atuação reguladora na ANAC, embora hoje seja acusada de estar restringindo a discricionariedade do regulador, foi o estabelecimento dos Elementos de Fiscalização pela Instrução Normativa nº 81, de 19 de dezembro de 2014 (IN 81/2014), com o escopo de definir os parâmetros da fiscalização. Ela representa significativa conquista no sentido de maior segurança jurídica ao administrado na compreensão dos principais fatos a serem observados na atividade de supervisão dos procedimentos e serviços. A procura por uma função responsiva para tais elementos de fiscalização encontra-se no Processo SEI/ANAC nº 00058.018366/2020-21, voltado a tornar essa ferramenta não só integrada às regras da Resolução nº 472/2018, mas maleável, transparente e apta a abranger outras ações regulatórias relevantes, que não só a imposição de multas como única resposta da Agência ao regulado.

Indicadas as considerações acima, passa-se a uma avaliação dos compêndios de elementos de fiscalização pertinentes a cada ciclo de produção, que podem revelar as principais características da fiscalização executada, sem a

pretensão de se esgotarem os usos possíveis de tais compêndios em uma estratégia responsiva.

### 2.1.1 Comando e Controle na Indústria Aeronáutica

Passa-se a tecer comentários sobre os elementos de fiscalização do RBAC nº 21, dispostos na Portaria 72/SAR, de 9 de janeiro de 2019. Conforme mencionado acima, esse ciclo de produção tem por objeto a indústria aeronáutica, com ênfase, sobretudo, na qualidade da produção industrial *vis à vis* a segurança da aviação civil, uma vez que qualquer problema em relação à aeronave ou seu projeto pode vir a causar danos significativos.

A referida norma apresenta 131 códigos de fiscalização, sendo 116 itens e 25 subitens representados por situações esperadas, que geram as tipificações de não-conformidade, sendo certo que, para mais de 40 hipóteses, indica-se a providência administrativa sancionatória como primeira ação da Agência (mais de 30% dos fatos identificados para fiscalização).

Dentre as situações esperadas cujas respectivas falhas já são punidas com multa *a priori*, cabe mencionar, de forma exemplificativa, a falha da comunicação do defeito de fabricação ou do resultado de investigação de acidente, a não entrega da versão mais recente do manual da aeronave ao adquirente, modificar projetos sem comunicar a Agência, não manter o certificado disponível para verificação e, em vários casos, não responder às demandas ou não permitir inspeções da ANAC quando solicitado ou ainda omitir-se, quando deveria ter agido. O caminho é deveras prescritivo e acaba por dar pouca margem para um diálogo com o regulado acerca do aprimoramento de sua conduta. O caminho responsivo, nesse caso, indica a adoção de níveis de fiscalização para que a Administração se concentre em casos de maior risco de descumprimento.

Nota-se que se começa a escalada da pirâmide de *enforcement* por cima, não sinalizando outras ações que tenham sido feitas perante o regulado ou



terceiros relacionados que poderiam vir a mitigar a atividade fiscalizatória mais abrasadora. Sem que se amenize a gravidade das falhas, incide uma clara expectativa de que a ação fiscalizadora mais severa venha a garantir maior acatamento dos regulados.

Vale, para estes casos, e em conjunto com uma fiscalização regulatória apoiada em perfis de risco, visualizar outras formas de atuação, inclusive preventivas, para buscar a cooperação contínua daqueles que utilizam as aeronaves, como agentes que podem trazer alertas e formas de autorregulação ou correção do mercado.

### 2.1.2 Comando e Controle na Infraestrutura Aeroportuária

Duas são as normas sobre as quais cabem comentários neste tópico, para evidenciar traços significativos do comando e controle, em áreas específicas, na fiscalização do ciclo de produção da infraestrutura aeroportuária. Antes, porém, cabe uma breve ponderação, entretanto, sobre a natureza bipartida da regulação sobre este mister, que em parte se faz pelo contrato de concessão e em parte por regulamentos.

Com efeito, é de se reconhecer que importantes aeroportos que processam a maior parte dos voos domésticos e internacionais do país são regidos pelo regime de concessão, no qual a prestação do serviço público é regida por cláusulas contratuais e regulamentos. Para o caso, as normas regulamentares abordam sobretudo os requisitos de *safety e security* do aeroporto, decorrendo principalmente do Código Brasileiro de Aeroáutica (Lei 7.565/1986), da Lei 11.182/2005 e de tratados e convenções internacionais (em especial, a Convenção de Chicago).

Por outro lado, o contrato de concessão dispõe principalmente sobre a gestão da infraestrutura, mediante parâmetros de desempenho de produção e qualidade, com efeitos que não se restringem exclusivamente às partes

contratantes, mas ainda aos próprios usuários do serviço, em especial, empresas aéreas, passageiros e contratantes de transporte de cargas. A perspectiva de negociação com o concessionário, sobretudo para a realização de eventuais termos aditivos, é uma característica marcante dessa dinâmica.

Concebida justamente nessa tradição de atuação administrativa consensual e dialogada do contrato de concessão, a Portaria nº 492/SRA, de 19 de fevereiro de 2020, estabelece os elementos de fiscalização da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014. Cuidam-se de 10 códigos, correspondentes a 10 situações esperadas e respectivas tipificações de não-conformidade, cujo principal foco é a fiscalização do aproveitamento eficiente e igualitário de áreas aeroportuárias. Em todos os itens indicados para verificação, aponta-se a aplicação de providência administrativa preventiva, significando que a medida inicial será uma ação direta voltada a corrigir a conduta do concessionário ou gestor do aeródromo, antes da aplicação da multa. Essa perspectiva de ajustes prévios para a correção da conduta pode ser muito útil para a configuração de condutas pouco cooperativas. Nota-se que, mesmo para casos em que a concessionária ou operadora do aeródromo deixe de responder demanda da ANAC, não se aplica a multa *a priori*.

Sob outro viés, se estruturou a Portaria nº 985/SIA, de 7 de abril de 2020, que cuida dos elementos de fiscalização do RBAC nº 108, que versa, em grande parte, sobre *aviation security* (AVSEC). Ressalta-se que o objeto de fiscalização é, principalmente, o procedimento dos profissionais do aeroporto e do operador aéreo (como inspeção de segurança, identificação de passageiro, critério para embarque com arma de fogo e inspeção de bagagem) e programa de segurança do operador aéreo. Aqui tem-se novamente os critérios de segurança e de convergência internacional como preponderantes no estabelecimento das medidas administrativas.

Um ponto marcante nesse compêndio reside justamente nas atitudes esperadas para o tratamento das bagagens, dos bens e dos passageiros, procedimentos de difícil constatação aparente, não obstante com atribuição de

medida sancionatória *a priori*. Como exemplo, mencione-se o despacho de bagagem de passageiro não identificado, a identificação não correta do passageiro e não comunicação ao aeroporto do transporte aéreo de valores. Cuidam-se de procedimentos realizados aos milhares por dia em alguns aeroportos de maior movimento, em que eventuais níveis de falha podem incidir, cuja observação caso a caso se faz praticamente impossível.

Por isso, são recomendáveis formas de fiscalização mais focadas no acompanhamento do processo e avaliação de níveis admissíveis de falhas, instituindo alertas regulatórios para o índices de erros inadmissíveis. Tal encaminhamento poderia suavizar a preponderante característica de comando e controle neste caso e direcionar a reflexão para os níveis aceitáveis de operação, ao invés da difícil imposição de punição por evento, cuja correção de conduta também parece incerta e que perde de vista o objetivo primário de conformidade regulatória.

### 2.1.3 Comando e Controle no Sistema de Transporte Aéreo

Como mencionado, o Sistema de Transporte Aéreo é identificado por consubstanciar maior complexidade entre os ciclos produtivos descritos, pelos subsistemas que engloba. Registra-se que, apesar de se tratar de um mesmo ciclo, a perspectiva de supervisão dos serviços é bem distante como se verá mais abaixo.

Neste segmento, de um lado, trata-se da execução do transporte aéreo, analisando-se as atividades das empresas aéreas, com vistas ao aproveitamento dos *slots*, acompanhamento econômico-financeiro e serviço aos passageiros. Portanto, tem-se uma perspectiva de garantir a atuação de boa qualidade do operador aéreo.

De outro lado, cuida-se dos requisitos mínimos para a operação aérea e o treinamento de *staff* do transporte. Logo, são vislumbradas as condições elementares aos procedimentos da aviação e para a instrução, sobretudo de

pilotos, que teria relação direta com as circunstâncias necessárias para composição do serviço de transporte aéreo seguro. Em princípio, não se identifica aqui o requisito da qualidade como algo essencial, mas sim a segurança e a convergência internacional. Não obstante, presume-se que qualquer mínimo desvio nos procedimentos de operações prejudicará de maneira significativa o serviço e que as instituições de ensino que cumpram suas obrigações conseguem entregar ao mercado profissionais suficientemente habilitados para cumprirem suas funções.

Para ilustrar o exposto, cabe avaliar os compêndios de elementos de fiscalização, relacionados, respectivamente, ao procedimento de alocação e aproveitamento de *slots*, às condições gerais de transporte aéreo e aos requisitos operacionais dos centros de instrução da aviação. O cenário poderá bem compor a perspectiva de comando e controle do sistema de transporte aéreo.

A Portaria nº 2.932/SAS, de 19 de setembro de 2018, fixa os elementos para a fiscalização das regras expostas na Resolução nº 338, de 22 de julho de 2014, que disciplina a alocação e aproveitamento de *slots*. São 13 hipóteses correspondentes a 13 condutas tipificadas como não conformidade. Todas as condutas irregulares de possível preenchimento pelos aeroportos têm por providência administrativa indicada uma ação inicial preventiva, portanto uma fiscalização mais branda.

Por sua vez, o código 338-002 é representativo, pois se aplica às empresas aéreas na sua utilização de *slots*, buscando coibir ações de comercialização, manutenção intencional sem perspectiva de uso (o que configura reserva de mercado de bem público e sua utilização antieconômica), operar em desacordo com a característica e realizar operação sem deter a alocação, quando necessário. Para estes casos, a ação inicial é sempre sancionatória, apesar de a Resolução nº 338/2014 já prever mecanismos de perda de *slots* pela sua má utilização, com alguns contornos de responsividade, à primeira vista mais eficientes que a aplicação de multas.

O *slot*, cuja titularidade é da autoridade de aviação civil, como insumo essencial para o transporte aéreo<sup>47</sup>, tem um valor operacional intrínseco, valendo reconhecer que a ameaça de sua perda, pelo seu uso de forma ineficiente ou irregular, pode configurar instrumento suficientemente eficaz para que se alcance o bom cumprimento da norma. O tema ainda será objeto de discussão mais abaixo.

No meio do caminho, observa-se a Portaria nº 2.934/SAS, de 19 de setembro de 2018, que dispõe sobre os elementos de fiscalização aplicáveis à Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, relativa às condições de transporte aéreo. Cuidam-se de 50 códigos, que se desdobram em 62 hipóteses e tipificações de não conformidade. Para somente 11 dessas, a providência inicial é a preventiva, sendo certo que para as demais trata-se de providências sancionatórias e multas que se iniciam com o patamar mínimo de R\$ 20.000,00, podendo chegar a até R\$ 50.000,00.

Nesse contexto, identifica-se uma significativa severidade nas prescrições das ações da Agência para qualquer perfil de regulado, sobretudo quando se avalia que muitos desses procedimentos são de verificação complexa. É possível divisar que grande parte das infrações apontadas também configuram descumprimentos de regras de contrato de transporte, que podem ser dirimidas em negociação autônoma entre a prestadora de serviços e o consumidor, até mesmo com resultados mais satisfatórios para o ofendido.

Ou seja, o tratamento das regras da Resolução nº 400/2016, como parâmetros de *soft law*, para que a composição de interesses seja encaminhada em uma plataforma como o *Consumidor.gov.br* (sem prejuízo de outras), pode, ao mesmo tempo, viabilizar soluções mais eficientes para os usuários do serviço, atrair maior responsividade para a ação da ANAC e poupar preciosos recursos públicos com fiscalização e trabalho de escritório. Sem prejuízo, identificada uma conduta não cooperativa reiterada da operadora aérea, cabe a escalada na

---

<sup>47</sup> STJ, AgRg na SLS 1.161/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03-03-2010, DJU de 15-04-2010.

pirâmide de *enforcement*, para que venha até a ser punida de forma mais severa, *a posteriori*. O papel da ferramenta do *Consumidor.gov.br* e sua importância para a regulação da ANAC será aprofundada abaixo.

Afinal chega-se à Portaria nº 869/SPO, de 26 de março de 2020, que materializa os elementos de fiscalização do RBAC nº 141, Emenda 01, de 25 de abril de 2019, referente a requisitos operacionais dos centros de instrução da aviação. São 177 códigos, relativos a situações esperadas e tipificações de não conformidade, indicando em 61 hipóteses a aplicação de providência administrativa inicial sancionatória.

Importante refletir sobre o paradigma observado. Como referido acima, a norma dispõe sobre requisitos e procedimentos mínimos dos centros de instrução de aviação civil. Uma regulação mais severa aqui se relaciona ao preenchimento dos encargos para que se proceda ao treinamento, assumindo-se sua relação direta com a aptidão dos pilotos e a segurança inerente que estes garantem para o transporte aéreo. Comprova-se uma linha de fiscalização bem centrada no comando e controle, na expectativa de que a sanção mais severa virá persuadir os centros de instrução à performance desejada.

Aqui também a multiplicidade de prestadores parece opor um óbice para uma fiscalização mais aprofundada. Cumpre avaliar que a rigidez com as instituições de treinamento não impede a busca de um sistema de regulação responsiva, que venha a garantir maior acatamento da norma.

Um passo interessante seria no sentido de indicar aos interessados no treinamento que exijam da instituição a demonstração dos certificados e habilitações necessários, antes de contratarem os cursos, constituindo milhares de parceiros para exercer pressão pelo *compliance* da norma e tomadores de serviço mais conscientes. Outro ponto relevante também se identifica no fomento das associações de ensino, como agentes hábeis a dotar o ambiente de autorregulação voltada para a qualidade e aprimoramento dos serviços, que possa

mesmo indicar quais prestadores tem se furtado a acatar suas regras, o que facilitaria o caminho da fiscalização.

Há de se fechar este subcapítulo com a clara constatação de que a fiscalização da ANAC tem forte direcionamento para a utilização de mecanismos de comando e controle, como primeira resposta ao regulado. O procedimento pode gerar situações de pouca cooperação, por parte de agentes interessados em cumprir a norma. Faz-se mister uma reflexão sobre as razões que colocaram a Agência nestes caminhos, bem como uma avaliação sobre o *compliance* gerado por este modelo.

Entretanto, merece reconhecimento a organização estabelecida de tipificações de não conformidade, o que já permitiriam a concepção de pirâmides de *enforcement*, e a listagem de ações prévias à medida extrema, para fins de estabelecimento de um sistema de regulação responsiva. Observa-se o interesse, em áreas de um mesmo ciclo de produção, na migração para uma fiscalização mais galgada em avisos, alertas, cooperação com terceiros e outros meios aptos a amenizar o peso da regulação e assegurar maior efetividade da norma.

Em especial, faz-se importante a unificação dos entendimentos sobre a fiscalização em determinado ciclo de produção e o alinhamento de ações, que tendem a trazer resultados mais otimizados, sobretudo se agregado a elementos de regulação responsiva ou dentro de um sistema dessa natureza.

#### **2.1.4 Comando e Controle na Fiscalização Regulatória da ANAC: apesar dos avanços normativos e organizacionais, o processo sancionador ainda é utilizado como principal instrumento de *enforcement* regulatório pela Agência**

A estrutura organizacional da ANAC é estabelecida, conforme exposto anteriormente, tomando-se como base cada uma das matérias e setores submetidos à regulação da Agência. Nesse sentido, três superintendências tratam de segurança da aviação, cada uma atuando em uma área específicas de conhecimento, e duas superintendências dedicam-se à regulação econômica, uma para empresas aéreas e outra para aeroportos:

- Superintendência de Aeronavegabilidade (SAR): cuida da segurança operacional das aeronaves, desde o projeto, passando pela fabricação e depois pela manutenção (das aeronaves individualmente, das instituições de manutenção aeronáuticas, das empresas aéreas e da proficiência dos mecânicos aeronáuticos);
- Superintendência de Padrões Operacionais (SPO): cuida dos procedimentos de segurança dos operadores aéreos (manuais de operação, sistema de gestão da segurança operacional, treinamento dos pilotos etc.), bem como dos processos de proficiência de pilotos e tripulantes;
- Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária: é responsável pela segurança (safety e security) nos aeródromos (manuais de operação, sistema de gestão de segurança operacional e Avsec etc.), bem como dos processos de proficiência que atuam nos aeródromos (agentes Avsec e bombeiros de aeródromos);
- Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos (SAS): realiza o acompanhamento do mercado de transporte aéreo e é responsável pela regulação econômica do transporte aéreo e das relações de consumo; e



- Superintendência de Regulação Econômica de Aeroportos (SRA): é responsável por realizar as rodadas de concessão aeroportuária – o que envolve a elaboração dos contratos, participação nos estudos de viabilidade econômica, financeira e ambiental (EVTEAs) e realização dos leilões – e por gerenciar os contratos, cuidando ainda da regulação tarifária dos aeroportos não concedidos e da composição de conflitos entre empresas aéreas e operadores aeroportuários.

A divisão estrutural adotada pela ANAC reflete-se também na atuação regulatória das Superintendências, assumindo cada uma, em sua esferal material de competência, a responsabilidade pelo desempenho de todas as atividades que compõem o ciclo regulatório. Ou seja, cada superintendência conduz diretamente, e de modo apartado, os processos de regulamentação (elaboração de normas), certificação/outorga (atestados iniciais que habilitam o operador a iniciar as operações) e fiscalização regulatória (garantia da manutenção da regularidade ao longo do tempo).

Se por um lado esse modelo de estrutura organizacional contribui para a especialização cada vez maior do conhecimento necessário ao desempenho da atividade regulatória, por outro lado, ele vem comprometendo a atuação coordenada, o planejamento e definição conjunta das prioridades regulatórias e a padronização entre os macroprocessos regulatórios da Agência (regulamentação, certificação e fiscalização).

Exatamente por reconhecer as limitações e insuficiências desse modelo organizacional descentralizado, a ANAC, ainda em 2012, criou a Gerência Geral de Ação Fiscal (GGAF) com a atribuição de coordenar o trabalho dos servidores que atuam nos núcleos regionais de aviação civil, em diversas regiões do país, de

forma a garantir o planejamento e atuação mais coordenada dos processos de fiscalização.

A medida mais importante adotada no âmbito de tal reforma organizacional, no entanto, foi a distinção das atividades de fiscalização em dois tipos: (i) vigilância continuada, destinada à manutenção ao longo do tempo das condições iniciais de certificação; e (ii) ação fiscal, destinada a combater atividades ilícitas – como o transporte clandestino – e aqueles entes regulados que reiteradamente tentam ludibriar o sistema regulatório, com a atribuição exclusiva à GGAF da competência para desempenhar essa fiscalização. Ou seja, a partir da concentração das ações fiscais na GGAF, as demais superintendências da ANAC ficaram responsáveis pelo desempenho apenas das atividades de vigilância continuada.

Ressalte-se que, mais recentemente, a Agência passou por nova reestruturação organizacional que fortaleceu ainda mais esse processo de centralização da ação fiscal, por meio da transformação da GGAF na Superintendência de Ação Fiscal e na criação da Assessoria de Julgamento de Autos de Infração, unidade que passou a ser responsável pela centralização e controle do processo sancionatório.

Posteriormente, avançando no processo de aprimoramento institucional de suas regras regulatórias, a ANAC explicitou em seu Planejamento Estratégico 2015-2019, os objetivos estratégicos relacionados ao macroprocesso de fiscalização: (i) promover um ambiente favorável ao cumprimento consciente dos requisitos regulamentares; e (ii) criar mecanismos efetivos de correção da conduta dos entes que colocarem em risco a qualidade e a segurança da aviação civil.

Nota-se, na redação desses objetivos, a internalização dos princípios básicos de regulação responsiva, os quais propugnam sejam aplicados mecanismos de persuasão aos agentes regulados com postura mais colaborativa e

instrumentos de dissuasão aos agentes menos cooperativos, que precisam incorrer no custo das sanções para cumprirem as normas.

O processo de revisão e aprimoramento regulatório que vem sendo conduzido pela ANAC nos últimos anos, com vistas à adequação de seu modelo aos preceitos da Teoria da Regulação Responsiva, pode ser percebido também especialmente em três projetos prioritários estabelecidos pela Diretoria da Agência.

O primeiro projeto (“Gestão da Fiscalização”), criado em 2013 e implementado em 2015, já no contexto do Plano Estratégico 2015-2019 da Agência, alterou profundamente o modelo de fiscalização regulatória da ANAC, criando a figura do elemento de fiscalização (EF). O elemento de fiscalização, que será especificamente abordado adiante, funciona como um elo entre as atividades de regulamentação e fiscalização: trata-se da tradução do requisito normativo para o *check-list* de fiscalização<sup>48</sup>. Desde então, toda norma publicada pela ANAC deve conter um compêndio de elementos de fiscalização, o qual prescreve e detalha aos inspetores como cada norma deve ser interpretada, aplicada e fiscalizada.

O segundo projeto prioritário, também criado com a finalidade de dar concretude aos objetivos estratégicos de fiscalização da Agência, foi o “Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC”. Seu produto final foi a publicação do Guia de Qualidade Regulatória da ANAC, anexo à Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017, editada pela Diretoria da Agência. Tal Guia situa a atividade regulatória da agência em seis dimensões, sendo estabelecida para cada qual uma diretriz de atuação e objetivos específicos, conforme descrito na tabela abaixo.

---

<sup>48</sup> Nos termos da Instrução Normativa nº 81/2014, que foi um dos produtos do projeto “Gestão da Fiscalização”, o elemento de fiscalização é “um conjunto de informações dispostas em campos definidos e padronizados, que tem o objetivo de desdobrar dispositivos normativos de cumprimento obrigatório por entes regulados da ANAC em elementos passíveis de serem fiscalizados”.

**Tabela 1: Dimensões e diretrizes regulatórias para a atuação da ANAC**

<b>Dimensão</b>	<b>Diretriz</b>	<b>Objetivos específicos</b>
<b>Ambiente Regulatório</b>	A ANAC deve desenvolver um ambiente regulatório estável e sustentável	Promover um ambiente regulatório que possibilite a segurança jurídica para a construção de planos de negócio dos diversos segmentos do setor de transporte aéreo brasileiro.
		Estabelecer um modelo regulatório que permita a sustentabilidade das bases econômicas, sociais e ambientais do setor.
<b>Regulação Técnica</b>	A ANAC deve modelar seu arcabouço técnico-regulatório com base no risco associado às operações e orientado ao desempenho esperado dos entes regulados	Proteger a sociedade dos efeitos adversos de circunstâncias cujos riscos ela não dispõe de meios para avaliar.
		Promover o serviço adequado à sociedade, por meio de ações regulatórias que estimulem o constante aprimoramento técnico dos entes regulados.
<b>Regulação Econômica</b>	A ANAC deve modelar seu arcabouço econômico-regulatório para promover a concorrência, a fim de ampliar a oferta de serviços do setor	Promover o serviço adequado, por meio do estímulo à concorrência e, quando necessário, a redução dos efeitos de um ambiente concorrencial limitado ou inexistente.
<b>Regulamentação</b>	A ANAC deve realizar a adequada intervenção regulatória quando necessário, mantendo sua estrutura normativa compreensível e atualizada	Garantir que os custos associados à intervenção regulatória sejam justificáveis perante os benefícios gerados.
		Promover a contínua melhoria da ação regulatória da Agência, por meio da avaliação da efetividade das intervenções realizadas.

<b>Planejamento da Fiscalização</b>	A ANAC deve planejar suas ações de fiscalização de forma coordenada, priorizando as atividades que possuam maior exposição ao risco e que configurem maior assimetria de informação às pessoas impactadas pelas operações	Alocar de maneira eficiente os recursos disponíveis na Agência para assegurar a eficácia das atividades de fiscalização.
		Desencorajar condutas dolosas, negligentes e imprudentes nas operações, por meio da ação fiscalizatória da Agência.
<b>Execução da Fiscalização</b>	A ANAC deve direcionar seus esforços para que suas ações de fiscalização induzam os entes regulados a apresentar o desempenho adequado	Promover o cumprimento aos requisitos previstos na regulamentação e estimular a manutenção da condição de certificação ou outorga.
		Promover o cumprimento aos requisitos previstos na regulamentação e estimular a manutenção da condição de certificação ou outorga.

Fonte: ANAC – Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

Observe-se que, para cada dimensão, é estabelecido um conjunto de estratégias que devem ser observadas por todos os servidores e áreas técnicas, quando da proposição de novos atos normativos ou da execução das atividades de fiscalização. Pode-se notar que o Guia incorpora princípios e diversos elementos de regulação *responsive*, como a priorização da fiscalização baseada em riscos e evidências, gradação das medidas administrativas decorrentes da fiscalização (levando em consideração elementos como nível de risco da irregularidade e histórico do agente regulado), promoção de *compliance*, coordenação das ações, entre outros.

Por fim, o terceiro projeto prioritário implementado pela ANAC foi o projeto denominado “*Enforcement*”, com o explícito objetivo de criar a “pirâmide de *enforcement*” da Agência, em linha com o que preconize a Teoria da Regulação Responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992).

Ocorre que, ainda em sua fase de diagnóstico, a equipe do Projeto “*Enforcement*”, ao se deparar com a existência de um enorme passivo de autos de infração e constatar que a aplicação definitiva das sanções somente ocorria, em média, depois de 3 anos e 10 meses de tramitação, o que certamente comprometia inclusive o caráter pedagógico do processo de fiscalização, concluiu que o mau desempenho regulatório da Agência e a ineficácia de sua atuação decorria em grande medida do caráter excessivamente prescritivo e detalhista de seu marco regulatório, baseado, em grande medida, nos milhares de Sarp’s da Oaci, mas, principalmente, da estratégia de enforcement e fiscalização adotada, a qual ainda se fundamenta nas tradicionais técnicas de comando e controle (ANAC, 2017).

Desse modo, a fim de enfrentar normativamente o problema diagnosticado, a ANAC editou a Resolução nº 472, de 2018, a qual estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Agência. A Resolução nº 472/2018 denominou as medidas de enforcement de providências administrativas e as classificou em três tipos: preventivas, sancionatórias e acautelatórias.

Ou seja, a grande novidade estabelecida pela referida norma é possibilidade expressa de que sejam adotadas, pela Agência, providências administrativas que não apenas as medidas eminentemente sancionatórias e que essa decisão sobre o tipo de providência a ser implementada leve em consideração critérios de avaliação de risco do requisito normativo infringido e o histórico do regulado infrator.

Ocorre que, segundo a sistemática adotada pela ANAC, esses critérios devem estar dispostos nos compêndios de elementos de fiscalização de cada norma material, os quais devem ser elaborados a partir dos riscos do descumprimento previamente identificados e descritos, bem como prescrever as respostas regulatórias a ser aplicadas em cada caso concreto, desconsiderando o perfil específico de cada regulado. Em outras palavras, ao invés de contar com critérios mais amplos, que estabeleçam apenas diretrizes que orientem a atividade de *enforcement*, a ANAC optou por positivar os critérios nas portarias de compêndio

de elementos de fiscalização, que prescrevem, para cada norma material (uma portaria por norma), a medida a ser exatamente adotada no caso da detecção de cada tipo de irregularidade possível.

Assim, diante da dificuldade de se revisar de forma ampla e profunda o mérito das regras que compõem o marco regulatório do setor, em razão da já mencionada harmonização internacional imposta à matéria, conclui-se que a modernização regulatória a ser implementada pela Agência deve se concentrar na revisão de seu modelo de fiscalização regulatória, de modo a efetivamente adotar estratégias responsivas de *enforcement* que, ao invés de prescreverem de antemão a estrita resposta regulatória a ser aplicada em cada caso, permitam que o regulador avalie o impacto concreto da inobservância da regra e, principalmente, que leve em consideração o comportamento e postura do regulado, não apenas em relação ao cumprimento isolado de uma medida, mas em relação ao marco regulatório como um todo.

Vale ressaltar que a atual estrutura normativa que disciplina a fiscalização regulatória e o processo sancionador no âmbito da ANAC não veda ou impede, *per si*, a implementação de um modelo regulatório responsivo no âmbito do setor de aviação civil, tampouco impõe que o aspecto sancionatório da atividade reguladora de conformação de condutas seja privilegiado. Ao contrário, conforme demonstrado, a Agência empreendeu grande esforço nos últimos anos para adequar a sua atuação aos preceitos da Teoria da Regulação Responsiva, incorporando, inclusive, regras e diretrizes expressas nesse sentido.

Além disso, mostra-se fundamental investir também na mudança da cultura regulatória de comando e controle que ainda tão fortemente permeia a atuação da Agência, de modo a permitir que as alterações promovidas nas regras de *enforcement* regulatório sejam internalizadas e verdadeiramente aplicadas pelos seus servidores, em especial por aqueles que atuam “na ponta”.

### 2.1.4.1 Os compêndios de elementos de fiscalização: da promessa à realidade

Conforme visto acima, o projeto “Gestão da Fiscalização”, criado em 2013 e implementado em 2015 (já no contexto do Plano Estratégico 2015-2019), mudou o modelo de gestão da fiscalização da ANAC, criando a figura do elemento de fiscalização (EF). Nos termos da Instrução Normativa nº 81/2014, o elemento de fiscalização é “um conjunto de informações dispostas em campos definidos e padronizados, que tem o objetivo de desdobrar dispositivos normativos de cumprimento obrigatório por entes regulados da ANAC em elementos passíveis de serem fiscalizados.”

Ou seja, o elemento de fiscalização funciona como um elo entre as atividades de regulamentação e fiscalização: trata-se da tradução do requisito normativo para o check-list de fiscalização. Desde então, toda norma publicada pela ANAC deve conter um compêndio de elementos de fiscalização, o qual explica para os inspetores como essa norma deve ser fiscalizada, funcionando como ligação entre os processos de regulamentação e de fiscalização da Agência.

É verdade que, por atuar na regulação de um setor tão sensível a requisitos de segurança, cuja inobservância pode colocar em perigo a vida de pessoas, a ANAC deve preocupar-se em adotar uma postura regulatória mais prescritiva em relação às obrigações regulatórias e mais rigorosa em relação ao controle e fiscalização do seu cumprimento. Nesse sentido, é digno de reconhecimento o esforço empreendido nos últimos anos pela Agência na elaboração de diversos compêndios de elementos de fiscalização que buscam orientar e vincular a atuação de seu servidores, principalmente daqueles que atuam nas atividades de inspeção.

Ocorre que, se por um lado os elementos de fiscalização conferem essa segurança jurídica tanto ao regulador quanto aos regulados acerca das questões objeto de avaliação e facilitam e simplificam a realização das ações de controle, uma vez que estabelecem de antemão o comportamento esperado e a resposta



regulatória a ser conseqüentemente adotada em caso de descumprimento, classificando e categorizando a priori e generalizadamente condutas conforme sua gravidade, por outro lado, o instrumento automatiza o processo, retirando totalmente a liberdade e flexibilidade do regulador e, em última análise, a sua própria capacidade de exercer a regulação.

Em outras palavras, os elementos de fiscalização, ao desconsiderar o comportamento do regulado como fator determinante para a definição da resposta regulatória a ser adotada pelo regulador, na contramão do quanto propugnado pela Teoria da Regulação Responsiva, a qual defende a possibilidade de o regulador valer-se de diferentes medidas, persuasivas e dissuasórias, conforme o comportamento cooperativo ou adversarial do regulado, acabam por impedir que o regulador defina responsivamente, no caso concreto, qual a melhor estratégia e abordagem regulatória para obter, face ao perfil específico de comportamento de cada regulado, a conformidade buscada.

Ademais, os compêndios de elementos de fiscalização, uma vez estabelecidos, se petrificam, não sendo submetidos a revisões e atualizações periódicas que confirmem a necessidade, utilidade, conveniência e acerto do foco regulatório adotado, como, por exemplo, se as questões avaliadas mantêm relevância ou se contribuíram para o bom desempenho da regulação e para a consecução dos resultados regulatórios visados.

Outrossim, a sistemática de fiscalização regulatória baseada nos compêndios em exame parece não estar associada a um processo de planejamento estratégico de acompanhamento e controle que, fundado em uma abordagem analítica de risco, defina seletivamente as ações prudencias e prioritárias a ser adotadas.

Por fim, deve-se lembrar que, ao desenhar a pirâmide, o regulador deve ter em mente o fato de que diferentes atores regulados apresentam comportamentos e características distintos e, por conseguinte, em não raras vezes, demandam constrangimentos particulares de acordo com eles. Assim, cada caso, setor, ambiente institucional e cultura regulatória demandará um esforço

inovador da Administração Pública, na montagem dessa pirâmide. É preciso partir, portanto, de um juízo informado e contextual, assim como uma atitude responsiva/ aberta às abordagens, às técnicas e aos instrumentos regulatórios disponíveis.

### 3. A RACIONALIDADE ADEQUADA À REGULAÇÃO E OS PRINCÍPIOS QUE A SUPORTAM

#### 3.1 Acepções do Direito e sua relação com a Economia

A relação entre direito e economia tem os seus marcos fixados em uma encruzilhada que desaguou no amadurecimento de dois modelos contemporâneos e simbióticos: o Estado Democrático de Direito e o capitalismo avançado. O palmilhar desse caminho pode ser claramente percebido no texto fundamental do constitucionalismo atual, a Magna Carta.

A Magna Carta é por muitos considerada apenas um acordo entre barões para reerguer o Rei João Sem-terra, fragilizado por várias derrotas militares e disputas com os nobres. No entanto, esse documento é, em verdade, uma fissura no mundo medieval, em que o rei concedia presença somente a senhores feudais e jamais a plebeus. Com a necessidade de financiamento do tesouro real, foi indispensável ao rei recorrer aos mercadores dos burgos, cidadãos e incluí-los nesse pacto, concedendo-lhes direitos e prerrogativas. Chama a atenção o item 41 da Carta (GATTO, 1996, p. 303):

41. Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país.

Está aí espelhado um modelo de organização social que fincaria raízes profundas. Essa disposição coloca em relevância um papel social universalizado – o de mercador – que protege nacionais e estrangeiros e passa a desfrutar de garantias de liberdade e segurança nas suas atividades de trocas comerciais. Tem-

se aí a referência de um modelo social que irá paulatinamente construir uma sociedade centrada em mercado livre e independente e referida a um decote da cidadania, que é o do indivíduo racional maximizador do seu autointeresse.

A segurança e a liberdade nas trocas e titulação da apropriação de bens conferidas por sistemas de direitos, que são um dos pilares do constitucionalismo, permitiram que a economia fosse constituída a partir de temas e preocupações específicas em torno da resolução da questão da escassez (WANNACOTT e WANNACOTT, 2004, p. 23), resultantes do pressuposto de que os desejos são ilimitados e os recursos econômicos limitados. Surge, então, a necessidade de escolhas dentro de um mercado em que vige a especialização das atividades produtivas graças à monetarização da economia.

Expostos os lineamentos básicos da compreensão dos problemas econômicos nas sociedades ocidentais, uma estratégia didática interessante para abordar o tema é expor as diferentes acepções da palavra direito e suas implicações para a economia. Direito pode ter o sentido de norma, direito subjetivo, justiça, instituição, procedimento e sistema regulador.

Na primeira acepção do direito, entendido como norma, o que se tem é um juízo hipotético condicional, em que se prescreve uma conduta de dever ser como pressuposto para a imposição de uma sanção (KELSEN, 1974, p. 20 e seg.). A norma, formando a unidade básica dos estudos jurídicos, dá lugar a uma forma de estabilizar expectativas, ou seja, de tornar previsíveis comportamentos sociais, específica do direito que é a estabilização contrafática de expectativas.

Luhmann (1983, p. 53 e seg.) expõe a diferença entre estabilização cognitiva de expectativas e estabilização contrafática de expectativas. Na estabilização cognitiva de expectativas, que ocorre por meio da observação cotidiana e das leis das ciências naturais, para que uma generalização permaneça válida, ela tem de ser confirmada por uma ocorrência efetiva que demonstre a sua validade. Em outras palavras, a lei de causa e efeito que estabelece que a água

entra em ebulição a 100 graus célsius, em condições normais de temperatura e pressão, para ser considerada como válida depende da sua verificação em experimentos.

Já o direito estabiliza expectativas, tornando previsíveis comportamentos, a partir de uma outra forma de raciocínio. Uma norma jurídica para permanecer válida não depende da verificação de sua observância na experiência. O que confirma a validade de uma norma jurídica é a imposição de uma sanção. É dizer: não observada a prescrição contida em uma lei, o que mantém a sensação de vigência do direito é o ato simbólico de punir.

É justamente pelas diferentes formas de estabilizar expectativas que direito e economia mantêm uma imbricada tensão. A economia depende da estabilização contrafática do direito para a garantia e segurança da propriedade e dos contratos. Todavia, as leis que tratam da resolução da questão da escassez são estabilizações cognitivas de expectativas, já que a ciência econômica organiza-se com base em leis de causa e efeito e de probabilidade.

Um exemplo para entender essa dinâmica é o tabelamento. No tabelamento de preços, o Poder Público estabelece como inválidos os contratos que tenham preços acima dos limites fixados legalmente, punindo os infratores. Todavia, a estabilização cognitiva de expectativas da economia leva a um comportamento que potencialmente frustra os objetivos do controle de preços. Pelas leis econômicas, um produto vendido abaixo do equilíbrio entre oferta e demanda gerará uma forte procura, o que significa uma sobredemanda não atendida. De outro lado, se os limites máximos de preços estiverem abaixo dos preços de custo, o agente econômico será obrigado a interromper a produção.

Isso mostra que os estímulos jurídicos não produzem efeitos lineares na economia. Leis estabelecendo limites de preços não produzem necessariamente o conforto econômico desejado pelas autoridades para os consumidores. O que se tem é um resultado de leituras diferentes. O direito para a economia sempre será

lido como custo ou benefício, e é esse enfoque que ditará o comportamento dos agentes econômicos. É improvável que empresários modifiquem a sua conduta apenas com base em valores morais, como patriotismo, solidariedade, caridade etc.

A conclusão a que se chega é que o direito pode induzir comportamentos econômicos ao utilizar o sistema sancionatório como fonte de estímulos para ganhos e perdas. Assim, o ponto fulcral para a decisão econômica não serão valores morais, mas a compulsão econômica para maximizar resultados.

Outro sentido da palavra direito relevante para aquilatar a relação entre economia e direito é o de *direito subjetivo*. Essa expressão composta evidencia que o direito constitui sujeitos e esferas de ação juridicamente protegidas para estes, como possibilidade “de fazer ou omitir algo” (MAYNEZ, 1991, p. 274). Os papéis sociais universalizados de pessoas naturais e jurídicas e as liberdades que configuram seus espaços de autoderminação dependem de normas e instituições jurídicas que se constroem em torno de um sistema de direitos.

Dentro desse sistema de direitos, é que se inscrevem liberdades fundamentais como o direito de propriedade e a liberdade de contratar sem os quais a economia de mercado sequer seria cogitável. Para que haja trocas, é necessária a clara e segura titulação da fruição econômica dos bens, o que se dá pela propriedade, assim como é preciso que a transmissão voluntária desses direitos possa ocorrer por meio da livre contratação. Sem esses pontos de apoio, não é possível uma economia de trocas intensivas. Daí que contrato e propriedade sejam acoplamento estruturais entre Direito e Economia (LUHMANN, 2004, p. 390-412)

No mesmo sentido, são os direitos subjetivos que constituem as pessoas como iguais em dignidade, respeito e consideração, permitindo que exerçam a sua autonomia. É dentro do espaço de autonomia legítima que o sujeito de direitos

pode escolher atuar de forma racional e egoísta para maximizar o seu autointeresse. Em outras palavras, o sujeito de interesses, que é uma unidade organizatória da economia, só é possível dentro de um espaço juridicamente tutelado, que é o sujeito jurídico, que pressupõe uma zona de indeterminação em que se exercem escolhas válidas, especialmente as de fruição de bens com os mais diversos objetivos, inclusive a acumulação de capital.

Assim, a autoderminação do sujeito de direitos permite escolhas egoístas legítimas. Todavia, uma sociedade constituída nessas bases, como os Estados Liberais europeus do século XIX, leva a uma integração social improvável. É um paradoxo evidente que a integração social tenha como fundamento o egoísmo. Foi no âmbito dos próprios direitos subjetivos que houve a solução para essa incoerência. Houve uma extensão metonímica e os direitos subjetivos alargaram-se para passar de liberdades formais para a igualdade material, como densificação da solidariedade.

O capitalismo tem como base uma desigualdade constitutiva que é assimetria de capital/trabalho (HABERMAS, 2002, p. 40-42), em que poucos detentores dos meios de produção assumem uma posição proeminente na determinação econômica de uma vasta massa que só tem como bem de troca o próprio trabalho. Esse desnível alçou os direitos subjetivos para o âmbito dos direitos sociais. A integração na sociedade capitalista não pode limitar-se à improbabilidade dos laços do egoísmo. São necessárias compensações redistributivas que possam proteger papéis sociais fragilizados como o de trabalhadores, de pobres, de consumidores etc.

Por isso, os direitos subjetivos são uma condição de possibilidade da própria economia de mercado. Não é possível a realização de trocas intensivas e indeterminadas sem a segurança de liberdades, como a propriedade e a de contratar. Em uma linha de expansão, as insuficiências de integração de uma sociedade capitalista, assentada na fruição egoística de direitos, são

contrabalançadas com redistribuições compensatórias que possibilitam o reforço de laços de solidariedade por meio dos direitos sociais.

Um terceiro sentido da palavra direito é o de justiça. A concepção do direito como um dado existente ou um modelo positivado é claramente insuficiente para sociedades democráticas, pluralistas e pós-tradicionais. O direito exige legitimação por critérios de conteúdo que constituam alternativas de crítica transcendental na busca de uma sociedade e de um futuro melhor. O justo é uma ideia reguladora do legal (RICOEUR, 2005, p. 15). É justamente aqui que está o ponto de apoio para uma relação legítima entre direito e economia.

O egoísmo pode tornar-se uma virtude quando configura-se como um impulso legítimo para a conquista de uma vida melhor, seja para si, seja para os outros. O direito não pode encerrar a sociedade em uma ordem dada. É preciso que abra horizontes de ordenação social mais atraentes. Como a justiça é uma virtude que se exerce fundamentalmente em prol dos outros, ela exige inarredavelmente solidariedade e empatia.

Todavia, não está errada a ideia de que a eficiência, como maximização de riqueza, pode ter um valor moral e ser um critério de justiça. É certo que não pode ser o único. Algo que sobressai em todas as Constituições ocidentais após a Constituição de Weimar, em 1919, é o desenho, no texto constitucional, de uma ordem econômica desejada diferente daquela existente. Os textos fundamentais a partir de então vão colocar como tarefa central para o Estado não só a constituição de uma sociedade igualitária, mas principalmente mais próspera. Está, portanto, dentro da concepção transcendental de validação do direito, a justiça, o imperativo de busca de uma sociedade mais próspera, o que exige do direito uma ordenação da economia apta a gerar o aumento de riqueza social.

Um quarto sentido da palavra direito é o de instituição (HABERMAS, 1988), como estrutura social dotada de permanência, ancorada em saberes, regras e pessoas. Como se está vendo, o direito é uma realidade multiforme, mas a sua



estruturação em um sistema de normas é o que possibilita a existência de diversas outras instituições sociais fundamentais para uma economia de trocas, como o Estado, o mercado e a moeda, que têm uma marcha interdependente na história ocidental.

A própria distinção entre direito privado e direito público revela essa caminhada em uma sociedade que estruturou as relações de poder a partir de uma ordenação jurídico-burocrática como ambiente propício para as relações de mercado. O direito público tratava fundamentalmente da organização e limitação das autoridades na sua relação vertical com os particulares, ao passo que o direito privado estabelecia a dinâmica da propriedade e contratos, como condição de constituição e manutenção do mercado. De igual modo, a moeda nacional não só ancorava o seu valor de troca em políticas monetárias efetivadas pelo Estado, mas também em institutos jurídicos como o de curso forçado, em que a moeda nacional é o único e exclusivo meio de pagamento jurídico legítimo nas obrigações executáveis no território nacional.

Um quinto sentido da palavra direito é o de procedimento (LUHMANN, 2004, p. 470). Não só no sentido de processo judicial, mas principalmente de sequência de atos que produzem uma manifestação de vontade válida, especialmente uma decisão. Isso também vale para o direito material, como é exemplo o direito das obrigações, em que é necessário o estabelecimento do tempo, modo e lugar do pagamento para quitação de uma dívida, como sequência de atos estruturados legalmente. O mesmo vale para a propriedade imobiliária, em que se estabelece a escritura pública como forma legalmente exigida e o registro no cartório de imóveis para certificação da titularização da propriedade. No que se refere aos processos judiciais e administrativo, a sua importância também é significativa, já que são ritos viabilizadores de contraditório e ampla defesa, como meio de legitimação para produção de consenso diante de dissensos. O cálculo na economia depende de referências e segurança nas manifestações de vontade, como

exercício da propriedade e da liberdade de contratar, o que se obtém em grande medida por meio de procedimentos legítimos.

### 3.2 Racionalidade condicional

Historicamente, o relacionamento entre direito e economia, como sistemas de ação social estruturados com a modernidade, ocorreu em paradigmas de Estado distintos. Um desacoplamento pleno da economia, como sistema social, ocorreu apenas no final do Século XVIII, com a consolidação das Revoluções Liberais nos Estados Unidos e na França.

Nesse cenário, o Estado Liberal trouxe uma contenção interna do poder e do governo, levando em conta que, pela ideologia, o governo deveria ser frugal para moldar-se a ao mercado, regido por leis quase-naturais. Às autoridades cabia um governo competente e parcimonioso para adequar-se à economia, como instância de verificação (FOUCAULT, 2008, p. 42). Outro aspecto é que o mercado constituiu um mecanismo liberal de distribuição de bens, baseado na busca racional e egoística da satisfação do autointeresse, levando a uma integração sistêmica da sociedade pelo dinheiro como meio que se configurou paradoxal e instável.

Já o Estado de Direito, contemporâneo ao Estado Liberal, configura uma contenção do poder pelo direito formalizado, que é indispensável para o surgimento do mercado. O Estado moderno é um Estado do Direito (GOYARD-FABRE, 2002, p. 209), mas o Estado Liberal depende de um tipo de racionalidade jurídica, que tem um dos seus pontos de apoio nas leis positivadas, como veículo da vontade do Estado, e também nos moldes de direitos subjetivos, oponíveis inclusive ao Estado, como invólucro de interesses autodeterminados pela cidadania burguesa. Não se tratava apenas de instituições jurídicas adequadas a uma economia capitalista, mas sobretudo constituidoras de um estatuto de proteção ao cidadão, como espaço para a livre constituição da personalidade. A

proteção de direitos como a liberdade, a propriedade e a igualdade formal constituiu um âmbito de integração social legítima, com a constituição de âmbitos de exercício autônomo de entendimentos, permitindo que os indivíduos perseguissem racionalmente e maximizassem o seu autointeresse.

O Estado Liberal situou-se na confluência da filosofia política do jusnaturalismo, em que se destacavam a sociedade civil, o contrato social e a sacralidade da propriedade e da economia política no século XVIII. Foi o resultado da transformação da sociedade feudal da primeira modernidade na sociedade de mercado capitalista. Ele inscreveu-se em um cenário de forma jurídica em que se objetivava impedir medidas particulares e individuais, típicas do poder de polícia do absolutismo, para constituir um ambiente favorável para uma economia governada, mas autônoma. Nesse contexto, o Estado de Direito foi muito mais uma questão de técnica governamental do que exatamente de legitimação política.

A evolução do sistema capitalista foi acompanhada de um desenvolvimento social em que se acentuou a diferenciação entre os sistemas sociais, especialmente a economia e o sistema político-burocrático. Foi após as revoluções liberais, como a Revolução Gloriosa na Inglaterra e a Francesa, que essa autonomização entre o sistema jurídico, o sistema político-burocrático e o sistema econômico tornou-se mais perceptível.

Para que essa separação ocorresse, uma nova razão interna apresentou-se como estratégia de governo. O mercado passou a ser uma instância de verificação, com leis quase-naturais, que deveriam ser respeitadas inclusive pelo Estado. O governo pautava-se por cálculos racionais de utilidade, medindo as oportunidades de agir e não agir. O governo tornou-se frugal, contendo-se, para ser adequado à dinâmica da economia. Essa limitação governamental não era fruto tão somente de limites externos, impostos pelo sistema jurídico, em termos de Estado de Direito, mas sim interna à racionalidade de governo que deveria ser adequada aos imperativos de uma economia autonomizada e, portanto, com leis próprias.

Nesse ambiente, ocorria um contínuo questionamento da norma e da intervenção. O Estado Liberal põe a questão “por que legislar?”, já que a economia tem suas próprias leis quase-naturais. Por isso, uma constante crítica que se desdobra em: “quem tem autoridade para normatizar?”; “em que condições isso é adequado?”. Respostas passam a ser dadas em termos técnicos, sejam jurídicos, econômicos ou de outra ordem de expertise. Era uma nova relação entre governo e saber. O governo devia manejar fatos (registros numéricos, teorias, diagramas, reforma sanitária, currículo escolar etc.) e técnicas (partidas dobradas na contabilidade). Especialistas passaram a falar em nome da sociedade (sociólogos, estatísticos, epidemiologistas, cientistas sociais etc.). Ganharam importância aparatos para gerir, produzir, circular, acumular, autorizar e realizar verdade: academia, institutos de pesquisa e burocracia para tornar dóceis os indomados domínios sobre os quais o governo deve se exercitar (BARRY, 1996, p. 44).

A decisão econômica ficou reservada principalmente aos agentes privados. Fixou-se com isso a delimitação entre a atividade política e a econômica. A sociedade econômica, que estava circunscrita à atuação espontânea dos mecanismos de mercado e institucionalizada em termos de direito privado, assentado na propriedade e nos contratos, deveria estar separada do Estado.

Houve, então, uma nova especificação dos sujeitos a serem governados. Eram indivíduos ativos em conformar a sua própria conduta, devendo ser respeitados a liberdade, a autonomia e os direitos dos indivíduos. A arte de governar liberal era gestora de liberdade, produzindo-a e consumindo-a dentro de um processo econômico em que se afirma o novo sujeito de interesses, o *homo oeconomicus*, movimentando-se no espaço do mercado.

Assim, em espaços juridicamente definidos pelo sujeito de direitos, apresentou-se o sujeito de interesses, que exercia suas escolhas e preferências que eram irreduzíveis e não transferíveis, em face da fixação de um espaço de não intromissão garantido pelo Estado. O mercado era o âmbito em que esses interesses encontravam-se.

A intervenção do Estado, inclusive pelo direito, deu-se justamente para que esse sujeito de interesses, que ocupava boa parte do espaço da cidadania burguesa, pudesse afirmar-se e exercer suas escolhas. O Estado tornou-se uma instância de cálculo de risco e segurança para que, nos âmbitos delimitados de liberdade, interesses fossem protegidos e realizados. É o que se denomina intervencionismo negativo que delimita um mercado supostamente autorregulável.

O Estado de Direito, ambiente do Estado Liberal, é uma limitação externa da soberania, remetendo a ideia de dominação à lei e a proteção do direito por um Judiciário independente. Ao passo que, no Antigo Regime, um elemento central era a razão de Estado, como expressão da potência do soberano, o Estado de Direito voltou-se para a proteção dos interesses do cidadão (HABERMAS, 2010, p. 313), inclusive contra as autoridades e suas eventuais arbitrariedades.

Foi uma segunda expansão de juridificação em que ocorreu a limitação constitucional do Poder Executivo, que até então encontrava-se limitado apenas pela lei e pelo exercício burocrático do poder. Os indivíduos privados passavam a desfrutar de direitos públicos subjetivos, acionáveis judicialmente, contra o soberano. A proteção judiciária da liberdade, da propriedade e da segurança, enfim do estatuto jurídico, estava no cerne do Estado de Direito.

Direitos como vida, liberdade e propriedade não eram mais apenas efeitos colaterais de um mercado institucionalizado pelo direito privado, mas também normas constitucionais moralmente justificadas, com reflexos por toda a estrutura de dominação. A uma ordem burguesa de direito civil agregou-se um aparato de controle de poder com base no princípio da legalidade que formou o cerne do Estado de Direito, limitando especialmente a Administração.

A ideia de liberdade burguesa estava no fundamento da Constituição. A liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade contratual e a liberdade de comércio eram esferas da sociedade. Eram zonas de neutralidade, constituindo

reservas de intervenção do Estado, para permitir aos indivíduos o exercício de sua autonomia e de seu poder de autodeterminação, realizando, como agentes de mercado, o seu próprio interesse.

A autoridade deveria agir sob a legalidade estrita, dentro de um direito formalizado, não podendo fazê-lo contra, *praeter*, nem *ultra legem*. A ordem jurídica privada era coordenada de tal forma que a dominação se consubstanciasse em domínio da lei, encadeada hierarquicamente tendo seu ápice nas leis constitucionais que erigiam uma cadeia de subordinação em que as leis ordinárias sobrepunham-se a atos administrativos normativos, ordenados segundo a gradação da autoridade que os editara. Era a organização racional e sistemática de um direito impessoal, em que as normas, especialmente as legais, deveriam ser positivadas, gerais, abstratas, prospectivas, conhecidas, certas e aplicadas de maneira equânime (GALVÃO, 2014, p. 241).

O direito formal do Estado de Direito foi propício ao desenvolvimento do capitalismo em face de “seu relativo grau de calculabilidade” (TRUBEK, 2007, p. 168) e de “sua capacidade de desenvolver provisões substantivas – principalmente relacionadas à liberdade de contratar – necessárias ao funcionamento do sistema de mercados” (TRUBEK, 2007, p. 168). A concepção de direito como ordenamento formal possibilitava o cálculo de custos e benefícios para o exercício da atividade econômica, ao tornar o exercício do poder abstratamente previsível e, portanto, planejável financeiramente. De outro lado, o contrato concebido como acordo de vontades deixava para o exercício da liberdade a determinação de seu conteúdo e substância, fornecendo um invólucro jurídico para as relações voluntárias de trocas.

A instauração de uma sociedade entre cidadãos-burgueses idealmente concebidos como livres e iguais deu-se a partir da distinção entre direito privado e público. No âmbito privado, as relações, baseadas na igualdade, seriam horizontais, dentro de um âmbito de indeterminação, em que a ausência de proibição redundaria em permissão. Ao direito público reservavam-se as relações

de autoridade que, como garantia de liberdade, estariam subordinadas à lei, de modo que só seria possível qualquer intervenção se autorizada legal e expressamente. Apenas com a Constituição de Weimar, no século XX, caiu a autarquia do direito privado dentro do direito constitucional, não sendo mais possível opor o direito privado, como reino da liberdade, ao direito público, como âmbito da coerção. Foi o fim da primazia material do direito privado sobre o direito constitucional.

Nessa ordem de ideias, o direito privado baseava-se na premissa de separação entre Estado e sociedade, com a sua elaboração dogmática, densificando a propriedade e liberdade em espaços abstratos para escolha e decisões do cidadão burguês, como liberdade negativa, dentro de uma sociedade despolitizada e centrada na economia. Já o direito público circunscrevia-se à esfera do Estado autocrático (HABERMAS, 2010, p. 478), objetivando frear uma Administração submetida à reserva de intervenção, com a proteção dos direitos individuais, garantidores do status positivo dos cidadãos. Era um Executivo submetido ao império da lei e da sua proeminência em face de quaisquer outros atos normativos expedidos pela Administração.

A racionalidade formal do direito manifestara-se em uma interação entre mercado desenvolvido, um sistema formal de direito privado, um Estado fiscal e uma administração burocrática. Era um cenário de separação do direito e da política, profissionalização jurídica, estrita orientação pela regra, universalismo, precisão e argumentação artificial, acompanhada por um conceito de justiça procedimental (TEUBNER, 1996, p. 30).

Desse modo, o Estado de Direito constituiu um paradigma jurídico em que o status de cidadão estava protegido constitucionalmente por direitos individuais formais, especialmente a propriedade e a liberdade de contratar, como âmbitos de autodeterminação. As relações de autoridade estavam limitadas pela lei e pelo acesso irrestrito a um Judiciário independente. O direito privado assentava-se na separação entre Estado e sociedade, protegendo o cidadão

proprietário em uma sociedade centrada na economia. Esse era um ambiente favorável à calculabilidade necessária ao desenvolvimento do capitalismo. Esse foi um primeiro modelo de relação entre direito e economia, em que o conteúdo econômico do direito estava situado no direito privado, como densificação da propriedade e dos contratos, e o mercado estava protegido de impulsos invasivos do Estado, por meio das limitações formais do Direito Público e dos direitos individuais burgueses.

### 3.3 Racionalidade finalística

O Estado Social desenvolveu-se no início do século XX, representando um novo movimento de juridicização, para pôr freios ao sistema econômico, adequando-o a demandas sociais formuladas no âmbito do mundo da vida. Problemas que surgiram no âmbito das vivências privadas, como nas relações de trabalho, deslocaram-se para a esfera pública, atingindo a formação coletiva das vontades pelos partidos políticos, para formar hipotecas de legitimação.

Na origem do Estado de Bem-estar Social, estava o Estado Social, que se caracterizava por medidas de previsão social tomadas para controlar as consequências deletérias da industrialização. O Estado Social valia-se para o seu desiderato principalmente de estratégias corporativas.

O Estado de Bem-estar Social, que tem o seu melhor modelo nos Estados europeus pós-Segunda Guerra Mundial, com o plano Marshall de reconstrução europeia, não reagiu apenas às consequências da industrialização, abrangendo outras esferas de vivência, e utilizando-se principalmente de estratégias compensatórias que se sobrepunham às corporativas do Estado Social. É que, em uma sociedade complexa, o condicionamento social da ação e do destino humano levou a uma gestão da sociedade em que os infortúnios dos indivíduos consideravam-se imerecidos e atribuíveis a esferas de intervenção sistêmica, tais como o Estado e grandes empresas, aos quais impunham-se deveres



compensatórios dos padecimentos e debilidades individuais (LUHMANN, 1997, p. 31).

O Estado de Bem-Estar Social impulsionou a linha de juridificação garantidora das liberdades. Ele tematizou o sistema econômico, com a constitucionalização de relações privadas, sob uma perspectiva social, que significou, em verdade, institucionalização de mecanismos compensatórios e críticos das relações econômicas situadas no direito privado, com garantia de direitos como salário mínimo, jornadas de trabalho reguladas, restrições à demissão etc. Foi a limitação de poderes irrestritos que antes eram exercidos pelos proprietários capitalistas, com a juridificação das relações industriais e do trabalho, assim entendida como a substituição de um Estado contemplativo por um Estado ativista (SIMITIS, 1987, p. 114).

No contexto do Estado de Direito, a liberdade de fazer ou omitir-se, como expressão da vontade, estava garantida suficientemente com os direitos relativos às pessoas, a proteção contra ilícitos, a liberdade de contratar, o direito de propriedade e a instituição do matrimônio. Essa situação mudou radicalmente com outros ramos do direito, como o direito do trabalho, o direito previdenciário e o direito econômico.

Nesse último cenário, o próprio direito privado passou a estar além da autodeterminação formal individual, servindo à realização da justiça social, em face da insuficiência da igualdade formal e da necessidade de promoção da igualdade material, operacionalizada pela construção de papéis sociais reveladores de relações sociais assimétricas, como, por exemplo, o de empregado e empregador, o de fornecedor de produtos e serviços e o de consumidor, evidenciando situações em que o indivíduo diante de empresas e de grandes organizações sociais estaria confrontado pelo poder econômico e o poder político-burocrático, como imposições concretas de heterodeterminação.

O Estado Liberal e o Estado de Bem-estar Social compartilham uma imagem produtivista de sociedade assentada em uma economia capitalista industrial. Na perspectiva liberal, a economia satisfaria a expectativa de justiça social por meio da persecução privada e autônoma dos interesses individuais. No Estado de Bem-estar Social, a economia domada pela política levaria a uma justa repartição com a entrega compensatória de bens de consumo. Era um reposicionamento da sociedade que buscou ultrapassar a centralidade do mercado como ordem de distribuição espontânea de bens para uma nova organização intencional de sociedade com base em critérios políticos de equalização de assimetrias determinadas por papéis sociais. Em ambos os paradigmas, a questão central é a de satisfação de interesses, seja pela sua busca egoística, seja pela sua entrega compensatória.

Na emergência do Estado Social, o discurso jurídico voltou-se para a fixação de salários e condições de emprego, que estavam na base de uma política reformista que visava à pacificação do conflito de classes. Com isso, o elemento nuclear foi uma legislação trabalhista e social em que se cuidou de cobrir os riscos básicos da existência dos assalariados, inclusive com compensações das desvantagens de posições hipossuficientes no mercado, como consumidores, inquilinos, segurados etc. As sequelas dos conflitos de classe acabaram por se converter no tema das democracias de massas. A adesão da população ao sistema político foi entregue a “ofertas de legitimação sujeitas a falsificação” (HABERMAS, 2010, p. 491), consistentes especialmente em intervenções e prestações compensatórias.

Com a evolução do Estado Social para o Estado de Bem-estar Social, a política social selecionou situações de debilidades extremas para absorvê-las, deixando intactas as relações de propriedade, receitas e dependência. Regulações e prestações estatais dirigiam-se para a consecução de um equilíbrio social por meio de compensações, mas também para a correção de externalidades coletivamente sensíveis, como meio ambiente, cidades, políticas sanitárias etc.

A extensão do Estado de Bem-estar Social ocorreu sob incômodos limites em que os tributos públicos destinados a tarefas de política social estavam restritos a condicionamentos ligados ao funcionamento do mercado e ao seu crescimento. Os tipos de políticas redistributivas deveriam, ainda, adequar-se à forma de uma economia baseada na acumulação de capital. Além do estreitamento vinculado aos problemas sociais, ao Estado se impunha a tarefa de absorver os efeitos disfuncionais do mercado. De outro modo, estaria rompido o equilíbrio de classes ao se pôr em risco os grupos sociais privilegiados. Em suma, tributos, tipo de prestações e a organização da seguridade social tinham de se adaptar ao funcionamento sistêmico da economia e mesmo da política. O processo de acumulação de capital deveria ficar intocado pelas intervenções do Estado que, além do mais, assumia a função de coordenar os riscos e as disfuncionalidades da economia capitalista. Nos países ocidentais, isso constituiu o cerne do reformismo keynesiano.

As normas que circunscreveram o conflito de classes tiveram caráter garantidor de liberdades, moldando-o por meio de estratégias compensatórias. Todavia, isso não se aplica de forma unívoca às regulações de Estado de Bem-estar Social. Os efeitos negativos da juridificação no Estado de Bem-estar Social não se apresentaram apenas colaterais, como os do Estado Liberal. Foi a própria estrutura de juridificação que ameaçou a liberdade dos beneficiários com a implementação burocrática e redenção monetária das fruições sociais com a estrita especificação de pressupostos em forma de tipicidade legal, encerrando em juízos condicionais, situações de vida que são alheias a essa lógica, como por exemplo relações familiares e pedagógicas, que acabaram transformadas em relações sociais de dependência para com o Estado.

Quanto mais densa apresentava-se a rede de garantias formada pelo Estado Social, para absorver os efeitos deletérios de um processo de produção baseado no trabalho assalariado, mais dubiedades de outra ordem apareciam. Os próprios meios garantidores de liberdade a colocavam também em risco. Esse

fenômeno pôs em destaque os limites da juridificação e da burocratização como meios para implantar as políticas do Estado de Bem-estar Social (HABERMAS, 2010, p. 496).

A assunção, por discursos jurídicos e burocráticos, dos riscos da existência teve como preço a intervenção na esfera de vivência dos indivíduos. Em casos como o da percepção de benefícios de assistência e previdência social, o cotidiano dos implicados passou a ter sua casuística violentada, levando a uma distribuição de bens regulada pela estrutura “se-então do direito condicional, a qual resulta ‘estranha’ às relações cotidianas, às causas sociais do caso a ser protegido e às dependências e necessidades que o caracterizam” (HABERMAS, 2010, p. 512).

No Estado de Bem-estar Social, houve uma rematerialização do direito com uma particularização que implicou a extensão do controle legislativo e judicial dos conteúdos contratuais e inserção de preocupações redistributivas no âmbito do direito de propriedade. Surgiu uma crítica reformista ao direito formal burguês e sua referência a uma sociedade econômica institucionalizada pelo direito privado, primordialmente a partir da propriedade e da liberdade de contratar. A autonomia dos indivíduos era percebida, no Estado Liberal, no exercício da busca, dentro do mercado, do seu bem-estar e da realização de seu autointeresse por meio das condutas racionais. A expectativa era a de que, por meio da garantia de um status jurídico negativo, seria estabelecida a justiça social (HABERMAS, 2010, p. 483). No entanto, essa premissa dependia da suposição de que existiram condições não discriminatórias para o efetivo exercício das liberdades.

Ocorre que, para a garantia efetiva do direito geral a iguais liberdades positivas, não era suficiente o status negativo de sujeito jurídico, havendo a necessidade de se introduzir uma nova categoria de direitos fundamentais cuja finalidade era a de propiciar uma distribuição mais justa da riqueza socialmente produzida. Surgiu, assim, uma materialização do direito derivada da consideração

de que a liberdade de fazer ou omitir algo não tinha valor sem a possibilidade efetiva de fazer valer escolhas dentro daquilo que fosse permitido.

As mutações no direito de propriedade e a liberdade contratual foram exemplos ilustrativos. A garantia de proveito material, outrora restrita a um direito de propriedade consistente na fruição patrimonial de coisas, deslocou-se para outros âmbitos de proveitos, como os previdenciários e securitários. De outro lado, o gozo individual protegido pelo direito de propriedade viu-se comprimido por uma heterodeterminação, consistente em cogestões, expropriações, intervenções e deveres de redistribuição em proveito de terceiros.

As mudanças no direito dos contratos também foram muitas, diminuindo a possibilidade de cálculo do proveito econômico, em favor do reequilíbrio de posições assimétricas, como a contratação forçada, os erros, a vulneração positiva do contrato, o direito à informação, a proteção da confiança, o controle dos conteúdos contratuais e diversos outros expedientes que visavam a uma relação de heterodeterminação das relações contratuais.

De outro lado, a sustentação política do sistema econômico por medidas intensamente interventoras teve como efeito um contínuo aumento de sua complexidade, que foi acompanhada de uma expansão e densificação interna dos campos de ação formalmente organizados. Isso explica “os processos de concentração nos mercados de bens, capitais e trabalho, a centralização das empresas e institutos, e também uma boa parte do crescente número de funções que nascem para o Estado e a expansão da atividade estatal” (HABERMAS, 2010, p. 496). Era o alargamento de um complexo burocrático-monetário.

No Estado de Bem-estar Social, o direito, como meio, foi impulsionado por dois movimentos contraditórios: de um lado, a sua configuração como um direito autônomo, positivado, altamente formalizado e profissional; e de outro, por exigências específicas dos sistemas econômico e político-burocrático, a configuração de adequação material aos imperativos dessas duas realidades. Era

um movimento contraditório de autonomia e de dependência, em que, ao mesmo tempo que o direito aumentou a sua consistência, foi obrigado a adequar-se às determinações instrumentalizadoras do poder e do dinheiro. Todavia, as condições de constituição do direito e do poder político acabaram vulneradas quando a política banalizou o uso do direito para os seus fins, dissolvendo a função, a identidade e a consistência próprias ao direito.

Aí destaca-se a emergência de um direito material legitimado por uma regulação direta voltada para resultados, em que se destaca a soberania da finalidade, irrompendo uma crise do direito formal. É a predominância de uma orientação, marcada por padrões abertos e diretivas direcionadas a êxitos.

A materialização do direito vincula-se à juridicização crescente de esferas anteriormente informais, associada ao crescimento do Estado de Bem-estar Social com a intervenção do Estado nas estruturas de mercado organizado, com a seguinte conformação (TEUBNER, 1996, p. 16):

- 1) a racionalidade interna marcou-se pela finalização, em que padrões imprecisos, gerais e abertos sobrepuseram-se a aplicação do direito orientada por regras. No lugar de valer-se de programas condicionais, em que se destacava a estrutura “se, então”, em que se vinculava a descrição abstrata de um fato a uma sanção, os especialistas do direito passaram a valer-se de programas finalísticos, direcionados a resultados, com uma ordenação instrumental de meios a fins;
- 2) a racionalidade normativa deslocava-se da delimitação da esfera privada para a direção, passando o direito a reger comportamentos em vista de resultados a serem atingidos, desaparecendo a figura universal do sujeito de direitos, que é substituída por diversos papéis sociais, como o de trabalhador, consumidor, pobre etc.;

- 3) a racionalidade sistêmica apresentou-se na ordenação das figuras doutrinárias e dos procedimentos como meios de intervenção do Estado de Bem-estar Social, havendo a instrumentalização do direito pela política, que objetivava corrigir as insuficiências do mercado e implementar medidas de compensação social.

O direito apresentou-se como um meio, instrumento, para que a política conduzisse o processo social, definindo objetivos, escolhendo os meios normativos e ordenando condutas concretas, de acordo com programas finalísticos. No Estado de Bem-estar Social, imperava a preocupação com justiça distributiva, em torno do problema da partição de utilidades fruíveis socialmente produzidas, encerrando-se a questão da liberdade dentro de um tratamento do tipo assistencial (HABERMAS, 2010, p. 501), e reduzindo-a ao distanciá-la de preocupações mais amplas vinculadas à emancipação e à dignidade da pessoa humana. Os direitos, que são fundamentalmente relações jurídicas, acabavam reduzidos ao âmbito do ter. A participação cidadã resumia-se a cada um receber a sua parte.

A necessidade de legitimação material pela entrega de bens por parte do Estado de Bem-estar Social acabou por gerar uma hipertrofia de funções teleológicas em que sobressaem diretivas com objetivo de entregar compensações a papéis sociais hipossuficientes, como o de consumidor, trabalhador, pobre, e com o propósito de o Estado tornar-se o principal promotor do crescimento econômico, mediante políticas desenvolvimentistas, dirigistas e intervencionistas. Nesse cenário, o mercado acaba por alocar-se em uma posição subordinada e comandada, reduzindo-se o espaço para a livre-iniciativa e para o direito de propriedade.

Daí a crítica neoliberal que evidenciou a crise desse modelo em que o Estado assumia três tarefas desafiadoras, contraditórias, em movimento de demandas crescentes: a) a garantia formal de preservar propriedade e livre-iniciativa; b) o asseguramento de prestações compensatórias redentoras de papéis sociais debilitados, como primeiro exemplo o de trabalhador; e c) o posicionamento

do Estado como o motor do crescimento econômico. Já no início da década de 80 do século XX, os países de capitalismo avançado realocaram o Estado, diminuindo sobretudo o seu papel como impulsionador do crescimento econômico, procuraram novas estratégias para garantia de propriedade e livre-iniciativa, com a criação e consolidação de mercados por meio de redesenho de estratégias regulatórias mais adequadas a um modelo de capitalismo financeiro, de conhecimento e em rede.

### 3.4 Racionalidade reflexiva e Estado Regulador

De forma semelhante à relação entre Estado Liberal e Estado de Direito, Estado Regulador e Estado Democrático de Direito são feições simbióticas e contemporâneas de um mesmo paradigma. São ênfases distintas: o Estado Regulador revela um modelo jurídico-econômico, ao passo que o Estado Democrático de Direito remete a um modelo político-jurídico. Ambos operam em dimensões distintas da dinâmica social.

O Estado Democrático de Direito desenvolve-se contra relações de dominação que emergem do sistema político-burocrático e do sistema econômico, organizados de uma forma em que o direito sobressai apenas como meio para reprodução sistêmica. O seu desafio central é domar ambos os sistemas, constituindo um veículo de integração social, ao conectá-los como canais legitimadores de entendimento que remetem a um sistema de direitos de inspiração universalista, em que circulam também discursos de moral política.

O ambiente em que se situa o Estado Democrático de Direito é funcionalmente diferenciado, dando lugar a dois sistemas sociais instrumentalizadores e altamente invasivos: o sistema econômico e o sistema político-burocrático. Por isso, é um desafio da sociedade pluralista a manutenção da diferenciação sistêmica. As sociedades contemporâneas não podem prescindir de uma integração sistêmica voltada para a produção e distribuição de utilidades materiais, mas, para que os âmbitos de interação social voltados ao êxito possam



funcionar adequadamente, é indispensável um sistema jurídico que opere reflexivamente, constituindo o Estado Regulador, em que se tenta evitar tanto a economicização da sociedade, como a politicização da economia.

No Estado Democrático de Direito, a democracia não é apenas o governo do povo, mas o seu governo por canais predeterminados e segundo procedimentos predefinidos pelas formas do direito (HOLMES, 1996, p. 201), com o surgimento de uma esfera pública de debates com forte influência sobre os órgãos legislativos. Os discursos jurídicos implantaram-se na forma de voto universal e igual e com liberdades de associação e criação de partidos políticos.

Nesse contexto, não só a divisão funcional de poderes sobressaiu como garantia unívoca de liberdade, mas também direitos de participação política, caracterizados pelo sufrágio universal e liberdades como a de associação ganharam relevo. A divisão de poderes estendeu-se para o estabelecimento da repartição funcional da atividade legislativa, da executiva e da administração da justiça, já que, sob a perspectiva do Estado de Direito, o problema se colocava principalmente na repartição de poderes entre o Executivo e a Justiça (HABERMAS, 2010, p. 509).

A tripartição clássica de poderes reservou precipuamente ao Legislativo a “discussão e o acordo sobre programas gerais” (HABERMAS, 2010, p. 190). Ao Judiciário, por meio de processos específicos, civil e penal, foi conferida a função de decidir conflitos, estabilizando expectativas de comportamentos com a validação e a determinação do direito para o caso concreto. Por último, ao Executivo coube a execução do conteúdo teleológico do direito vigente por uma forma pragmática, estratégica e instrumental de realizar, de forma eficaz, os fins coletivos expressos pela lei, o que lhe impôs uma forma hierarquizada, burocratizada e inquisitorial de atuar.

No entanto, mesmo no Estado de Direito, com a separação entre Executivo e Judiciário, a divisão de poderes já apresentava um aspecto positivo

além do mero controle do arbítrio, que era a especialização funcional, potencializadora da efetividade dos poderes, aumentando sua autoridade. “Ao menos na origem, o Judiciário independente não foi criado para limitar o poder, mas, ao contrário, para aumentar a capacidade do governo de desenvolver suas funções” (HOLMES, 1996, p. 198).

A democracia ganhou com a divisão de poderes, eis que cada um deles tem uma forma distinta de recrutar seus integrantes, o que amplia a variedade e a sensibilidade do Estado como um todo, atribuindo-se outro significado ao equilíbrio entre eles. Não se tratava de um balanceamento estático, mas de mútua interferência dinâmica como reflexo dos estímulos sociais e democráticos.

A distribuição dos poderes possibilitou ao cidadão ter a noção de que o direito e suas leis eram válidos para todos. A dispersão do processo de decisão levou a que nenhum dos poderes por si só pudesse determiná-las. A tripartição de poderes significou deliberação e compartilhamento institucional de decisões.

Passo a passo o Estado Democrático de Direito desenvolveu-se contra as relações de dominação e dependência que emergiram com o aparato burocrático e a empresa capitalista, organizados no âmbito do Estado e da economia, encartados em uma arranjo em que o direito sobressaía apenas como meio. No Estado Democrático de Direito, o direito apresenta-se como instituição que veicula e carece de legitimação. O sistema universalista de direitos subjetivos afirma-se contra estruturas abstratas de dominação que violentam vivências concretas.

Como tentativa de superação das aporias do Estado de Bem-estar Social, o Estado Democrático de Direito parte de algumas premissas: a) a de que está fechado o caminho de volta à sociedade civil liberal e seu direito meramente formal; b) o redescobrimto do indivíduo, a partir da afirmação da dignidade da pessoa humana, que está colocado em risco por um tipo de juridicização instrumentalizadora proposta pelo Estado de Bem-estar Social; c) o projeto de Estado de Bem-estar Social não pode ser interrompido, devendo, em verdade,

prosseguir em um plano superior de reflexão (HABERMAS, 2010, p. 492). A linha mestra é a de domesticar o sistema econômico capitalista com a sua reestruturação social e ecológica por uma via que concomitantemente freie e “adestre” o sistema político-burocrático com parâmetros de efetividade e eficácia, com formas moderadoras de regulação e com controles indiretos. Outro ponto importante é a reconexão do Estado e do direito com formas linguísticas de entendimento, como meio de legitimação.

O Estado Democrático de Direito instaura uma tensão entre direitos oriundos do Estado Liberal e os gestados no paradigma de bem-estar social. É que o direito formal privado realiza liberdades de forma unívoca, canalizando demandas do mundo da vida contra a dominação burocrática. De outro lado, as prestações compensatórias são necessárias para a realização material da autonomia como reequilíbrio das relações assimétricas constitutivas do capitalismo, em que se opõem capitalistas proprietários a trabalhadores subordinados em relações de emprego.

Noutra direção, o Estado de Direito também erra ao reduzir a justiça a uma igual distribuição de direitos, como se estes fossem bens repartíveis. O Estado de Bem-estar Social, por sua vez, amesquinha a cidadania ao configurá-la em uma clientelização hipertrofiada. Um sistema de direitos constituído por cidadãos emancipados que se considerem como iguais em respeito e consideração, com a edificação reflexiva de âmbitos privados e públicos de autonomia, é o que permite a superação das insuficiências dos dois paradigmas anteriores.

O Estado de Bem-estar Social orienta-se predominantemente por critérios de justiça redistributiva, em torno do problema da partição de utilidades fruíveis socialmente produzidas. No Estado Democrático de Direito, essas compensações sociais são o resultado de um direito que tem como objetivo garantir a liberdade e a integridade de cada um, em um recíproco reconhecimento entre os cidadãos informados e esclarecidos.

De outro lado, no modelo de sociedade liberal, o mercado constitui uma quase-natureza, resultado de forças espontâneas que fogem ao controle dos atores individuais. No Estado de Bem-estar Social, desaparece esse caráter quase-natural, sobressaindo-se o Estado controlador e socialmente configurador, de modo que tão logo as variáveis sistêmicas comecem a oscilar além de um certo grau de compatibilidade social, o Estado as atribui como situações de crises, considerando-as um déficit de controle e de regulação.

Do Estado Liberal para o Estado de Bem-estar Social, passa-se de um nível de descrição da ação para um nível de descrição ligado a sistema. Desloca-se de um ponto de referência posicionado no ator individual, dentro de um entorno natural, em que se exerce a liberdade de ação, como responsabilidade por consequências de suas decisões, para outro em que afloram “contextos de um sistema, estatisticamente descritos, sob os quais decisões duplamente contingentes das partes envolvidas, junto com suas consequências, são consideradas variáveis dependentes” (HABERMAS, 2010, p. 488). No Estado Liberal, verifica-se o único, o individual, o pessoal, o concreto, o anedótico, o ocasional, o aleatório, a conduta isolada, imprevisível, o esperar e o ver, dentro de um certo fatalismo. Em contraste, o Estado de Bem-estar Social, é o campo em que está o estatístico, a categoria, o impessoal, o generalizado, a depuração de detalhes, o recorrente, o sistêmico, como parte de uma atividade manejável, controlável, em que impera a planificação mediante seguros e regulação.

O Estado Democrático de Direito instaura uma transição reflexiva entre esses dois pontos de referência, como forma de construção de uma autonomia bipartida como privada e pública. “O substrato para realização do direito não é constituído, nem pelas forças de uma sociedade de mercado que opere de forma espontânea, nem tampouco pelas medidas de um Estado Social que opere de forma intencional” (HABERMAS, 2010, p. 528), mas sim por vias de entendimentos linguisticamente mediados e por influxos de tipo publicístico e democrático que se originam da sociedade civil e do espaço público-político, em

que se situam pessoas na sua dimensão privada com a constituição autônoma de uma configuração única de vida.

Assim, para o Estado Democrático de Direito, apresenta-se um duplo desafio: a domesticação da economia capitalista, em que se mantêm compensações típicas de Estado de Bem-estar Social, e a legitimação do direito e da política, a partir de um sistema de direitos, fundado na dignidade da pessoa humana e que apontam para uma constelação de princípios, como juízos de moral política. Para tanto, a cidadania encontra-se bipartida, na sua configuração como autonomia privada e autonomia pública, bem como os direitos fundamentais são compreendidos em uma tensão que remete à concorrência entre princípios oriundos do Estado Liberal de Direito com princípios de Estado de Bem-estar Social.

**Os programas condicionais, típicos de Estado de Direito, e finalístico, típicos de Estado de Bem-estar, deixaram de ser suficientes em um cenário em que se avolumam normas procedimentais e de organização que se destinam a regular matérias complexas em âmbitos funcionais, com lógica interna própria.** De outro lado, a inserção do direito em um âmbito de racionalidade material, ou seja, finalística, no Estado de Bem-estar Social, instrumentaliza-o e subordina-o a critérios que lhe são estranhos, especialmente os políticos, desfigurando a racionalidade jurídica e gerando uma crise de regulação. Algo semelhante ocorre com a economia e outros sistemas sociais que também pela sua crescente complexidade têm dificuldades de desenvolver uma capacidade normativa de controle e regulação interna (TEUBNER, 1996, p. 38), que não pode ser adequadamente efetivada dentro de um contexto dirigista e intervencionista de racionalidade material, criando interferências para um funcionamento autônomo de tais sistemas, subordinando-os à política.

A partir dessa problematização, o modelo ingênuo do Estado de Bem-estar Social a quem se atribui um largo espaço de ação para imposição dirigista

de sua vontade sobre a sociedade deve ser substituído por um mais realista que o concebe como um sistema entre outros que, dentro de um espaço de ação mais restrito, limita-se a impulsos controladores indiretos. É impossível que um “sistema regulativo central gere um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social” (CANOTILHO, 2001, p. XXXIV).

Por sua vez, Estado Democrático de Direito é uma institucionalização que flui por meio de um direito legítimo, garantindo a autonomia privada, articulando-se com procedimentos e condições comunicativas na configuração discursiva da vontade política como exercício da autonomia política a validar a produção de normas. Ele instaura um modelo plural e reflexivo de sociedade, em que a política institucionalizada como Estado de Direito é um entre vários sistemas sociais.

Todavia, ainda mantém-se uma sociedade de capitalismo combinada com preocupações políticas de bem-estar, em que subsistem formas de dominação, como o controle burocrático racionalizado, “submetendo pessoas nas suas múltiplas áreas de existência à disciplina da autoridade e dos experts” (HABERMAS, 2010, p. 503). A evolução do sistema capitalista acompanha um desenvolvimento social em que aflora a diferenciação entre os sistemas sociais, especialmente a economia e o sistema político-burocrático. As divergências entre esses sistemas sociais agudizam-se dentro dessa dinâmica, gerando crises inevitáveis.

A complexidade das pressões socioeconômicas faz com que os mecanismos jurídicos e políticos não sejam suficientes para satisfazer uma racionalidade material e de resultados. Nesse contexto, o mercado acaba por perder a sua legitimação natural como mecanismo de repartição por causa do processo econômico de concentração e político de intervencionismo. O sistema político toma decisões conscientes de repartição de bens, procurando legitimar-se

pela lealdade das massas, porém em um cenário de difícil gestão econômica, em que se apresentam tarefas contraditórias, como corrigir as deficiências do mercado para permitir o constante crescimento econômico, efetivar redistribuições compensatórias por meio de direitos sociais e garantir propriedade e contratos.

Assim, a sociedade em que se apresentam as pretensões legitimatórias do Estado Democrático de Direito é um cenário de diferenciação funcional, em que estão sistemas altamente operativos, que funcionam em uma lógica instrumental, sobressaindo a necessidade de resultados e uma tendência permanente de crise. O direito aí não opera apenas como instituição, mas também como meio que se confronta com sistemas altamente invasivos, como o econômico e o poder político burocrático (HABERMAS, 1988). Em um paradigma que suceda o Estado de Bem-estar Social, coloca-se o desafio de frear os impulsos intromissivos de uma política interventora que desfigure a autonomia e diferenciação do sistema econômico. É dizer, o direito, em sua feição funcional, tem como desafio evitar a politização da economia, sem, no entanto, cair no exagero oposto, em que incorreu o Estado Liberal, de economicizar a sociedade e conseqüentemente a política.

É uma questão de integração social, mais especificamente sistêmica, que o direito assume dentro de um contexto de extrema diferenciação funcional. Por meio da Constituição, a política e o direito devem normatizar cada um dos âmbitos sociais parciais, mas respeitando a sua autonomia (TEUBNER, 2016, p. 80). A manutenção da diferenciação dependerá de que cada sistema parcial social represente o ambiente decorrente dos outros, devendo haver compatibilidade entre as suas funções e estruturas (TEUBNER, 1996, p. 38). A diferenciação social requer a constante ampliação de mecanismos integratórios entre a sociedade geral e cada um dos sistemas parciais. Isso requer uma integração social descentralizada sem a predominância central de mecanismos político-jurídicos, típicos de sociedades estratificadas. Assim, cada sistema funcional deve acolher em suas estruturas reflexivas limitações correspondentes a essa integração social.

Ao direito, como sistema regulador abrangente de toda a sociedade, referindo-se ao sistema de direitos, ao sistema econômico e ao poder político-burocrático, cabem operações reflexivas que abranjam não apenas a sua função e performance, mas também a de outros sistemas, em uma configuração coordenadora para preservação da integração social.

É isso que se pode chamar de Estado Regulador, em que o poder político-burocrático assume a configuração de um “sistema administrativo protegido diante de partidos e do público” (HABERMAS, 2002, p. 168), configurando um planejamento compreensivo e apresentando-se como “uma autoridade responsável pela expansão do horizonte de possibilidades” (HABERMAS, 2002, p. 168), em que se fundem ciência e administração e que se vale de um direito como meio sobrecarregado por estabilizações cognitivas e imperativos pragmáticos.

O direito como meio assume uma feição responsiva, em que (TEUBNER, 1996, p. 7): a) não é o resultado de uma evolução unidimensional de uma nova racionalidade finalística do Estado de Bem-estar Social, mas de um deslocamento da racionalidade formal para a material, dirigida pelo Estado com objetivo de êxito na distribuição de utilidade, acompanhada de uma reorientação reflexiva; b) representa um impulso da dinâmica interna do sistema jurídico que se abre a estruturas sociais externas, compatíveis com o direito responsivo, em que deve aflorar a dimensão da sua adequação à complexidade social; c) a partir da covariação das estruturas jurídicas com as sociais, confronta-se com os problemas da reintegração dos sistemas sociais altamente diferenciados (Luhmann) ou com a necessidade de legitimação do Estado intervencionista na sociedade de capitalismo organizado (Habermas).

O direito reflexivo do Estado Regulador é uma orientação menos definida que aparece com a crise do Estado de Bem-estar Social, mas ainda remete aos conceitos intervencionistas e aos programas compensatórios. No entanto, a responsabilidade abrangente pelos resultados concretos passa a orientar-se por uma regulação mais abstrata, envolvendo processos reflexivos de outros sistemas.



Fala-se em uma racionalidade reflexiva por ela remeter a autoidentificação do direito como sistema à função de apoio que o direito permite de autoidentificação dos outros sistemas e aos mecanismos autorreferenciais de que a ordem jurídica se serve para manter a identidade e permitir a autolimitação própria, assim como dos outros sistemas, especialmente o político-burocrático e o econômico.

**Na sua racionalidade interna, o direito reflexivo ultrapassa os programas condicionais e finalísticos, fundando-se na constituição de um metanível de estruturas organizacionais, com redefinição de competências de decisão e de controle, com programas procedimentais mais abstratos, para se desvincular da administração material do direito, passando para a coordenação dos diversos atores sociais e, portanto, para meios mais indiretos e abstratos.** São mecanismos reflexivos que não geram necessariamente o conteúdo das decisões, mas fixam as premissas organizacionais e procedimentais para que outros sistemas cognitivamente determinem a substância das normas jurídicas e em que afloram o objetivo de reduzir as deficiências sistêmicas a partir de correções compensatórias. A racionalidade sistêmica é do tipo reflexivo e responsivo, orientando-se pelo problema central das sociedades altamente diferenciadas, que é a integração dos diversos sistemas autônomos, preocupando-se com uma integração social descentralizada. **O seu papel é o de disponibilizar mecanismos de organização e procedimentais para que os sistemas sociais possam manter uma autonomia coordenada.**

O direito do Estado Regulador é compatível com estruturas intrassistêmicas de reflexão: “de um lado, a reflexão dos subsistemas sociais pressupõe processos de democratização e produzem estruturas discursivas; de outro lado, a função primária de democratização não é o aumento da participação, nem da neutralização do poder, mas sim da reflexão intrassistêmica sobre a identidade social” (LUHMANN, 1997, p. 31). O direito reflexivo tem um papel essencial de promover procedimentos e organização de processos democráticos

internos aos subsistemas sociais. Nesse curso, a comunicação jurídica é capaz de fazer transitar interações simples ao nível abstrato de relações estruturadas e organizadas, atingindo as camadas reveladoras da complexidade da sociedade.

É possível que haja estruturas reflexivas operando de modo compensatório. É o caso das cláusulas gerais, como, por exemplo, a boa-fé, que não deve necessariamente ser veículo para estatização do contrato, a partir de uma estratégia intervencionista. Dentro de uma cláusula geral, estruturas contraditórias podem surgir, como, no caso da boa-fé, as advindas da interação entre as partes do contrato, das instituições de mercado, da interferência política, da economia e do direito. A cláusula geral tem como objetivo emular processos sociais dentro do direito, para coordená-los e compatibilizá-los, com a formulação de deveres jurídicos definidos pela autoridade judicial, como, por exemplo, deveres de informação e padrões profissionais.

Pode surgir, no entanto, um déficit de legitimidade e racionalidade a exigir uma melhora cognitiva e procedimental para a formulação de modelos de observação exteriores como meios de comunicação e aprendizagem dentro dos círculos envolvidos, como forma de atingir as associações, as autoridades públicas de controle e a comunidade científica. Um exemplo ocorre no direito societário, em que a empresa pode ser forçada a internalizar conflitos exteriores da sociedade, para acolher interesses dos consumidores, dos trabalhadores e do público em geral, criando estruturas reflexivas internas dentro das empresas que permitam a criação de uma consciência organizacional para sensibilizar as pessoas jurídicas sobre os efeitos sociais da maximização de sua racionalidade própria. É o caso dos mecanismos de *compliance*.

No plano da repartição de poderes, a reflexividade do direito põe como tarefa do legislador parlamentar a tomada de decisões em um metanível, tomando decisões sobre decisões, estabelecendo atores competentes e condições legítimas para realização dos programas legislativos. **É o âmbito do surgimento do direito regulatório**, em que o legislador se desincumbe de tomar decisões em

face de situações em que sua capacidade de precisão é insuficiente. Surge, então, um problema da legitimação, principalmente levando em conta que a miríade de tarefas atribuídas à Administração deixa evidente a ingenuidade de uma administração neutra, submetida aos limites da lei. As questões pragmáticas inseridas no âmbito do Executivo inevitavelmente envolvem questões de moral política, na disputa por bens coletivos e na eleição entre objetivos concorrentes.

Por isso, o administrador, especialmente quando edita normas, não se pode eximir dos discursos de fundamentação e justificação, principalmente levando em conta que a regulação caracteriza-se por um direito escrito em padrões de burocracia e técnica, com sobrecarga cognitiva técnica e científica. Daí que a regulação ocorra especialmente no plano acelerado da expansão do direito com baixo nível de densificação do saber jurídico. Como observa Habermas (2010, p. 513), “quanto mais se recorre ao direito como meio de regulação social e controle político e de configuração social, maior é a carga de legitimação que a gênese democrática do direito tem de suportar.”

A configuração reflexiva do direito leva a um trânsito entre direito formal, direito material e direito reflexivo. Diante da insuficiência da racionalidade material e de resultados para legitimação do Estado, faz-se necessária uma racionalidade discursiva, adensada por critérios normativos veiculados em procedimentos de discussão e decisão, em um espaço que permita a colaboração da ciência, da política e do espaço público, em que estariam inseridos atores como associações, sindicatos e outras entidades e pessoas da sociedade civil, colocando-se como característica marcante a reflexividade. O direito deixaria de desempenhar exclusivamente o papel de meio para os objetivos do sistema político burocrático, colonizador do mundo da vida, passando a se conformar como instituição veiculadora dessa racionalidade discursiva e reflexiva.

Levando em conta que a reflexão jurídica contribui para a integração da sociedade ao mediar a função e a performance do direito, é necessário saber como ela pode ocorrer com um maior nível de densificação e com capacidade

legitimatória ao referir-se a discursos de fundamentação e justificação. A teoria do direito vem reconhecendo modelos jurídicos que, a partir de elementos empíricos, assumem caracteres prospectivos e operacionais, como, por exemplo, os *hard cases* de Dworkin, em que, utilizando-se a distinção entre princípios e regras, o direito, em um modelo construtivista, formula teorias políticas. A partir de um contexto de circunstância, o direito, de um ponto de vista normativo, cria uma realidade própria aplicando o repertório de conceitos inerentes à linguagem jurídica, que leva a uma seleção em que diversos aspectos sociais, econômicos e políticos acabam ignorados e neutralizados.

Isso coloca o direito na posição de assumir a “responsabilidade de um processo de planificação global” (TEUBNER, 1996, p. 49), com verdadeiras análises de política social, o que exige uma competência cognitiva que está além do instrumental jurídico existente. Nesse contexto, **o direito deve assumir-se como apenas um sistema dentro de um complexo ambiente, passando a se servir dos saberes das outras ciências sociais e principalmente autolimitando-se.** É assim que se deve configurar o direito do Estado Regulador para dar conta dos imperativos de integração sistêmica em que sistemas, como o econômico e o político-burocrático, devem ser articulados de forma reflexiva e coordenada, assim como o direito deve reorganizar e refletir sobre si próprio, construindo autolimitações e procedimentos com canais principiológicos que lhe deem consistência, fundamentação.

Como se vê, a relação entre direito e economia passou, a partir das Revoluções Liberais, por ter paradigmas básicos: o do Estado Liberal/Estado de Direito, o do Estado de Bem-estar Social e o do Estado Democrático de Direito/Estado Regulador. Em cada um dos três houve uma configuração de direito econômico.

No Estado Liberal/Estado de Direito, o Estado agia frugalmente, portanto, intervindo negativamente e constituindo, preservando e mantendo o mercado, regulado especialmente em termos de direito privado. Propriedade e

liberdade de contratar eram direitos individuais centrais, sendo oponíveis contra as autoridades, que deveriam limitar-se por uma submissão estrita à lei formal, que se erigia em uma posição de proeminência, sobrepondo-se a todos os atos administrativos que deveriam conceder-lhe precedência e pertinência estrita, e de reserva, em que a inovação de deveres estava inexoravelmente adstrita à Lei editada pelo Parlamento.

No Estado de Bem-estar Social, os fins políticos conformaram um direito como meio para o dirigismo, o desenvolvimentismo e o intervencionismo, em que emergem conteúdos materiais e teleológicos, revelando uma preocupação com a entrega de resultados compensatórios de posições de debilidade social. O direito perdeu consistência e coerência ao tornar-se um instrumento para a consecução do crescimento econômico, da entrega de utilidades redentoras de desigualdades e, ao mesmo tempo, em uma tarefa contraditória, de garantia de propriedade e contratos. O direito formal subsistiu em tal contexto, comprimido por objetivos de política econômica e por atos administrativos vazados em âmbitos de competência discricionária, que, em verdade, não guardavam pertinência com conteúdos legais, mas sim com fins políticos. Ao mercado reservou-se um papel subordinado aos imperativos de direito público e especialmente de dirigismo político.

Há na passagem do Estado de Bem-estar Social para o Estado Democrático de Direito/Estado Regulador uma crise no direito que não é apenas quantitativa, em função da vasta intervenção do Estado, mas também qualitativa pela falta de legitimação do direito produzido. A legitimação do Estado dá-se, no âmbito do Estado de Bem-estar Social, pela efetividade do poder político com a entrega de prestações materiais, o que reduz o direito a um meio, hipertrofiando a esfera instrumentalizadora do sistema político-burocrático.

Por sua vez, o modelo de agências reguladoras foi adotado nos Estados Unidos, nação que tem o liberalismo como princípio fundador, com o claro desiderato de circunscrever a intervenção do Estado numa economia

centralmente referida ao mercado. Por isso, reconstituir o quadro em que encartada mentalidade governamental liberal, que impulsiona a mudança para os novos paradigmas, revela-se com um passo relevante para a compreensão da regulação.

No paradigma liberal, o Estado continuava expandindo-se e aprofundando-se, mas o eixo era a frugalidade do governo, questão central para o liberalismo. A racionalidade do Estado exercia-se por cálculo, em regime de verificação, que tinha o mercado como local privilegiado. A razão liberal estabelecia um campo de preocupações tão técnico quanto político ou ideológico. Sociedade, mercado e Estado eram realidades distintas, mas alinháveis por meio de técnicas e invenções. As ciências sociais eram um tipo de solução para as ansiedades aí resultantes entre a sociedade e as autoridades públicas.

O padrão liberal, como técnica, foi operacionalizado pela capacidade de especialistas de tornar administrável a relação entre Estado e mercado. A segunda metade do século XIX viu o surgimento de cientistas, engenheiros, servidores públicos, médicos, para dentro de um novo *ethos*, formularem regras. Era uma sociedade dependente da *expertise*, como autoridade decorrente de uma demanda de neutralidade e eficácia ao conhecimento.

A partir do século XVIII, a segurança torna-se crescentemente um tema técnico da razão de governamentalidade. As formas jurídicas e da disciplinas agregam-se, numa sociedade de segurança, dirigida a toda a população. A segurança que se combina de várias formas com a disciplina, o direito e a soberania trabalha com uma série de eventos possíveis ou prováveis, efetua cálculos de custo e benefícios, agrega novos elementos de forma centrípeta, ao contrário da forma centrífuga das disciplinas, ao integrar à produção produtores, compradores, importadores, exportadores, consumidores, num mercado mundial, em círculos cada vez mais largos. Não se estabelece uma demarcação binária, lícita e ilícita, mas a especificação de níveis toleráveis e ótimos (GORDON, 1991, p. 20) , num jogo entre *enforcement* e *compliance*.

As estratégias biopolíticas de gestão de uma população de viventes (estatística, censos, programas de aprimoramento, redução de natalidade, controle de doenças etc), procuram tornar inteligíveis âmbitos que o governo precisa conhecer e respeitar. Governo legítimo não será arbitrário, mas baseado na inteligência de aumentar o bem-estar dos indivíduos. O regramento deve ser baseado no conhecimento do que se regra, especialmente as suas regras gerais, como a teoria dos preços, para modelar e guiar para produzir determinados objetivos, respeitando-se a autonomia (ROSE, 1996, p. 24).

É esse o contexto que explica a introdução das disciplinas orçamentárias e técnicas de auditoria nos domínios anteriormente dirigidos por decisão dos representantes políticos eleitos. A democracia representativa cede espaço para as técnicas de *accountability* e outras formas de governar condutas sem intervenção direta, constituindo práticas de auditoria, contabilidade e outras formas de descentralização do poder.

Incrusta-se, como parte central da sociedade, uma máquina econômica para promover prosperidade, que é composta além de empresas competindo num mercado, por estruturas de cálculo econômico, regimes fiscais e técnicas compulsórias de regulação financeira e prestação de contas.

A sociedade não foi apenas dominada por disciplina, rotina e racionalidade. A liberdade, como uma forma de responsabilidade, depende da boa regulação do poder por técnicas, moldando-a numa forma de normalização. De igual modo, a liberdade não é apenas um obstáculo para os governos, ela é constitutiva da tecnologia governamental e de uma racionalidade, que é construída em referência a formas de liberdade construídas, como livre iniciativa e conduta competitiva racional.

O liberalismo avançado deslocou experts do aparato de regramento político para dentro de um mercado governado pela competição, pela contabilização e pela demanda dos consumidores. (ROSE, 1996, p. 41) O governo

não se dá por meio de instituições democráticas da sociedade, mas por escolhas reguladas dos indivíduos.

O indivíduo a ser gerido pelo modelo neoliberal, subjacente a uma configuração regulatória de Estado, é uma empresa de si mesmo e, por isso, cabendo-lhe fazer provisões para a sua preservação, reprodução e reconstrução de si próprio, entendido como capital humano. Mesmo como homem de consumo, esse sujeito de interesses, ao gerir os risco de sua existência, é um produtor, pois produz satisfação para si mesmo. A economia deve fornecer condições para que o indivíduo possa ser um competidor capaz na administração de si próprio. A verdadeira política social é o crescimento que deve permitir um nível de renda que possibilite aos indivíduos contratar seguros, ter propriedade, capitalizar-se etc.

Esse indivíduo a ser governado não é só um calculador egoístico do seu autointeresse, ele é parte de uma sociedade, de uma população biológica, na sua inscrição dentro de um espaço social (BURCHELL, 1996, p. 24). Ele é objeto do governo, mas também parceiro necessário. O governo não pode sobrepor-se a livre conduta racional que governa os indivíduos sem destruir os efeitos que deseja produzir. O princípio do governo requer que os governados se conduzam livremente de acordo com uma certa racionalidade. A liberdade é uma condição técnica, e não um valor organizatório do sonho utopista.

O Estado Regulador tem suas claras raízes na implementação de uma ideia de liberalismo avançado de governo que é “uma reformulação da interface entre Estado e sociedade na forma de algo como um mercado de segunda ordem de bens e serviços governamentais” (GORDON, 1991, p. 36). Nessa ordem de ideias, no neoliberalismo alemão, a liberdade econômica apresenta-se como fundadora, como reguladora e como limitadora do Estado, apresentando-se o mercado como princípio interno de regulação do Estado.

Há, no entanto, uma dissociação entre economia de mercado e o *laissez-faire*. O mercado não é um dado, mas algo a ser construído pelo Estado com uma



estrutura ativa não dirigista, em que se assegure a concorrência e o mecanismo de preço. Sabe-se também que a concorrência é desagregadora e carece de quadro institucional que gere um ambiente de cooperação. Nessa linha, a concorrência precisa ser produzida por uma tecnologia governamental ativa.

A intervenção não é na estrutura dos mecanismos da economia de mercado, mas nas condições de mercado, agindo sobre dados que não são diretamente econômicos, mas que influenciam a economia de mercado. A interferência não deve ser sobre os preços, mas em elementos como a população, técnicas, aprendizagem, educação, regime jurídico etc.

O modelo de Estado Regulador amadureceu na Europa, a partir da importação do modelo regulatório norte-americano e de uma “estratégia altamente contraditória, simultaneamente desmantelando o Estado de Bem-estar Social, antiestatista na sua representação ideológica, mas altamente centralizador e dirigista em várias operações estratégicas” (BARRY, 1996, p. 11). O tatcherismo teve um sentido positivo técnico, com um inventivo e construtivista alinhamento de interesses, poderes, objetos, instituições e pessoas. Refluxo do Estado, mas não como menos, mas sim como técnicas de intervenções dentro de um espaço mais amplo, em que se apresentam entidades autônomas dentro do Estado, com cadeias de responsabilidades distantes do centro, ainda que vinculados com um complexo de alinhamentos e transições.

Dentro da modelagem de intervenção regulatória norte-americana, a Escola de Chicago tem funcionado como crítica ao excesso de governo, defendendo a otimização de mercados e comportamentos, também como razão de governo. O mercado só pode existir dentro de determinadas condições políticas (BURCHELL, 1996, p. 26)

A função da lei é elucidada em outra perspectiva. Enquanto sua forma é proibir ou coagir, a sua função é ser a regra do jogo. A ordenação legal deve favorecer o jogo econômico, permitindo que cada agente econômico, cada ser

racional, maximize suas utilidades. A regulação constitui um programa de sociedade em que haveria “otimização dos sistemas de diferença”, com liberdade para as oscilações e tolerância com os indivíduos e com práticas minoritárias. A intervenção não seria sobre os jogadores, mas sobre as regras do jogo, intervenção do tipo ambiental para maximização de eficiência.

Nessa linha, o sistema sancionatório a operar sobre a mercado deve ser adaptativo, de acordo com o equilíbrio da demanda negativa por infrações e sua oferta, com a definição de um quadro móvel para que os agentes possam jogar, abrindo-se-lhes espaços para a sua otimização de utilidades. O exercício da autoridade deve acompanhar as opções dos jogares, indivíduos regulados, incluindo-as como possíveis e só as rejeitando após uma análise de custo e benefício. A intervenção coercitiva do Estado só tem sentido como um jogo regido pela eficiência, em que o quadro de sanções deve maximizar bem-estar e riqueza, definindo inclusive o papel do Judiciário e do Executivo com base em avaliações de custo-benefício e de êxito para o atingimento desses objetivos (SHLEIFER, 2012, p. 21).

Dessa maneira, a emergência do liberalismo colocou em primeiro plano um novo ator social, o *homo economicus* ou o sujeito de interesses, posteriormente configurado pelo neoliberalismo como um administrador dos riscos da própria existência e um maximizador da própria utilidade. Com isso, emergiu uma nova arte governamental baseada na gestão de uma população formada por indivíduos com tais características, que devem ser tratados como parceiros necessários. Foi o surgimento do fenômeno regulatório, em que sobressaem conhecimentos técnicos para produzir um mercado, em que se deslocam esses sujeitos, num jogo que visa a eficiência.

Para o Estado Democrático de Direito, é sobretudo necessária a produção legítima do direito assentada em uma ordem transitiva e reflexiva entre direitos oriundos das liberdades individuais típicas de Estado Liberal e direitos às prestações materiais típicas de Estado de Bem-estar Social. Cidadãos

informados e esclarecidos devem, por meio de procedimentos válidos e democráticos, reconhecer reciprocamente, pelo sistema de direitos, que são a um só tempo responsáveis pelo destino da comunidade, assim como livres para conformar a sua vida privada.

No âmbito do Estado regulador, não há apenas uma evolução da racionalidade finalística, de direção do Estado, mas um deslocamento da racionalidade baseada na legalidade formal para a racionalidade material, mantendo-se a preocupação com a entrega de utilidades compensatórias, mas dentro de um contexto reflexivo, em que o direito fornece condições para a sua autolimitação, assim como das dos demais sistemas, de forma que todos possam subsistir equalizadamente, evitando-se a economicização da sociedade e a politização da economia, como desvio do Estado de Bem-estar Social. **A racionalidade passa de um nível individual, pessoal, concreto para o impessoal, o estatístico, o sistêmico, dentro de uma visão responsiva, em que se busca a coordenação de atores e sistemas sociais autônomos num alinhamento descentralizado e estruturado por conhecimentos especializados.** É a construção de um metanível de estruturas organizacionais, com redefinição de competências de decisão e controle.

### 3.5 Dignidade da Pessoa Humana, eficiência e responsividade

A dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito ocupa o papel de sobreprincípio, retor do sistema de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, o Estado Regulador, como realidade contemporânea e complementar, tem como princípio organizatório o princípio da eficiência. A articulação desses princípios induz estratégias regulatórias em que os regulados devem ser tratados como parceiros necessários das autoridades reguladoras. A autonomia, ínsita à dignidade da pessoa humana, e a maximização de bem-estar que está no cerne do princípio da eficiência indicam que os particulares devem ser tratados como colaboradores do Estado para persecução dos serviços de utilidade pública.

### 3.5.1 A dignidade humana em Kant

A dignidade da pessoa humana tem em Kant um dos seus principais teóricos. Até hoje o seu pensamento é a principal referência no tema. Para tal pensador, o conceito está vinculado à concepção do ser humano como fim em si mesmo, assim como ao ideal de reino de fins, em que os fins de todos os seres humanos se enlaçariam.

O reino de fins seria um encontro sistemático entre pessoas razoáveis e racionais por regras morais compartilhadas. Isso só seria possível quando todos se tratassem mutuamente como seres razoáveis e racionais, e, assim, como fins em si mesmos. Por isso, cada um não perseguiria apenas seus objetivos egoísticos, porém conferiria relevância ao aperfeiçoamento moral e à felicidade alheia. Aí todos os seres humanos teriam autonomia, pelas leis que editariam e assentiriam que são reciprocamente e universalmente reconhecidas.<sup>49</sup>

Uma qualidade importante do reino de fins é a pertinência do ser humano. Isso é a personalidade moral, que se mostra dotada de dignidade, ou seja, de um valor sem equivalente e por isso absoluto. Kant assim define a dignidade (KANT, 1980, p. 68):

*No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente, enquanto que aquilo que*

---

<sup>49</sup> RAWLS (2000) elabora melhor o significado de reino (domínio) de fins em Kant: “*pelo que quer dizer Kant com um todo de fins em enlace sistemático, também deveríamos ter em conta o seguinte parágrafo. Desse modo, como disse nele, o enlace sistemático característico de um domínio [reino] dos fins surge quando todas as pessoas razoáveis e racionais se tratam a si mesmas e as demais como pessoas e, portanto, como fins em si mesmas. Pela segunda formulação, isso significa que cada qual não só persegue seus fins (permissíveis) pessoais dentro dos limites dos deveres de justiça (os direitos dos homens) mas também dá um valor significativo e apropriado aos fins obrigatórios ordenados pelos deveres da virtude. Esses deveres, para enunciá-los sumariamente, são promover a própria perfeição moral e natural e a felicidade alheia. Adicionalmente, cada qual tem o dever de respeitar os direitos de justiça, pois também isso é meritório e uma obrigação (não um dever) de virtude, conforme o explica Kant.*”

*é superior a qualquer preço, não admitindo nenhum equivalente, tem uma dignidade.*

*Aquilo que se relaciona às inclinações e às necessidades gerais do homem tem um preço de mercado;...; **mas aquilo que constitui a condição necessária pela qual alguma coisa possa ser um fim em si mesma, não tem um valor relativo, ou um preço, mas um valor intrínseco, que é a dignidade.***” (grifado)

O ser humano, por mostrar-se ser racional e agir autonomamente, não tem um preço, muito menos um equivalente. A dignidade é característica da condição humana por ser um fim em si mesma e jamais um meio.

Tratar todos os seres humanos como um fim em si está no centro da dignidade da pessoa humana. O imperativo prático seria o seguinte: “aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa ou na de outra, sempre como um fim em si e jamais como um meio” (KANT, 1980, p. 62). Daí saem várias conclusões:

Em primeiro lugar, o ser humano não pode ser coisificado, transformado em objeto, por ser necessariamente um fim em si mesmo. A pessoa humana é, por isso, indisponível até mesmo por ato próprio (KANT, 1980, p. 61).<sup>50</sup>

Em segundo, a violação de direitos humanos reduz o ser humano a um meio, na medida em que o violador estará utilizando o ofendido como um instrumento para os seus objetivos.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup>KANT, 1980, p. 61: *Mas o homem não é uma coisa, também não é um objeto empregável simplesmente como meio, porque, em todas as suas ações, deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo. Por consequência, não posso absolutamente dispor do homem na minha pessoa para mutilá-lo, danificá-lo ou matá-lo.*

<sup>51</sup> Idem. Ibidem. p. 62: *Eis que em tal caso [atentado à liberdade e à propriedade] é claro que quem viola o direito do homem se propõe a servir-se da outra pessoa simplesmente como meio, sem ter presente que o outro, na sua qualidade de ser razoável, deve ser sempre considerado ao mesmo tempo como fim, em função de ser capaz de assumir-se como fim de sua própria ação.*

Em terceiro, é insuficiente não atentar contra a pessoa humana, sendo indispensável transformá-la nos fins de todas as ações. A humanidade, como um fim em si mesma, deve ser promovida<sup>52</sup>.

Em quarto, o fim natural de todos os homens é a felicidade. Daí que, por reconhecer o outro como um fim em si, cada homem deve tomar os fins e a felicidade do outro, na medida do possível, como os seus fins.<sup>53</sup>

Uma última consequência, não menos importante, é a de considerar que a dignidade da pessoa humana é um princípio supremo limitador de todos os demais, já que para Kant adviria da razão pura e não da experiência.<sup>54</sup>

### 3.5.2 Dignidade da Pessoa Humana e responsividade

Como visto, a autonomia está no centro da dignidade da pessoa humana. Não se pode deixar de lembrar que o seu exercício dá-se em sociedade. Daí a necessidade de um reino de fins em que todas as autonomias se conectam por edição individual de leis universalmente e reciprocamente válidas, de modo que cada um não persegue apenas os seus fins, mas ao de todos os outros. Só há

---

<sup>52</sup> Idem. Ibidem. p. 62: *Em terceiro lugar, no que concerne o dever contingente meritório em si mesmo, não é suficiente que a ação não contradiga a humanidade na nossa pessoa como fim em si mesma, mas é indispensável que seja de acordo como essa. Na humanidade, estão presentes disposições a uma perfeição maior do que as advindas da natureza em razão da humanidade no nosso sujeito; descuidar pode ser compatível com a conservação da humanidade como fim em si mesma, mas não com a promoção desse fim*

<sup>53</sup> Idem. Ibidem. p. 63: *Em quarto lugar, no que concerne o dever meritório em face do outro, o fim natural de todos os homens é a sua felicidade. É certo que a humanidade poderia existir também no caso em que ninguém contribuísse a felicidade dos outros sem diminuí-la; ... De fato, já que o sujeito é um fim em si, necessariamente os seus fins serão, naquilo que possível, também os meus fins para que representação possa produzir em mim o seu efeito.*

<sup>54</sup> Idem. Ibidem, p. 63: *Esse princípio da humanidade de cada ser racional em geral como fim em si mesmo (que é a suprema condição limitadora da liberdade de ação de cada homem, não tem origem empírica; antes de tudo pela sua universalidade, pois abarca todos os seres racionais em geral, no qual nenhuma experiência pode determinar qualquer coisa; depois, porque nesse princípio a humanidade é concebida não como um fim dos homens (subjetivo), mas sim como um fim objetivo que, independentemente dos fins que proponhamos, deve constituir, como lei, a condição limitadora suprema de todos os fins subjetivos, já que advém da razão pura.*

verdadeira autonomia e, portanto, respeito da dignidade humana quando a ação individual leva em consideração todos os outros como fins em si mesmos.

O contrário significa a coisificação dos outros e o uso indevido da autonomia em descompasso com a responsabilidade que lhe é inerente. Em outras palavras, o indivíduo é dotado de autonomia e, por isso, é capaz de conhecer seus deveres e de dirigir seu destino pela sua vontade, conformando a sua conduta a conteúdos objetivos de sentidos obrigatórios, respondendo pelos seus fracassos (RAWLS, 2000). Autonomia implica responsabilidade.<sup>55</sup>

Essa a razão pela qual o Estado não pode, quando afirma a dignidade da pessoa humana, desprezar a capacidade de autodireção da ação em face de um conteúdo de sentido obrigatório, devendo abrir amplo campo para o livre exercício da vontade e, ainda, considerar necessariamente a consciência para aplicação de sanções. Na terminologia kantiana, alguém só pode ser punido se for digno de punição (KANT, 1993, p. 176), ou seja, se tendo consciência de seus deveres impostos por uma ordem legítima, tenha-os descumprido voluntariamente. O sancionamento sem conexão com a autonomia, na linguagem hobbesiana, não passa de mero ato hostil do soberano (HOBBS, 2002, p. 139).

Daí que a autonomia ética mostre-se como a única ideia capaz de transformar o homem em pessoa, ou seja, em indivíduo capaz de dirigir sua vida segundo a consciência de seus deveres perante uma ordem externa a ele próprio. É esta autonomia ética que permite ao direito valer como organização social, não apenas pela força, mas por adesão voluntária de sujeitos de direito conscientes e autônomos. Somente a partir de tal concepção de autonomia ética é que se podem entender os deveres como conteúdos de sentido obrigatórios a membros de uma comunidade.

---

<sup>55</sup> Nesse sentido, RAWLS, 2000, p. 77: *O terceiro aspecto pelo qual os cidadãos são vistos como livres diz respeito a serem percebidos como capazes de assumir responsabilidade por seus objetivos, e isso afeta a maneira de avaliar suas várias reivindicações.*

O direito como uma ordem idealizada, ou seja, de *dever ser*, só pode ser vinculante, caso se compreenda o ser humano a partir de uma id3ia correlata, isto é, como pessoa responsável, dotada de autonomia ética. Nas palavras de Welzel (1977, p. 251), “enquanto a coação converte o homem em mero objeto de uma influência física, faz dele uma coisa entre as coisas, a obrigatoriedade impõe-lhe a responsabilidade por uma ordem em sua vida dotada de sentido, fazendo dele o sujeito conformador de sua vida.” Dever jurídico e pessoa responsável são, portanto, conceitos indissociáveis.

Então, se o direito não quer se transformar em uma ordem terrorista e hostil que vale e se impõe apenas pela força, precisa reconhecer o homem como responsável. Em outras palavras, se a ordem social não quer forçar apenas como poder, mas obrigar como direito, deve reconhecer o ser humano como dotado de autonomia ética. Logo, qualquer sanção só pode ser o resultado do descumprimento voluntário e consciente de um dever. É assim que a dignidade da pessoa humana reconhece o ser humano a um só tempo como sujeito autônomo de direitos e de deveres, evitando a sua coisificação.

Nessa linha, o paradigma do direito regulatório, num contexto de Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, deve ultrapassar o significado formal da lei apenas como enunciação abstrata dotada de generalidade e imperatividade. A compreensão de lei e de qualquer outra norma ou regra exige outras características. É necessário ir além da mera forma e adentrar conteúdos ínsitos à dignidade da pessoa humana. Por isso, qualquer norma deve atender a exigências de conteúdo como coerência, orientação à realização da justiça entre pessoas iguais em dignidade e ainda preocupar-se com sua intelegibilidade e comunicabilidade num discurso dirigido idealmente a todos os sujeitos jurídicos.

É evidente que as leis e especialmente a regulação na sociedade contemporânea marcadas por technicalização, por especialização e pela preocupação de legitimar o sistema político-burocrático criam sérias dificuldades



para atender a tais requisitos de compreensibilidade em um discurso universalista. Um desafio que se coloca para o direito contemporâneo é **como tornar o ordenamento jurídico inteligível e compreensível para possibilitar encará-lo como uma ordem de sentido conformadora de condutas e definidora de deveres abertos a uma adesão autônoma.**

A technicalização do direito e sua utilização instrumental pela burocracia é um risco para a dignidade da pessoa humana, ao introduzir uma tendência de que o regulado seja tratado como meio para o atingimento de políticas regulatórias, enublado a sua autonomia. Há sempre o risco da espiral regulatória, em que, para corrigir insuficiências de uma norma, outras tantas são criadas, o que incrementa a incoerência e dificulta a inteligibilidade dos comandos. De igual modo, a pretensão de que comandos sejam exaustivos e minuciosos minam o âmbito de autonomia e liberdade dos regulados que se veem premidos por uma avalanche regulatória.

Essa acelerada expansão do material normativo para acompanhar a interação entre o sistema econômico e o político-burocrático resulta em uma baixa densificação do saber jurídico e em um déficit de legitimação democrática, colocando em risco a ideia central de dever como adesão autônoma a uma ordem legítima e compreensível.

Daí que a doutrina especializada conceba a regulação como um jogo entre reguladores e regulados, em que o *enforcement* (constrangimento legal) e *compliance* (conformidade) formam um binômio em que a autoridade deve ter em vista as possibilidades colaborativas dos particulares na busca de um fim comum que é a produção eficiente de utilidade pública, valendo-se para tanto de estratégias pedagógicas, de aconselhamento, de persuasão e de negociação, ao aplicar uma regra. **O ambiente regulatório não é um cenário de deveres triviais, mas sim um espaço de sobrecarga de comandos, em que a observância do aparato normativo é, em verdade, uma relação de aprendizado mútuo entre regulador e regulado.** A imposição concreta de

sanções é o fracasso desse processo, com a instauração de um cenário adversarial, com mútuos prejuízos para o regulado e a administração e potenciais perdas de eficiência.

É dizer, o êxito da autoridade reguladora só pode ser obtido na medida em que ela busque fornecer condições adequadas para que o regulado compreenda e internalize como válidas as ordens recebidas. A indiferença da autoridade reguladora no que se refere às condições de *compliance* leva não apenas à frustração do êxito na obtenção das utilidades de interesse público reguladas, como também configura ofensa a dignidade do regulado, que só pode ser obrigado a uma ordem de comandos inteligível, factível e coerente.

Existe, então, a possibilidade de uma mudança na concepção de lei articulada a partir de sua função, que é a de favorecer um jogo entre sujeitos racionais maximizadores de utilidade. O elemento principal para isso é o *enforcement*.

A regulação passa por cinco estágios para tornar-se efetiva:

- 1) a promulgação do marco legal regulatório;
- 2) a instauração das autoridades regulatórias;
- 3) a edição de regras setoriais;
- 4) o constrangimento das condutas dos regulados para que se adaptem à normatização setorial; e
- 5) a conformidade dos regulados diante dos conteúdos das regras e das possibilidades de constrangimento, em que é possível a sua adesão autônoma aos comandos legais, como sujeitos racionais e potencialmente virtuosos.

As duas últimas etapas são o fechamento das anteriores, sendo denominadas na doutrina anglo-saxã de *enforcement* e *compliance*, respectivamente, como um processo mais complexo e abrangente que a mera decorrência da subsunção dos fatos à norma, com aplicação de sanções. É um processo que revela diferentes desenhos de modelos regulatórios, em que “autoridades regulatórias hábeis podem usar a sua discricionariedade para **aplicar regras seletivamente**, assim como para resolver problemas ou para temperar normas excessivamente restritivas” (BALDWIN e CAVE, 1999, p. 97). Constrangimento legal por parte da autoridade, *enforcement*, é um conceito correlato ao de conformidade por parte do cidadão regulado, *compliance*.

O constrangimento legal, *enforcement*, ou mais especificamente regulatório, abrange a persecução e o sancionamento, mas também outras técnicas mais flexíveis, como educação, aconselhamento, persuasão, negociação e arquitetura de mercado. Ele tem um duplo objetivo: conduzir os regulados à conformidade legal, *compliance*, e dosar o exercício da aplicação sancionatória do Estado, de acordo com critérios de eficiência. Nas palavras de Stigler, ele “tem por finalidade obter um grau de conformidade com a regra do comportamento prescrito que a sociedade acredita ser proporcional [eficiente], levando em conta que o *enforcement* é dispendioso” (STIGLER, 1974).

Dentro da regulação, em que um de seus parâmetros centrais de legitimação é a eficiência, não há sentido em punir, sem avaliar os custos da punição, não só para a autoridade regulatória, mas principalmente para o mercado. É um compromisso inafastável da regulação o incremento de utilidade e de riqueza, sendo um contrassenso ordenar um sistema sancionatório que diminua a eficiência do mercado. No âmbito regulatório, a mera retribuição ou prevenção são insuficientes como parâmetros para organização das sanções. É dizer, a gradação das punições, como parte do constrangimento legal, *enforcement*, e a forma de obter a conformidade legal, *compliance*, devem ser ordenadas de modo a obter maximização de bem-estar.

Outro ponto importante encontra-se no fato de que a efetividade do regime regulatório depende das respostas individuais. “O impacto da regulação, como mostram pesquisadores da *compliance*, depende das respostas individuais de empresas e cidadãos” (PARKER e NIELSEN, 2017, p. 217). O *enforcement* não deixa de ser um estímulo, devendo, portanto, ser avaliado de acordo com as reações dos destinatários das normas. *Enforcement* e *compliance* constituem um jogo de mútua observação em que, no âmbito da regulação, há um ponto de chegada comum que é a eficiência na produção da utilidade visada.

Nesse sentido, Ayres e Braithwaite observam que uma antiga controvérsia entre os estudiosos da regulação entre aqueles que defendiam um *enforcement* baseado em punições ou persuasão está superada. A questão que se mantém é quando valer-se de uma medida ou outra, sem ceder à tentação de rejeitar instrumentos punitivos ou restringir-se a eles (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 193 e seg.). Dentre outros motivos, a proposta dos referidos autores é a de que a cooperação por meio da persuasão seja o primeiro passo. A punição como primeira escolha seria contraprodutiva por vários motivos. Em primeiro lugar, a punição é cara e a persuasão é barata. Em segundo, se usada a persuasão como primeira estratégia, mantém-se o lastro de cooperação. Em terceiro, a partir do momento que a persuasão é prévia, ela antecipa a justificativa de uma eventual penalidade subsequente. Em quarto, a punição é fonte de litígios administrativos e judiciais, que exigem esforços adicionais para a sua solução. Em quinto, a punição inicia um ‘jogo de gato e rato’, em que o regulado procurará brechas legais e a autoridade buscará cobri-las com mais normas, ao preço da perda de coerência, com regras cada vez mais específicas que podem embaçar a visão do todo e dos grandes problemas. Um último ponto é que, em mercados de alta tecnologia com rápida mudança, a autoridade não conseguirá acompanhá-los de forma detalhada. Em suma, “a adoção da punição como primeira estratégia é dispendiosa, de difícil manejo e contraprodutiva, ao minar a boa vontade daqueles comprometidos com a conformidade” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 26).

Outro eixo de incentivo regulatório é o reforço da adoção de uma postura responsiva por parte do regulador. O Estado Regulador tem como cenário a sociedade complexa em que a perspectiva de tempo desloca-se aceleradamente para o futuro, não sendo possível estabelecer de antemão quais serão os marcos tecnológicos dos serviços de utilidade pública. Então, a par do estabelecimento de tipos vagos e imprecisos para viabilizar a obtenção de fins visados pela administração, os deveres dos regulados tornam-se ainda mais incertos, pois as inovações introduzidas desafiam uma regulação com padrões fixos de qualidade.

A solução para essa configuração desafiadora dos mercados regulados é a adoção de estratégias regulatórias que se apoiem na cooperação e no diálogo entre reguladores e regulados com objetivo de induzir comportamentos virtuosos. Nessa linha, a intervenção regulatória deve ser feita numa escala em que a atitude preferencial deve ser uma autorregulação cooperativa, em que a autoridade busque primeiro persuadir e só em casos desviantes punir, sendo menos coercitiva ao incentivar a autonomia virtuosa do regulado.

O resultado também seria uma regulação mais legítima, já que as punições seriam antecedidas de procedimentos e diálogos prévios em que o regulado assentiria com os deveres apresentados pela autoridade e ainda com o rol de sanções possíveis em face de suas sucessivas e reiteradas faltas. Em tal modelo, numa postura de cooperação, a autoridade deixaria os regulados colaborativos numa posição de definição menos invasiva de obrigações e passaria a acompanhar com uma postura mais interventora apenas os renitentes. “Então, é uma melhor tentativa apelar para impulsos éticos e depois escalar para a constrição legal para a minoria para os quais o constrangimento legal funciona melhor do que apelos éticos” (BRAITHWAITE, 2008, p. 93). O resultado seria o incentivo de comportamentos virtuosos, resultantes de uma ação autônoma por parte do agente regulado bem intencionado. Essa estratégia regulatória é a que melhor conforma-se ao princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.5.3 Origens do princípio da eficiência

O princípio da eficiência espelha a evolução do sistema econômico e de sua relação com o sistema político-burocrático, ao mesmo tempo, refletindo uma visão ético-moral da sociedade e uma aproximação sobre o indivíduo, constituído sob a proteção de sujeito de direito. Esse princípio reflete a incorporação pelas instituições brasileira de uma forma de gestão da sociedade inspirada em modelos dos países de capitalismo avançado.

Ele espelha uma mentalidade de gestão governamental da economia pelo sistema político-burocrático. Todavia, em suas raízes, estão os pressupostos éticos-morais de uma organização liberal de sociedade, que remetem também a uma concepção antropológica. A sua positivação no texto constitucional deixa muito claro o seu acolhimento como princípio jurídico. O desafio de sua abordagem é palmilhar o seu caráter heterorreferente, mas também organizá-lo, de modo a inseri-lo consistentemente dentro da teoria jurídica. Assim, o primeiro passo é adentrar na sua dimensão ético-moral, para posteriormente apontar para filtros e pontos que permitam lhe dar feições jurídicas.

A consolidação do capitalismo, nos do países que passariam a adotar o modelo liberal de sociedade, coincidiu com o progressivo abandono da ética das virtudes, predominante no pensamento antigo<sup>56</sup> (ARISTÓTELES, 2001; CÍCERO, 2011) e medieval<sup>57</sup> (MACINTYRE, 2001). Esse rompimento com as tradições na resolução de razões práticas levou a que os juízos sobre as condutas humanas se deslocassem de juízos de correção para a tolerância de comportamentos

---

<sup>56</sup> Justamente por isso, é que Aristóteles dedica parte significativa de sua obra a descrever virtudes, como é exemplo o Livro IV da *Ética a Nicômacos*, em que ele trata da liberalidade, da magnificência, da magnanimidade, da excelência moral entre a ambição e o desprendimento, da jovialidade, da afabilidade, da sinceridade, da espirituosidade e da vergonha (ARISTÓTELES, 2001, p. 17 e segs.). É o que também se percebe de Cícero (2011, p. 30): “nada mais correto que uma vida sóbria, severa, casta e frugal”.

<sup>57</sup> É o que pode ser apreendido do afrescos de Giotto, que expressavam o imaginário medieval, com a exposição de pares de vícios e virtudes: prudência/estultícia, fortaleza/inconstância, temperança/ira, justiça/injustiça, fé/infidelidade, caridade/inveja e esperança/desespero. Sobre o tema, vide MacIntyre, 2001.

desviantes na busca de realização de desejos e da satisfação dos instintos. Não mais se tratava de buscar os comportamentos virtuosos, mas de aceitar vícios, especialmente, o egoísmo e a ambição que passaram a ser considerados desejáveis por permitir o acúmulo de riqueza individual com um processo concomitante de distribuição de seus resultados na sociedade por meio do mercado. Autores como Bernard de Mandeville e Adam Smith expressam essa alteração radical de paradigma.

Bernard de Mandeville valia-se da figura retórica dos paradoxos, o que era compatível com a sua visão de que o ser humano era um complexo de impulsos e paixões naturais contraditórias, em que vícios e virtudes complementavam-se. Paixões seriam combatidas com outras paixões. Os bons sentimentos, o altruísmo, seriam de alguma forma manifestação do egoísmo na busca do próprio interesse, como realização do amor próprio.

As suas ideias foram divulgadas principalmente na sua obra “Fábulas das abelhas: ou vícios privados, benefícios públicos”<sup>58</sup> (MANDEVILLE, 1724 ). A obra é uma fábula que reflete o contexto da sociedade inglesa do século XIX. Tratava-se aí de uma colmeia em que era marcante a dissociação entre a sua pujança econômica e a decepção das abelhas pela sua deficiência ética, o que as levava a orar, rogando pelo seu aperfeiçoamento moral. “Era um espetáculo em que milhões se esforçavam arduamente com o intuito de suprir a vaidade e os apetites lascivos uns dos outros” (MANDEVILLE, 1724 , p. 3). Em certo dia, um deus irrequieto decide atendê-las, tornando-as virtuosas e expulsando o vício e a má-fé.

Subitamente, as abelhas viram-se numa existência insípida e medíocre, mas virtuosa. A ausência de guerras, de desejo de ostentação, de vaidade, de gula etc. levam a indústria e o comércio ao declínio. A humildade e a temperança dão

---

<sup>58</sup>In [https://books.google.com.br/books?id=vNQGAAAcAAJ&pg=PA443&hl=pt-BR&source=gbs\\_toc\\_r&cad=4#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=vNQGAAAcAAJ&pg=PA443&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=4#v=onepage&q&f=false), acesso em 06/03/2021.

lugar a sonhos materiais modestos, sem qualquer impulso para incrementos de ganhos para viabilizar desejos de gastos. O resultado é o declínio econômico, numa pálida existência “abençoada pelo contentamento e honestidade” (MANDEVILLE, 1724 , p. 22)

A moral da história é a de que o “vício é benéfico” e “necessário para o Estado” e a de que “a virtude escancarada não pode fazer com que as Nações vivam em esplendor; elas, para reviverem a Idade de Ouro, devem ser livres o suficiente para o embusteiro e o honesto” (MANDEVILLE, 1724 , p. 24). Mandeville diz, no prefácio da obra, que é impossível “usufruir de todos os mais elegantes confortos da vida, com os quais nos deparamos em qualquer nação industriosa, rica e poderosa, e ao mesmo tempo ser abençoada com toda a virtude e inocência” (Idem. Ibidem).

Em Adam Smith, há também um rompimento com a ética das virtudes. Seguindo a tradição de Hume, Adam Smith concede lugar central organizatório da sociedade à virtude da justiça, passando as outras virtudes a serem ornamentos. Hume (2001) dá destaque à justiça como uma virtude artificial, como um artifício, uma convenção construída a partir das experiências individuais que mostram as vantagens da associação, que leva a uma restrição das próprias paixões com vistas à manutenção de laços de reciprocidade.<sup>59</sup> Essa visão de Hume leva Smith a aproximar a moralidade da sociabilidade, produzida por convenções, como uma condição natural para a humanidade. Os juízos de correção advém da experiência, e não de uma razão ideal. São raciocínios de indução empírica de situações particulares que levam a um sentimento de agrado ou desagrado,

---

<sup>59</sup> HUME, 2001, p. 530: “Observo que será de meu interesse deixar que outra pessoa conserve a posse de seus bens, contanto que ela aja da mesma maneira em relação a mim. Ela tem consciência de um interesse semelhante em regular sua conduta. Quando esse senso comum do interesse se exprime mutuamente e é conhecido por ambos, produz uma resolução e um comportamento adequados”.



destacando-se o sentimento que move o cuidado de si mesmo para o qual o ser humano é mais apto.

Há, na virtude da justiça, também os sentimentos de solidariedade e de simpatia, construídos a partir da ideia que se forma na imaginação sobre quais emoções sentiríamos na posição dos outros, especialmente no sofrimento, o que nos possibilita uma autoconsciência moral e nos leva a ajustes de comportamento para evitar conflitos. Nesse processo, constitui-se um “espectador imparcial” a partir do aprendizado de como os outros poderiam nos julgar, levando-nos a moderar os próprios sentimentos, inclusive o amor próprio ao materializar o autodomínio.

É aí que se apresenta a justiça como a virtude que constitui a sociedade, alicerçada num diálogo com o espectador imparcial. A justiça é “a viga mestra que mantém de pé todo o edifício [a sociedade]” (SMITH, 1759, p. 57), mais do que a benevolência. As regras da justiça, por precisas, exatas e indispensáveis são a gramática social, em que se inserem a elegância das outras virtudes, que são, no entanto, inexatas, vagas e indeterminadas.

A justiça é compatível com o amor próprio e o autointeresse. É que são sentimentos aprovados pelo “espectador imparcial”, já que é esperado que o indivíduo tenha cuidado consigo, evitando situações de negligência e mesmo falta de economia.

A “Riqueza das Nações”, para Adam Smith, derivaria do “curso natural das coisas”, entendido “como sistema óbvio e simples da liberdade natural” e “o esforço uniforme, constante e ininterrupto de cada homem a fim de melhorar a sua condição” (SMITH, 1981 e 1983, p. 599/600). É, portanto, um sistema de indivíduos livres em sociedade em que cada um persegue o seu autointeresse e se guia pelo forte e inato impulso de melhorar de vida, o que levaria a nação a prosperar, mesmo em um regime opressivo.

A tão famosa mão invisível seria uma providência que articularia as peças – indivíduos – com o todo – sociedade –, montando uma engrenagem que produziria uma ordem de harmonia, beleza e felicidade, em uma sociedade movida pelo impulso do autointeresse na melhora de vida, como causa das ações sociais, e constituída pela justiça, como virtude social integradora.

Nessa linha, a obra inaugural da economia política foi a “Riqueza das Nações”, escrita por um professor de moral e jurisprudência, Adam Smith, e com um título que denota um conselho ao soberano para aceitar uma nova ética, baseada em um comportamento individual que buscava a satisfação egoística e racional de interesses, que resultaria em prosperidade econômica, a partir da acumulação individual de riquezas<sup>60</sup>, como cuidado de si. Esse comportamento defendido por Adam Smith acabou tornando-se o comportamento postulado da economia, dando lugar ao *homo oeconomicus*, ou seja, ao indivíduo que racional e egoisticamente procura maximizar o seu autointeresse e o seu bem-estar com comportamentos que podem ser divergentes socialmente.

Essa postura do *homo oeconomicus*, embora não fosse a única possível, adentra o século XIX, como uma postura legítima, inclusive albergada dentro dos direitos individuais de liberdade e propriedade. É dizer, esse sujeito de interesses, que é o *homo oeconomicus*, passa a ser uma unidade fundamental dentro da sociedade, sendo até mesmo desejável a sua postura de maximizar a riqueza e o bem-estar, que pode ser entendida como um cuidado de si mesmo e dos outros. A eficiência, entendida como maximização de bem-estar, passa, então, a ser um fim protegido juridicamente, ou seja, uma opção lícita do sujeito jurídico. “A maximização de riqueza, assim como uma sociedade que objetiva maximizar

---

<sup>60</sup> “É o que se depreende do seguintes trecho: “O esforço natural de cada indivíduo no sentido de melhorar sua própria condição, quando sofrido paa exercer-se com liberdade e segurança, é um princípio tão poderoso, que ele é capaz, sozinho e sem qualquer ajuda, não somente de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade, mas de superar centenas de obstáculos impertinentes com os quais a insensatez das leis humanas muitas vezes obstaculiza os seus atos.” (SMITH, Adam. *The wealth of nations*. v. II, Londres:Ed. Cannan, 1976, p.49).

utilidade (felicidade), produzirá uma combinação ética de felicidade, de direitos (liberdade e propriedade) e de divisão com os menos afortunados” (POSNER, 1980, p. 487). Assim, o consentimento para soluções eficientes pode ser presumido (POSNER, 1980, p. 488).

### 3.5.4 Eficiência e responsividade

O princípio da eficiência tem, assim, como pressuposto, uma sociedade constituída por sujeitos que, de forma racional e egoística, procuram satisfazer o seu autointeresse e maximizar o seu bem-estar. De acordo com tal princípio, a maximização da riqueza é desejável, assim como uma margem de comportamentos divergentes que busquem tal desiderato. Dentro da regulação, isso reforça a necessidade de considerar o regulado como um parceiro necessário da autoridade, que colabora para a obtenção da utilidade pública, sendo isso característica essencial da construção de uma regulação responsiva.

A regulação remete, como já visto, a um outro paradigma e a uma outra estratégia de relacionamento do Estado com a economia, desenvolvida especialmente no contexto americano e adotada pelos países de capitalismo avançado após a crise do Estado de Bem-estar Social. O contexto é de uma nova concepção de direito, centrada na sua função, que é a de favorecer um jogo entre sujeitos de personalidade complexa, tanto racionais, maximizadores de utilidade, quanto autônomos, capazes de cooperação e produção de comportamentos virtuosos, como também entre sujeitos disfuncionais. Essa compreensão inovadora sobre o direito e a regulação pode ser entendida com base em três pontos de apoio:

- 1) a mudança na compreensão da articulação entre autoridade e regulado, a partir de uma concepção de dever, assentada numa relação dinâmica entre enforcement e compliance;

- 2) uma estratégia de cooperação organizada por uma regulação responsiva; e
- 3) a centralidade da avaliação de custo-benefício na relação regulatória.

O cálculo de custo-benefício é elemento central como incentivo regulatório com o objetivo de induzir eficiência no mercado. Para entender como deve ocorrer o cálculo de eficiência, é importante sintetizar o histórico americano na sedimentação dessa perspectiva. Para isso, serão citados trechos do ponto de referência inicial de consolidação dessa visão – a Ordem Executiva de Ronald Reagan nº 12291 de 1981 –, e o ponto final – a Ordem Executiva 13563 de Barack Obama de 2011.

Pela Ordem Executiva de Ronald Reagan nº 12291, de 1981, foram postos cinco determinações gerais:

- 1) as decisões administrativas devem ser baseadas em informação adequada concernentes às necessidades e as consequência da ação governamental proposta;
- 2) ações regulatórias não devem ser editadas a não ser que haja potenciais benefícios para a sociedade que excedam os custos potenciais para a sociedade;
- 3) os objetivos regulatórios devem ser escolhidos para maximizar os benefícios líquidos para a sociedade;
- 4) entre as abordagens alternativas para um dado objetivo regulatório, a alternativa envolvendo o menor custo líquido para a sociedade deve ser escolhida;
- 5) as agências devem estabelecer prioridades regulatórias com o objetivo de maximizar o agregado líquido de benefícios para a

sociedade, levando em conta a condição das indústrias particularmente afetadas pelas regulações, a condição da economia nacional e outras ações regulatórias contempladas pelo futuro.

Deve ser feito um Relatório de Impacto Regulatório que inclua quatro elementos principais:

- 1) a descrição dos potenciais benefícios da regra, incluindo quaisquer efeitos positivos que não possam ser quantificados monetariamente e a identificação dos que provavelmente receberão os benefícios;
- 2) a descrição dos potenciais custos da regra, incluindo quaisquer efeitos adversos que não possam ser quantificados monetariamente e a identificação dos que possivelmente suportarão os custos;
- 3) a determinação dos potenciais benefícios líquidos da regra, incluindo a avaliação dos efeitos que não podem ser quantificados monetariamente;
- 4) a descrição das soluções alternativas que podem atingir os mesmos resultados regulatórios a um custo mais baixo, em conjunto com uma análise do seu potencial benefício e os seus custos com uma breve explanação das razões legais e por que essas alternativas, se propostas, não poderiam ser adotadas.

Da já referida Ordem Executiva 13563, de 2011, no título “Melhorando a Regulação e o Controle Regulatório”, destaca-se o seguinte trecho:

*O nosso sistema regulatório deve proteger a saúde pública, o bem-estar, a segurança e o meio-ambiente ao mesmo tempo que deve promover crescimento, inovação, competitividade e criação de empregos. Ele deve apoiar-se na melhor ciência disponível, permitir a participação pública com abertura para troca de ideias, promover previsibilidade, reduzindo*

*incertezas e identificar e usar os melhores, mais inovadores e menos onerosos instrumentos para atingir os fins regulatórios. Deve, ainda, levar em conta os benefícios e custos, tanto quantitativos como qualitativos, assegurando que as regulações sejam acessíveis, consistentes, escritas em linguagem simples e fácil e mensurando para desenvolver os atuais resultados das determinações regulatórias.*

Essas duas Ordens Executivas mostram que, desde do início da década de 1980, os Estados Unidos permanecem firmes no caminho de pautar as políticas regulatórias por análises de custo-benefício (SUNSTEIN, 2006, p. 386), dando ênfase sobretudo aos aspectos quantitativos monetizados. O cálculo monetário da eficiência regulatória ocorre a partir de um conceito estatístico de disposição para pagar (willingness to pay – WTP). O que se tem aí é uma aferição da vontade e capacidade do consumidor para obter um bem, inclusive medidas de segurança que podem resguardar a sua vida. Trata-se da expressão da vontade do sujeito de interesses que estabelece a ordem de prioridades na maximização de seu bem-estar, traduzindo-a em valores monetários.

A aferição dessa vontade como elemento central do cálculo de eficiência tem dois pontos de apoio: a) a disposição para pagar (WTP) é um indicador de maximização de bem-estar, eis que o valor que o consumidor está disposto a pagar por um bem é um sinal de suas preferências; e b) a disposição para pagar (WTP) reflete a autonomia do consumidor em efetivar as suas escolhas, colocando-o como o principal responsável pela opção que toma em suas vidas (SUNSTEIN, 2006, p. 401).

A partir do Teorema de Coase, em que se considera que, em um mundo sem custos de transação, os direitos de propriedade seriam transferidos àqueles que lhes deem maior valor (COASE, 1960), pode-se dizer que uma distribuição de bens é eficiente no momento em que se entregam os bens a indivíduos que estão dispostos a pagar mais por eles, ou seja, que têm maior disposição para pagar (WTP).

Assim, as políticas regulatórias devem pautar-se em cálculo de custo-benefício, tendo a sua principal justificativa no fato de que a intervenção regulatória produzirá, em avaliação monetizada, benefícios maiores do que as falhas de mercado que busca corrigir. As justificativas para intervenções regulatórias que deixem a sociedade mais pobre são estritas, cabendo, mesmo nos casos em que se opte por regulações ineficientes, saber o custo para a sociedade dessa opção.

Dessa forma, um incentivo regulatório importante está nas intervenções regulatórias pautarem-se por cálculo de custo-benefício, em que sejam expostas monetizadamente as vantagens regulatórias, além dos aspectos qualitativos. É certo que já há relatório de impacto regulatório no discurso das medidas regulatórias, mas o principal aspecto a ser ressaltado é a relevância da monetização do cálculo de eficiência, como eixo central da decisão regulatória. Isso constitui um ambiente propício à condução racional, em termos econômicos, de todos os agentes de mercado, a partir da indução positiva promovida pelo regulador.

Assim, em um cenário em que a autoridade continua regendo-se por uma racionalidade material, em que é preciso a entrega de utilidades públicas aos consumidores, mas, em razão da dinâmica social, não é mais possível estabelecer de forma exaustiva deveres e diretrizes quanto aos serviços regulados, o que se impõe são incentivos indiretos com a construção de um ambiente favorável para os regulados. Ter-se-iam, então, estímulos indiretos que levariam aos comportamentos visados em um cenário em que: a) os regulados possam bem compreender seus deveres em uma articulação entre *enforcement* e *compliance* propícia para o seu cumprimento voluntário; b) uma regulação responsiva, em que a autoridade por meio do diálogo, fluxos e definição de competências, sendo econômica em meios coercitivos, estimulasse a colaboração, de modo a produzir comportamentos virtuosos; c) levando em consideração que o princípio da eficiência tem na sua centralidade a maximização de bem-estar em uma sociedade

em que os indivíduos perseguem o seu autointeresse, podendo ter comportamentos divergentes e desviantes, o regulado deve ser tratado como um parceiro necessário para a consecução das utilidades públicas, d) a partir da centralidade do cálculo de custo-benefício, como um componente da eficiência, os agentes econômicos sejam induzidos pelo regulador a terem comportamentos racionais e eficientes.



## 4. MODALIDADE REGULATÓRIA APOIADA EM INCENTIVOS INTRÍNSECOS

### 4.1 Bons jogos dependem de boas regras: as fronteiras entre as teorias da escolha pública, processual-administrativa da regulação e da regulação responsiva

A análise das manifestações da teoria da escolha pública (*public choice*) – uma teoria sobre a tomada de decisão coletiva sob o enfoque do comportamento individual racional apoiada em economia neoclássica – frente à compreensão jurídica do processo público de tomada de decisão regulatória revela que tanto a abordagem de origem econômica, quanto a abordagem processualista jurídica partem do mesmo pressuposto da existência de uma influência individual no processo de tomada de decisão coletiva.

A diferença entre tais abordagens de cunho econômico e jurídico encontra-se no fato da primeira ser eminentemente, embora não exclusivamente, descritiva a partir de dogmas de comportamento racional individual e equações neoclássicas de microeconomia.

A abordagem jurídico-processual, por outro lado, é eminentemente prescritiva dos atos e fatos encadeados no tempo que devem ser seguidos rumo à proteção do interesse público. A teoria jurídico-processual da regulação ou teoria processual administrativa da regulação – uma das teorias jurídicas da regulação – apoia-se no constructo jurídico do processo, como instituição de direito público, cujas características de finalidade objetiva e funcional, nulidade sequencial, publicidade e autonomia processual visam a garantir transparência, visibilidade, imparcialidade e espaço para discussão pública das propostas regulatórias via estruturação da tomada de decisão pública. Em outras palavras, a diferença entre uma abordagem econométrica e uma jurídica de tomada de decisão coletiva não

está no pressuposto de que a decisão coletiva sofreria influência do comportamento individual, mas na compreensão de que, enquanto o enfoque econômico preocupa-se com a explicação dos fatores individuais racionais que influenciam a tomada de decisão, o enfoque jurídico parte do pressuposto de que tais fatores e outros existem e devem ser controlados mediante um iter processual prescrito em normas de tomada de decisão pública orientadas por principiologia de direito público.

Em outras palavras, a **teoria jurídico-processual da regulação preocupa-se em prescrever *boas regras*** capazes de reorientar as forças envolvidas na tomada de decisão coletiva, atraindo-as para soluções obedientes à principiologia de interesse público. Ela o faz, entretanto, **com base em parâmetros estanques que pressupõem um regulado obediente a incentivos atemporais e uniformes. A teoria da regulação responsiva também propõe um desenho regulatório** transparente sobre a forma como o regulador lida com o regulado, **mas apoia-se na dinâmica de circunstâncias que motivam o regulado, abominando a uniformidade de tratamento e reconhecendo que, para que o regulado desenvolva voluntariamente um comportamento virtuoso, deve ser atraído para a base da pirâmide regulatória mediante uma combinação adaptativa de persuasão e punição.**

A teoria processual-administrativa da regulação serve para posicionar o enfoque jurídico sobre o fenômeno regulatório do ponto de vista da **inafastabilidade do processo**, enquanto forma regrada de manifestação da decisão pública, e convida o pesquisador a se debruçar sobre métodos regulatórios que partam dela e dos princípios jurídicos de direito público que orientam a estrutura administrativa autárquica especial das agências reguladoras ou órgãos de Estado, e dos princípios orientadores da conduta do servidor público e dos agentes públicos em geral. Em outras palavras, a teoria processual administrativa da regulação é uma teoria de conformação do ambiente de atuação

estatal no setor regulado, dos limites dessa atuação e das garantias para tomada de decisão pública. Ela não vai além disso, ou seja, essa teoria não opta por determinada forma de regulação apoiada ou não em incentivos intrínsecos ao setor regulado, que dependerá de outras teorias, mas delimita os trilhos jurídicos sobre os quais o resultado de uma opção de desenho regulatório pode trafegar.

Os fundamentos para alcance dessa conclusão encontram-se a seguir.

A escolha pública é uma das teorias atualmente mais conhecidas sobre motivação da decisão política e burocrática e, portanto, essencial para quaisquer pesquisas que pretendam situar a teoria jurídica da regulação, entendida a regulação como uma manifestação de decisão coletiva, procurando relacioná-la com o método jurídico para que uma teoria jurídica da regulação possa dialogar, ao invés de se confundir, com análises econômicas.

O significado mais abrangente atribuído à chamada escolha pública (*public choice*) está em considerá-la um ramo de estudos da economia e da ciência política (TOLLISON, 1999), inaugurado após a Segunda Grande Guerra e preocupado com as causas do processo de tomada de decisão coletiva, em especial a decisão política, mediante aplicação de métodos da economia neoclássica para o estudo das instituições coletivas da sociedade. Muito embora seja um campo de estudos recheado de diversidade de pontos de vista e aplicações, a escolha pública surgiu do paradigma da maximização, da microeconomia moderna e, como afirma Tollison (2008, p. 192), ainda é identificada com essa característica fundamental.

A escolha pública se insere no campo de estudos usualmente conhecido como a teoria econômica da tomada de decisões políticas (*economic theory of political decision-making*), economia política moderna (*modern political economy*), nova economia política (*new political economy*), economia política (*political economics*) ou simplesmente a economia da política (*the economics of politics*). Tais termos são equiparados à *public choice* como o ramo da ciência social preocupado com as causas do comportamento governamental, em oposição a outras

abordagens, como a teoria dos bens públicos (*theory of public goods*) e a macroeconomia pós-Segunda Grande Guerra, preocupados com o estudo dos efeitos do comportamento do Governo.

Não por acaso, a primeira publicação científica destinada especificamente a estudos sobre escolha pública fora inaugurada em 1966 sob o título *Papers on Non-Market Decision Making* ainda hoje publicados pela Springer sob o novo codinome de *Public Choice*, decorrente de alteração ocorrida a partir do volume de 1968. O grupo de pesquisa da *University of Virginia* antecessor da *Public Choice Society*, por sua vez, se autoproclamava o *Committee for Non-Market Decision Making* (TOLLISON, 1984, p. 4). Assim, o estudo da tomada de decisão estranha ao mercado e afeta à decisão política é o campo de estudos da escolha pública.

A escolha pública situa-se na interface entre economia e política, e busca compreender e predizer o comportamento dos mercados políticos, mediante o uso de técnicas econômicas analíticas, em especial, do postulado da escolha racional, ao procurar modelar o comportamento de tomada de decisão não-mercadológico (ROWLEY, 2008, p. 3).

O termo *public choice* é acusado, por outro lado, de carregar consigo uma vertente política de direita, pelo que alguns preferem o uso dos demais termos descritivos do campo de conhecimento de análise econômica das causas do comportamento governamental, seja o termo *economia política moderna* ou mesmo *economia política* (WINDEN, 1988, p. 9-12). Em uma vertente mais ampla apoiada em pressupostos universais liberais, não é de se espantar que o lugar comum na linguagem de teóricos da escolha pública seja a preocupação em *domar o Leviatã* (PEACOCK, 1997, p. 85) ou, como anota Musgrave (MUSGRAVE, 1981), a predisposição a um Estado Mínimo. A herança liberal, como se verá mais à frente, instalou-se na preocupação da teoria da escolha pública em abrir espaço para o indivíduo na construção da decisão pública.

Enquanto método de pesquisa, a escolha pública segue a tradição da economia neoclássica ao ter por ponto de partida o individualismo metodológico e pressupor, como sua hipótese comportamental fundante, que os indivíduos seriam regidos por interesses pessoais de modo racional, procurando maximizar utilidades.

Não por acaso, a teoria da escolha pública é reputada como fortemente influenciada pelo utilitarismo (PATTANAİK, 2009, p. 323). Ela, entretanto, vai além dos pressupostos tradicionais da teoria econômica neoclássica ao trasladar os motivos determinantes do comportamento dos indivíduos do mercado para o campo da política, seja por intermédio de postulados da escolha pública em seu nascedouro, que igualava o indivíduo e sua racionalidade ao ente social, visto como um ser orgânico, seja por intermédio de postulados de compreensão da formação da vontade coletiva a partir da relação de racionalidade da tomada de decisão dos indivíduos que fazem parte de uma coletividade.

Precisamente aí, quando avança sobre espaços não tocados pela economia neoclássica, é que a teoria da escolha pública resgata a experiência interdisciplinar entre a economia, a ciência política e a filosofia moral vivenciada no período do iluminismo escocês de David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith, mas podada quando o campo de conhecimento econômico fora definido, em termos neoclássicos, como uma disciplina positivista destinada a fornecer informações econômicas voltadas a instrumentalizar a atuação *imparcial, benevolente e onisciente* dos governos guiados pela promoção do interesse público na hoje acusada de *Era das Trevas da economia política* de Keynes e Samuelson (ROWLEY e SCHNEIDER, 2008, p. vii).

O uso de linguagem própria à análise dos mercados por parte da *public choice* evidencia essa transposição do instrumental teórico próprio da economia neoclássica para o estudo da decisão política, evidenciada na compreensão das relações entre os indivíduos ou grupos como *transações (transactions)* das quais

resultariam preços e resultados aferíveis em mercados políticos (*political markets*).

Peacock (1997, p. 13) identifica três mercados políticos de estudo da escolha pública, em que acordos são feitos sem importarem em trocas monetárias, quais sejam, o mercado político primário (*primary political market*), em que políticas são vendidas em troca de votos, o mercado de fornecimento de políticas (*policy supply market*), em que burocratas vendem atuação administrativa *e.g.*, segundo o teorema de Niskanen, para maximização do orçamento público, e, finalmente, o mercado de execução de políticas (*policy execution market*), que pressupõe um mercado de regulação em constante barganha entre reguladores e regulados (PEACOCK, 1984), segundo o qual o governo utilizaria, por exemplo, o orçamento como um mecanismo regulatório para conformação do comportamento de empresas e indivíduos, a partir de hipóteses elencadas pela escolha pública sobre os resultados de tais transações.

Existem, entretanto, duas dimensões da escolha pública a depender do objetivo primário perseguido pela literatura correspondente. De um lado, a teoria positiva ou descritiva da escolha pública (*positive public choice theory*) preocupa-se com o esclarecimento do funcionamento do mercado de tomada de decisões políticas, enquanto a teoria prescritiva ou normativa da escolha pública (*normative public choice theory*) preocupa-se com a eliminação de ineficiências nas transações no mercado político primário, no mercado de fornecimento de políticas, e no mercado de execução de políticas, prescrevendo soluções. A apresentação prescritiva ou normativa de manifestações da escolha pública não se confunde, entretanto, com o caráter prescritivo de uma teoria processual administrativa da regulação, pois esta é essencialmente prescritiva de conduta, enquanto a primeira é propositiva de soluções após método descritivo de comportamento apoiada no pressuposto de medição do comportamento individual racional.

A teoria da escolha pública é reconhecida por seus expoentes, que foram agregando novos objetos de pesquisa, entre eles, o burocrático e o regulatório, à

análise pautada por metodologia econômica neoclássica. São eles: Duncan Black; Kenneth Arrow; Anthony Downs; James Buchanan; Mancur Olson; William Niskanen; e George Stigler, que serão esmiuçados em suas proposições fundamentais, a seguir.

Duncan Black é tido como o inaugurador da abordagem de escolha pública identificada por ele mesmo como uma teoria pura da ciência política, que significou um renascimento da interrelação entre economia e ciência política (ROWLEY e SCHNEIDER, 2008), por intermédio de seu artigo seminal, de 1948, intitulado *On the Rationale of Group Decision-Making*, no qual analisou a racionalidade – motivação e predição – da tomada de decisão em grupos cujos membros não estivessem de pleno acordo a respeito de uma moção, tendo como dados certos procedimentos para alcance da decisão, e empregando técnicas de valoração relativa da ciência econômica para o “desenvolvimento de uma teoria pura da ciência política” (BLACK, 1948, p. 34). O autor tem o objetivo declarado de pavimentar o caminho de uma teoria de equilíbrio distributivo dos tributos e dos gastos públicos (BLACK, 1948, p. 23) a partir da aplicação do instrumental de preços e de posições relativas de compradores e vendedores em um processo decisório, seja ele no âmbito da decisão política ou em qualquer outro espaço social de decisão. Sua proposta pode ser tida como inaugural da escolha pública ao introduzir, no campo de estudo da decisão de grupos sociais, o instrumental microeconômico neoclássico apoiado na premissa do comportamento racional.

Outro expoente da escolha pública foi um prêmio Nobel de economia por várias contribuições, inclusive na seara da escolha pública. Em 1951, Kenneth Joseph Arrow tratou da decisão política, em seu livro *Social Choice and Individual Values*, e propôs o que ficou conhecido como Teorema da Impossibilidade (*Impossibility Theorem*) ou Teorema de Arrow (*Arrow's Theorem*), segundo o qual seria impossível agregar preferências individuais em coletividades por meio de regras de decisão racional não impositivas ou ditatoriais, inclusive a democrática majoritária (ARROW, 1963). O seu teorema questionava, portanto, a

possibilidade de uma tomada de decisão democrática verdadeiramente representativa dos cidadãos ao propugnar pela impossibilidade de escolha coletiva racional ou significativa (*infeasibility of meaningful collective choice*). Sua provocação deu origem a outros estudos relevantes para a economia política constitucional, quais sejam, estudos sobre a possibilidade de manipulação da decisão política.

Um terceiro expoente da escolha pública – Anthony Downs –, em seu conhecido livro sobre teoria econômica da democracia, de 1957, será um contraponto à abordagem do coletivismo sociológico convencional ao propor outro caminho de análise da democracia e dos processos políticos democráticos como alternativa a análises apoiadas em valores ou na cultura política (REIS, 1999, p. 15-16). Downs procura decifrar a política partidária das democracias por seus componentes individuais racionais e sua hipótese central é de que os partidos políticos em uma democracia formulam políticas estritamente como meios para obtenção de votos em um mercado político em que o governo seria um empreendedor que venderia políticas em troca de votos (DOWNS, 1957, p. 137). Ao enfrentar a experiência democrática pelo viés da tensão entre os âmbitos micro e macro, do indivíduo e da coletividade, Downs trata do processo político-eleitoral a partir da abordagem da escolha racional da ciência econômica apoiada no cálculo individual guiado por interesses e implementado por eleitores e por partidos políticos, e nos resultados analíticos daí derivados. Sua abordagem é a de uma teoria positiva da escolha pública ao explicar, em vez de prescrever, a motivação das decisões de eleitores e partidos no âmbito das democracias. Trata-se, nos termos usados por Stanley Keller Jr., no prefácio do livro de Downs, de um autor preocupado com a economia da explicação do fenômeno político-partidário. Para Downs, uma “teoria da ação governamental verdadeiramente útil em uma democracia, ou em qualquer outro tipo de arranjo político, deve ser de natureza tanto econômica como política” (DOWNS, 1957, p. 150). A abordagem econômica de Downs parte dos pressupostos do comportamento racional e de que todo governo procuraria maximizar o apoio político, posicionando-se no meio-termo



entre as concepções orgânicas ou individualistas de Estado que, segundo ele, seriam extremos indesejados (DOWNS, 1999, p. 33; 41).

Um quarto nome de peso na arena da escolha pública é o de James Buchanan, que foi um prêmio Nobel de economia responsável por dar notoriedade à teoria da escolha pública e debaterá com Arrow (1963, p. 119) o comportamento de coletividades na tomada de decisão. Buchanan enfatizará o fato de que Arrow teria cometido um equívoco no enquadramento do problema da tomada de decisão coletiva ao tentar impor condições de racionalidade individual sobre as coletividades. Para Buchanan, as coletividades, enquanto realidades distintas dos indivíduos que as compõem, estariam gravadas, nos processos de decisões deliberativas (*processes of deliberative judgments*), de um caráter essencialmente distinto daquele presente nas preferências individuais que embasaram a escolha pública em seu surgimento.

Buchanan e Tullock publicaram seu livro clássico sobre o tema da escolha pública intitulado *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, em 1962. Esse livro inaugurou a guinada no movimento de teoria de escolha coletiva (*theory of collective choice*), teoria do processo de escolha coletiva (*theory of collective choice-making*), teoria da ação coletiva (*collective action*), teoria da atividade coletiva (*collective activity*), ou teoria da coletividade (*theory of the collectivity*), termos utilizados de modo intercambiável pelos próprios autores, revelando a centralidade da coletividade enquanto instituição com existência, valores e motivações dependentes dos seres humanos que dela fazem parte em frontal oposição à interpretação orgânica da atividade coletiva então predominante na filosofia e sociologia política (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 11).

O Estado, para Buchanan e Tullock, seria uma unidade coletiva insubordinável a uma concepção orgânica de coletividades então vistas como unidades supraindividuais (*überindividuelle Entitäten*). Para os autores, ao se afastarem da concepção orgânica de Estado e do conseqüente tratamento do

Estado como unidade supraindividual dotada de comportamento próprio independente dos seres humanos que a constituem, os teóricos da escolha pública seriam obrigados a se debruçar sobre a relação entre valores individuais e valores sociais. Em uma concepção orgânica de Estado, o indivíduo estaria absorvido como parte integrante de um ser mais abrangente e de maior significado: o organismo estatal.

Ao rejeitarem uma interpretação orgânica da atividade coletiva, os autores rejeitaram uma corrente de filósofos políticos alemães que abraçaram a ideia de uma vontade geral derivada do Estado e destacada do processo de tomada de decisão, no bojo do qual as escolhas políticas são gestadas (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 12).

Há diversos aspectos da teoria de Buchanan e Tullock relevantes para compreensão de sua teoria de escolha pública, como, por exemplo, a diferença entre a escolha constitucional e a tomada de decisão política ordinária, mas a característica fundante de sua teoria, que fornece seu diferencial de análise, está no postulado de ponto de partida de abordagem, segundo o qual a ação coletiva é composta por ações individuais (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 3). Conforme apontam os referidos autores, a escolha pública é uma escolha racional do indivíduo em coletividade em oposição à concepção de que o ente coletivo tomaria decisões destacado dos valores individuais. A racionalidade individual de decisões individuais ainda seria percebida como algo distinto da decisão coletiva, mas isso não significaria que a racionalidade coletiva pudesse ser tratada em separado da racionalidade individual, como uma teoria orgânica do Estado propositiva. Segundo os autores, as escolhas das instituições políticas deveriam ser estudadas a partir da sua relação com os valores-guia da decisão dos indivíduos que a compõem.

A decisão constitucional seria uma decisão de caráter distinto da decisão política ordinária por força da incerteza de que seria tomado o indivíduo, na escolha coletiva de ordem política. O indivíduo, na decisão constitucional, tomaria decisões, mas não teria como prever os efeitos de sua escolha sobre o seu

bem-estar no futuro precisamente porque a escolha individual se relacionaria com a escolha coletiva em um nível de racionalidade distinto da tomada de decisão individual, ou seja, porque a escolha privada de racionalidade individual seria essencialmente distinta da escolha individual de racionalidade coletiva (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 37-38). No caso da decisão constitucional, o indivíduo perderia o senso de responsabilidade sobre a tomada de decisão inerente à escolha privada quando no âmbito de tomada de decisões coletivas (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 38) e passaria a agir de forma mais racional do que em escolhas individuais privadas na avaliação das alternativas de decisão coletiva postas diante de si (BUCHANAN e TULLOCK, 1962, p. 39).

Buchanan e Tullock, com isso, sedimentaram, como contribuição da escolha pública, o cálculo da decisão individual racionalmente previsível por sua relação com a racionalidade coletiva.

Coube a Mancur Olson enfatizar, na escolha pública, a teoria do subproduto e do domínio das minorias. Em 1965, Mancur Lloyd Olson publicou um clássico da escolha pública intitulado *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, republicado em 1971 em edição aumentada, aplicando o cálculo racional individual para evidenciar a motivação de partícipes de diversos tipos de coletividades em contribuir para a obtenção de benefícios coletivos.

Em meio às suas conclusões, duas delas são as mais proeminentes: uma destrutiva e outra construtiva (BARRY, 1978, p. 23-29).

A assertiva destrutiva de Olson propõe que a explicação de que os indivíduos fazem parte de coletividades para ampliar as chances de sucesso da organização coletiva e, com isso, beneficiar os seus membros, seria falaciosa, pois a afirmação estaria tratando dos beneficiários do sucesso coletivo como se fossem um único indivíduo decidindo como alocar seus recursos para o seu melhor proveito.

Por outro lado agora construtivo, Olson propõe que a motivação de indivíduos mantenedores de uma organização coletiva provedora de bens públicos que os beneficiassem estaria normalmente apoiada em incentivos seletivos ou específicos (*selective incentives*) distintos da própria provisão de bens públicos ou coletivos (*public goods* ou *collective goods*) benéficos aos seus membros e que justificariam a manutenção das contribuições individuais à organização, como, por exemplo, os incentivos específicos de obtenção de informações privilegiadas, de gozo do senso de pertença coletiva ou da abstenção, por parte da organização coletiva, da prática de atos danosos ao indivíduo.

Em comum com as análises de Downs e Buchanan, Olson, seguindo as bases da escolha pública, aplica a lógica do comportamento racional com o diferencial de que incentivos específicos passam a desempenhar um papel fundamental na explicação da decisão racional individual em apoiar a ação coletiva para os grupos de pressão e, portanto, a partir dos incentivos específicos, sustentar um lobby para obtenção de um bem coletivo, seja por poder coercitivo para associação de seus membros, seja por incentivos positivos ofertados aos seus membros.

Em outras palavras, Olson defenderá que grandes lobbies econômicos na democracia dos Estados Unidos da América seriam, de fato, explicados pela teoria do subproduto (*by-product theory*), segundo a qual os sindicatos, as representações ruralistas e as organizações profissionais obteriam o apoio dos indivíduos predominantemente mediante a entrega de benefícios outros que não o *lobbying* (OLSON, 2002, p. 132-135).

O diferencial, portanto, da teoria de Mancur Olson está em introduzir no campo de análise da escolha pública o comportamento dos grupos de interesse conforme a sua dimensão (OLSON, 2002, p. 53-65) e o detalhamento do que eles deveriam ofertar para obtenção do apoio do indivíduo racional.

Sua análise sobre os grupos de interesse específico é especialmente relevante para a compreensão de onde se situa a escolha pública na regulação. O principal argumento de seu livro é o de que há uma diferença fundamental entre os grupos de interesses especiais ou específicos (*special interests*), organizados e dotados de lobbies, e os grandes grupos de interesse ou os grupos latentes<sup>61</sup> (*large or latent groups*), por exemplo, os contribuintes, os consumidores, os fazendeiros, os assalariados.

Os grandes grupos de interesse e os grupos latentes não atuariam voluntariamente para proteção de seus interesses comuns (OLSON, 2002, p. 165), partindo-se da premissa de que o indivíduo racional não teria incentivos para agir, quando a consequência dessa ação se resumisse à obtenção de um bem coletivo. Ou seja, em um sistema representativo, o mote da atuação individual se resumiria às ambições políticas individuais em troca de benefícios não-coletivos como a distribuição de cargos públicos (OLSON, 2002, p. 164). Disso resulta que o grupo de interesse dos consumidores, por falta de estrutura organizacional, seria despido de meios para contrabalancear o poder dos produtores organizados ou monopolísticos (OLSON, 2002, p. 166).

A afirmação de maior efeito que resume a proposta de Mancur Olson do inafastável sucesso de grupos de interesses específicos sobre grandes grupos de interesse ou grupos latentes é de que os mecanismos básicos de funcionamento da democracia representativa – os partidos políticos – detêm poderosas estruturas organizacionais, mas não se destinariam à promoção de bens coletivos, pois, na melhor das hipóteses, o partido estaria interessado na obtenção de influência política e, na pior das hipóteses, na implementação de franca corrupção (OLSON, 2002, p. 164-165).

A lógica da ação individual em uma sociedade estável, organizada e, na linha de raciocínio do autor, consequentemente *apática* (OLSON, 2002, p. 162),

---

<sup>61</sup>Para Olson, grupos latentes nada mais são do que grupos muito grandes.

seria sempre voltada a valorizar os interesses particulares em detrimento dos interesses comuns *econômicos ou não* (OLSON, 2002, p. 159) de um grande grupo de interesses ou de um grupo latente. Para Olson, seria uma falácia lógica crer que os indivíduos de grandes grupos de interesse apoiariam o grupo em prol dos interesses mútuos de seus membros (OLSON, 2002, p. 127). Um grupo de interesses específicos formada por uma minoria exerceria, segundo Olson, um enorme poder (OLSON, 2002, p. 142).

Enfim, uma frase marcante e reveladora do pensamento do autor e que evidencia sua proposta de existência de um mecanismo natural de funcionamento dos grupos de interesse em geral é a de tendência de exploração do grande pelo pequeno, desembocando na assertiva do poder diretivo da lógica individual na ação coletiva (OLSON, 2002, p. 3).

Mancur Olson foi o inaugurador da análise econômica racional sobre as motivações e efeitos dos grupos de interesse na política, entregando-a, por consequência, à lógica individual apropriada por minorias dos grupos de interesses específicos e à máxima de que interesses específicos de pequenos grupos tendem a triunfar sobre o interesse popular (OLSON, 2002, p. 144). Com ele, a afirmação de que minorias organizadas dominariam o ambiente político tornou-se uma constante da escolha pública.

O próximo passo no desenvolvimento da teoria da escolha pública foi de Niskanen, ao tratar do mercado de serviços burocráticos, eliminando o último bastião do interesse público hospedado na teoria burocrática. Tanto Buchanan e Tullock, quanto Olson, estarão tentando estabilizar a relação entre a escolha racional individual e a atuação coletiva, os primeiros, mediante identificação de interferência entre a racionalidade coletiva e a individual em sua simbiose, enquanto Olson irá mais fundo para identificar quais motivos efetivamente movimentam a racionalidade individual na ação coletiva político-partidária e nos mecanismos de influência dos lobbies na decisão política. Ambas as abordagens

preservam o mantra da escolha pública em partir da racionalidade individual para explicação, previsão ou alteração da decisão coletiva.

Em 1971, William A. Niskanen Jr. ampliou os horizontes de análise da escolha racional para abarcar a discussão do comportamento burocrático em seu livro *Bureaucracy and Representative Government*, voltado a propiciar sugestões para que instituições coletivas da burocracia estatal pudessem servir melhor aos interesses da população em geral, partindo-se do pressuposto de que funcionários públicos não se comportariam orientados automaticamente pelo interesse público, como se supunha, mas orientariam sua atuação para algo distinto, que deveria ser garimpado e utilizado para conformar o comportamento burocrático, agora sim, rumo ao interesse público (NISKANEN, 2017, p. v).

Na linha de pensamento próprio à escolha pública, Niskanen se propõe a analisar a atividade econômica das repartições públicas e os problemas de maximização (NISKANEN, 2017, p. 7-9), desenvolvendo uma teoria geral de oferta por repartições públicas (*general theory of supply by bureaus*) e uma teoria de comportamento do governo representativo sobre suas demandas por produtos burocráticos a partir da identificação de um mercado governamental de serviços burocráticos, ou *government market for a bureau's services* (NISKANEN, 2017, p. 127-188).

Para tanto, Niskanen apresentará, em artigo prévio publicado em 1968, um modelo de maximização do comportamento do burocrata, partindo de duas características pressupostas: a) a de que o comportamento do burocrata caminhará no sentido de maximizar o orçamento total de sua repartição; e b) a de que as repartições burocráticas utilizar-se-iam de produtos específicos da burocracia como moeda de troca para obtenção de um dado orçamento (NISKANEN, 1968, p. 293).

A função de utilidade do burocrata (*bureaucrat's utility function*) teria por função positiva do orçamento total da repartição pública as variáveis de

salário, benefícios da função, reputação pública, poder, favores políticos, facilidade de manuseio da repartição pública e facilidade de realização de mudanças (NISKANEN, 1968, p. 294), equiparando-se a repartição pública a um agente do mercado com poder monopolístico, com certas diferenças, mas capaz de se apropriar de todo o excedente do consumidor, que, nesse caso, será o legislador sedento por serviços burocráticos (NISKANEN, 1968, p. 295).

A análise de Niskanen concentra-se no incentivo burocrático em maximizar o orçamento, por exemplo, por intermédio de técnicas de diminuição de custos em setores com orçamentos reduzidos e de esgotamento do orçamento anual previsto para setores da repartição burocrática com orçamentos volumosos. Suas recomendações para melhor funcionamento da burocracia seguem o modelo econômico por ele aplicado e propõem, por exemplo, a introdução da competição entre repartições públicas para o fornecimento de serviços públicos, o incentivo à criação de novas repartições para oferta de serviços já prestados por outras, a vedação de acordos entre repartições públicas para divisão do mercado, a diminuição dos 5% maiores salários de uma repartição pública quando houvesse o incremento do orçamento total dessa unidade, a preservação do financiamento público de serviços prestados pelo governo, mas com operacionalização contratada com o setor privado com fins lucrativos, que passariam a ser os prestadores desses serviços.

Uma consequência de tais propostas antecipada pelo próprio Niskanen seria a extinção da burocracia voltada à prestação de serviços, restando somente no Estado as agências de acompanhamento e de contratação de tais serviços com a iniciativa privada (NISKANEN, 1968, p. 304-305).

Como se pode ver, as consequências da escolha pública para o desenho de prestação de serviços burocráticos e, por consequência, para o desenho regulatório, goza do apoio da análise de Niskanen sobre o ótimo racional econômico do mercado governamental burocrático, postulando a prestação de serviços públicos pela iniciativa privada controlada pela burocracia estatal, que



estará, por óbvio, tentando emular, em sua função reguladora, a função prestacional para se apropriar da moeda de troca por orçamento. Isso explicaria, por exemplo, o esforço das agências reguladoras em justificarem para a sociedade que os benefícios de determinado serviço público se devem à sua atividade reguladora e a vincularem, constantemente, cortes orçamentários ao efeito perverso sobre a qualidade e difusão de serviços públicos.

A escolha pública do mercado governamental de serviços burocráticos é, portanto, amiga da função estatal reguladora ou, ao menos, a preserva em troca da prestação de serviços públicos pela iniciativa privada.

Niskanen, na linha tradicional da escolha pública, evidenciará o comportamento agora do burocrata a partir de suas motivações racionais individuais destacadas do interesse público. A escolha pública critica fortemente a abordagem considerada inocente de que o burocrata atuaria, quando houvesse meios disponíveis, rumo ao interesse público de forma automática. Pelo contrário, para a escolha pública, sua atuação seria uma consequência de outros fatores que guiariam o seu comportamento pela maximização de seu esforço rumo a desejos distantes da função coletiva.

A abordagem de Niskanen sedimenta o caminho da escolha pública para o estudo do comportamento burocrático, tangenciando a regulação ao mencionar o espaço de análises da escolha pública para a burocracia no acompanhamento de serviços antes prestados pelo próprio Estado e agora regulados por ele. O enfoque de Niskanen, entretanto, é sobre o mercado de serviços públicos ao invés do mercado da regulação, algo que é ainda mais evidente quando de sua declaração de que o título alternativo para o seu livro sobre burocracia e governo representativo poderia ter sido *a oferta de serviços públicos* (NISKANEN, 2017, p. 9).

Até aqui, entretanto, a escolha pública é silente quanto à relação entre a atividade de regulação de serviços e os incentivos do comportamento racional,

senão pela conclusão de Niskanen de que o acompanhamento da prestação dos serviços seria, ao lado da contratação de empresas privadas destinadas à sua prestação, as únicas atividades sobranes ao Estado. Assim, a afirmação comumente difundida de que foi Stigler que primeiramente aplicou a teoria da escolha pública na regulação é falaciosa. Ele realmente foi o primeiro a aplicar a escolha pública na relação do regulador com os regulados, mas não foi o primeiro a aplicá-la à dimensão do desenho regulatório, feito que coube a Niskanen.

Enquanto Niskanen justificou o modelo regulador indireto por delegação de serviços públicos e concentração, no Estado, da atividade reguladora, analisando o mercado de serviços burocráticos, Stigler preocupou-se com o momento seguinte de exercício de atividade reguladora no mercado propriamente dito da regulação.

O mercado da regulação aparecerá com George Stigler, em artigo singelo, mas seminal, de 1971, em que propôs uma teoria de oferta da regulação (*theory of supply of regulation*) apoiada no pressuposto do comportamento individual racional e em sua repercussão na atuação coletiva, sob o enfoque da economia neoclássica (STIGLER, 1971). Ela passou a ser conhecida inicialmente pelo título do artigo de Stigler – a teoria da regulação econômica (*theory of economic regulation*) – para, anos mais tarde, firmar-se pela designação que lhe foi dada por Posner, sob o codinome de teoria econômica da regulação (*economic theory of regulation*), ou sua abreviatura hollywoodiana: ET (PELTZMAN, LEVINE e NOLL, 1989).

O diferencial de Stigler, ao propor sua teoria econômica da regulação, não advém da afirmação de que negócios privados buscam influenciar a regulação. A influência dos atores regulados sobre o processo regulatório fora anteriormente antecipado por cientistas políticos e historiadores preocupados com a manipulação do Estado e, em particular, das agências reguladoras pela indústria regulada (WILSON, 1913; HUNTINGTON, 1952; BERNSTEIN, 1955; KOLKO, 1963; LOWI, 1969), ou mesmo por estudos do próprio Stigler da década de 1960,

revelando o descompasso entre a regulação e seus objetivos no controle de preços de utilidades públicas a partir de casos do setor de energia elétrica (STIGLER e FRIEDLAND, 1962), ou o descasamento entre atuação regulatória no mercado de seguros e métodos de avaliação de seus resultados (STIGLER, 1964).

O diferencial de Stigler, em 1971, foi o de propor uma teoria geral que estudasse o mercado da regulação, com a aplicação do método e dos instrumentos da economia neoclássica sob o enfoque da escolha pública. A partir daí, toda uma corrente de estudos preocupou-se com a relação entre as motivações da tomada de decisão político-regulatória e a racionalidade econômica pertinente ao mercado da regulação, com incursões, por exemplo, na competição entre grupos de pressão por influência política (BECKER, 1983).

Enquanto teoria voltada a explicar quem seriam os beneficiados e os prejudicados pela regulação, que forma tomaria a regulação e quais seriam seus efeitos sobre a alocação de recursos (STIGLER, 1971, p. 3), a teoria econômica da regulação apresenta-se, em seu nascedouro, como uma teoria positiva ou descritiva (*positive economic theory of regulation*), ao invés de prescritiva ou normativa, ao se preocupar com o esclarecimento do funcionamento do mercado de tomada de decisões estatais. Antes dela, o campo de pesquisa econômica regulatória era dominado pela economia prescritiva de precificação de custo marginal (*normative economics of marginal cost pricing*), em que o papel do governo seria o de corrigir as falhas de mercado – frise-se, não do mercado da regulação, mas do mercado privado regulado (*private market failures*) – por intermédio das instituições reguladoras de utilidades públicas sob o mantra do monopólio natural e com o objetivo declarado de prevenir o aumento injustificado de preços (PELTZMAN, 1993, p. 818-819).

Ela também se apresenta como uma teoria de escolha pública, pois pressupõe racionalidade na tomada da decisão política (STIGLER, 1971, p. 4) e, como hipótese geral, parte da assertiva de que a indústria atuará como um ator

racional à procura da obtenção de regulação voltada ao controle de entrada no mercado regulado (STIGLER, 1971, p. 5).

Quando Stigler se opõe a teorias que explicam a regulação como produto do interesse público ou como resultado imprevisível do processo político, ele afirmará, como principal tese da teoria econômica da regulação, que a regulação mesma seria um insumo adquirido pela indústria (*acquired regulation*), moldado e operacionalizado mormente para o benefício da indústria regulada (STIGLER, 1971, p. 3), algo justificado pela excepcional existência de regulação onerosa sobre determinado setor industrial e instrumentalizado pelo pressuposto de que os processos políticos seguiriam uma agenda racional (STIGLER, 1971, p. 10) pautada pela demanda de partidos políticos por votos e recursos em troca da oferta de regulação (STIGLER, 1971, p. 12) e de legislação (STIGLER, 1971, p. 16), em frontal oposição a uma visão idealista sobre a regulação pública.

Ao propor uma abordagem de oferta de regulação remunerada por votos e recursos da indústria, Stigler (1971, p. 17) conclui pela ineficácia de medidas que pretendam alterar o comportamento de diretores de agências para que sigam o interesse público em última análise estranho à sua condição de ofertante de regulação em troca de votos e recursos. É importante esclarecer, neste ponto, que os ofertantes de regulação, para Stigler, são atores políticos inespecíficos, ou seja, tanto os legisladores, quanto membros do Executivo, quanto, no modelo americano, os integrantes das agências independentes (PELTZMAN, 1993, p. 823). Esperar que diretores de agências reguladoras implementassem o interesse público seria o mesmo, segundo Stigler, que esperar dos políticos que deixassem de almejar o apoio popular.

Há pontos de conflito entre a teoria econômica da regulação e a teoria jurídica da regulação. Como se verá adiante, na relação com a teoria processual da regulação, eles são de cunho ideológico e de orientação de conduta do regulador; não, de cunho científico.

Um aspecto de distinção central entre as vertentes da teoria da escolha pública e, por exemplo, a vertente responsiva da teoria jurídica da regulação deve ser, entretanto, antecipado. Ele se encontra no fato de que autores da teoria da escolha pública, que são teóricos da escolha racional individual, propõem desenhos regulatórios que tentam evitar a abertura de espaços ao regulado virtuoso.

Uma teoria de regulação responsiva, por outro lado, propõe o inverso: que o desenho regulatório seja concebido para fazer o maior uso possível do comportamento virtuoso.

A grande diferença entre uma teoria da escolha pública e uma teoria da regulação responsiva está no aspecto prescritivo do quanto recomendam que o desenho regulatório dependa do comportamento virtuoso – o mínimo possível para a teoria da escolha pública e o máximo possível para a teoria da regulação responsiva.

Isso não impede que tais teorias tão distintas nas recomendações prescritivas de conduta do regulador partilhem de pontos de vista semelhantes, desde o estudo do comportamento individual, comum a ambas, até a concordância quanto à máxima de que “bons jogos dependem mais de boas regras do que de bons jogadores” (BRENNAN e BUCHANAN, 2008, p. 150). Ambas as teorias são, portanto, em suas dimensões prescritivas, de desenho institucional.

A própria recomendação de que sejamos econômicos no uso da virtude parte de um pressuposto comum às teorias de escolha pública e da regulação responsiva: o de que **a virtude não é algo imóvel e inerte, mas algo que deve ser cultivado por desenhos regulatórios capazes de fomentá-la**. Um teórico da regulação responsiva diria que compete ao Estado esforçar-se em revelar a personalidade virtuosa dos atores regulados ou fazer uso de irrompimentos de virtuosidade, no tempo.

Ambas as teorias partem de pressupostos comuns – o de que **o Estado não pode se arvorar no pressuposto inocente de que o ator regulado se**

**comportará de forma virtuosa sem que haja incentivos que façam aflorar seu lado virtuoso.**

Todavia, como, na escolha pública, o incentivo do interesse individual é o guia da análise do comportamento coletivo, as recomendações de ambas as teorias divergem pela opção da escolha pública em “economizar na virtude” (BRENNAN e HAMLIN, 2004, p. 51) e da regulação responsiva em economizar na motivação, pois a presença da *grande arma benigna*, que será abordada no capítulo de teoria da regulação responsiva deste relatório, propositalmente apontada para os regulados não-virtuosos, impede que o tratamento uniforme de todos os regulados destrua a virtude de alguns e ainda tem o efeito de nutri-la.

**Ambas as teorias concordarão, entretanto, que não é recomendável depender de uma política pública da virtude, mas utilizá-la economicamente – escolha pública – ou reforçá-la – regulação responsiva.** Mesmo para a regulação responsiva, não há espaço para o regulador inocente: ela não depende de atores virtuosos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 50), mas de um desenho institucional em que ser virtuoso é incentivado e nutrido e o Estado se abstém de minar o comportamento virtuoso ao pressupô-lo desviante, inútil ou marginal. Pouco importa que o ator regulado seja bom ou mal; o que importa para uma teoria responsiva é que a virtude seja difundida e se alastre pelo maior número possível de regulados como comportamento internalizado e desejado por eles mesmos. Ser virtuoso não é uma característica intrínseca e natural a determinado regulado, mas uma qualidade nutrida por um desenho regulatório de constante incentivo ao bom comportamento.

Citando um ditado de chaveiros de que as fechaduras não são usadas contra pessoas más, que podem facilmente quebrá-las, mas contra pessoas boas, que entrariam em nossas casas se as vissem abertas, Feldman (2018, p. 32) evidencia a visão compartilhada por novos estudos de ética comportamental de que, embora a distinção entre pessoas boas e más faça sentido para crimes violentos, o mesmo não se aplica a comportamentos antiéticos ordinários, tais

como evasão tributária, desrespeito a deveres contratuais, violação de deveres de lealdade empresarial ou administrativa. O mais honesto cumpridor das leis é um infrator potencial. Por isso, o ambiente regulador não se destina a simplesmente punir o mal comportamento e premiar o bom comportamento, mas conformar o comportamento do regulado segundo incentivos que os encorajem a agir de acordo com as normas, mediante internalização da boa conduta, reconhecendo-se que o comportamento dos regulados é resultado de escolhas implícitas; não, explícitas. Feldman (2018, p. 218), ainda, reconhece que a abordagem regulatória mais coerente que leva em conta as várias funções da norma, as diferenças entre as pessoas e as variadas circunstâncias é, precisamente, a do *paradigma da regulação responsiva*.

**Para uma teoria de regulação responsiva, os incentivos são desenhados de acordo com o perfil do regulado, sabendo-se que o regulado pode adquirir facetas virtuosas, racionais individuais ou incapazes de conformidade à norma.** O desenho regulatório responsivo é imaginado para todos os tipos de regulados ou de comportamentos dos regulados, sejam quais forem seus perfis éticos: as instituições regulatórias, para a regulação responsiva, distanciam-se da escolha pública pois não pressupõem que o desenho regulatório deve ser pautado por uma verdade de que os atores regulados se comportarão como atores racionais. Igualmente equivocado seria considerar que a regulação responsiva pressuporia que os atores seriam essencialmente virtuosos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 53). A teoria responsiva desenha o esquema regulatório para a diversidade de personalidades e momentos de manifestação dessas personalidades, sejam elas virtuosas, racionais ou irracionais.

#### **4.2 Método regulatório por incentivos intrínsecos e governança regulatória**

Situadas as fronteiras entre uma teoria regulatória indiferente aos incentivos intrínsecos – teoria processual-administrativa – e as que compreendem

a dinâmica dos incentivos, recomendando economizar na virtude – teoria da escolha pública – ou na sanção – teoria da regulação responsiva, parte-se para o método regulatório apoiado em incentivos, posicionando-o frente a propostas sobre a natureza do sistema jurídico e sua relação com o comportamento esperado dos atores regulados.

A procura por um método pressupõe saber-se a natureza do objeto pesquisado: a regulação, como objeto metodologicamente endereçado, dirige os métodos possíveis de seu esclarecimento a partir de sua natureza. Ou seja, **o método depende de como se vê a regulação: como uma forma de afirmação da força por coerção extrínseca; como uma forma de diálogo e compromisso intrínseco; ou como uma combinação estratégica de coerção extrínseca e incentivos intrínsecos, bem ao gosto da teoria da regulação responsiva.** Por isso, é fundamental compreender-se a distinção entre as percepções do direito como coerção extrínseca ou intrínseca.

Para teorias apoiadas na percepção do direito como coerção extrínseca, ele – o Direito – somente se realiza quando descumprido. À primeira vista, pode parecer um contrassenso que, para uma vertente da teoria jurídica, o comportamento humano distoante da previsão normativa seja o principal pressuposto para a identidade do caráter normativo do texto positivado. Em outras palavras, a ausência de conformidade do comportamento individual às normas seria o que afirmaria a identidade própria ao direito, pois este somente seria visível e manifestado quando da coerção externa – leia-se, estatal – sobre o comportamento individual desviante.

É como se o comportamento desviante da previsão normativa fosse desejado para reforço da existência da norma, pois ela e o direito, como ser institucional, somente se afirmariam pelas condutas contrárias à prescrição normativa justificadoras do uso da coerção extrínseca como privação daquilo que o ser humano mais valoriza. Atente-se para o fato de que para as teorias jurídicas que exaltam a sanção, a mesma crítica se aplica: quando a sanção é tida como



essencial, significa dizer que o descumprimento da norma é desejado pelo Estado não no sentido de que o Estado incentivará ostensivamente a prática de atos ilícitos, mas no sentido de que a afirmação do direito somente será perceptível quando da existência do ato ilícito. O Estado, no paradigma da coerção extrínseca, estará diuturna e incessantemente à procura de mais ilícitos para afirmar a norma jurídica por intermédio de sua única manifestação perceptível: a sanção.

Não é objeto deste estudo avaliar as contribuições de visões do positivismo jurídico e do jusnaturalismo ao debate sobre a forma de ser do Direito, mas evidenciar que uma visão predominantemente positivista – ou para alguns, normativista – de que o Direito somente se afirmaria por sua negação e consequente manifestação como coerção extrínseca é responsável pela dificuldade dos juristas de hoje de verem para além da sanção, temendo pela extinção do Direito caso ela deixe de ser a primeira linha de ação, ou mesmo única, ao descumprimento da norma.

Assim, a relação entre norma, constrangimento normativo (*enforcement*), conformidade à norma (*compliance*) e coerção é um passo necessário para a desmistificação da sanção, sem que ela, por óbvio, seja afastada das opções regulatórias. Mais especificamente, interessa saber a relação entre a conformidade regulatória e a coerção extrínseca e intrínseca. Essa relação passa pela compreensão das acepções do termo governança e conformidade, bem como pela tendência contemporânea de migração das escolas de direito de uma abordagem tradicional da regulação para novos regimes inovadores de regulação (LOBEL, 2004).

A conformidade à norma, festejada em sua versão anglicana de *compliance*, quando referida à atividade de regulação, detém um significado inequívoco de uma miríade de respostas comportamentais de indivíduos e empresas às formas de controle estatal de atividades relevantes (PARKER e NIELSEN, 2011). Pode-se dizer que a conformidade à regulação é o resultado da relação entre a administração estatal da atividade empresarial – regulação

governamental – e a operacionalização da atividade empresarial pela própria empresa – governança empresarial.

De um lado, o Estado administra as leis produzindo normas regulamentares em geral – *government regulations* –, opta pelo Estado Regulador, ao privilegiar a administração apoiada em regras – *rule-based governance* –, ao invés de se resumir a funções macroeconômicas de tributação ou redistributivas de gastos públicos (MAJONE, 1994) e, finalmente, implementa modelos de governo regulatório (CROLEY, 2008) – *regulatory government* –, também chamados de regulação no governo – *regulation inside government* – (MINOGUE e CARIÑO, 2006, p. 3), ou, ainda, privilegia modelos de regulação predominantemente descentralizada e apoiada em comunidades normativas presentes no ambiente regulado via governança regulatória – *regulatory governance*.

De outro lado, tem-se a empresa, seja ela estatal ou não, organizando processos, sistemas e controles segundo orientações de governança empresarial – *corporate governance* –, com objetivos diversos, entre eles, o de satisfazer as expectativas de investidores internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006), o de pura eficiência econômica às expensas de considerações éticas ou o de sistemático diálogo entre ética e objetivos empresariais de mercado (ZIMMERLI, RICHTER e HOLZINGER, 2007).

Ambos os polos de governo e governança participam da vida da empresa sob enfoques distintos: o enfoque governamental de administração extrínseca da vida empresarial, seja por normas gestadas no seio estatal ou garimpadas em normas do modelo de negócios regulados; e o enfoque empresarial de operacionalização intrínseca de sua própria vivência.

Governança regulatória e governança empresarial são, portanto, termos que representam momentos distintos de afirmação da governança como método de governo de organizações empresariais mediante técnicas regulatórias

apoiadas na participação do regulado para alcance do interesse público – governança regulatória – ou de organização de processos, sistemas e controles movidos pelo interesse empresarial – governança empresarial.

O significado da governança regulatória é variável, mas sua característica fundamental está na necessidade de que os próprios afetados por um tipo de regulação apoiada em variáveis situadas fora das normas jurídicas presentes em comunidades normativas para além do Estado exercitem, em maior grau, habilidades colaborativas e assumam a responsabilidade por seus atos, configurando o modelo de governança regulatória descentralizada.

Há quem defenda, por exemplo, que a governança regulatória seria uma característica diferencial do Estado Regulador, quando este opta por abordagens regulatórias apoiadas em outros sistemas normativos que não somente o estatal, o que justificaria falar de uma governança regulatória em vários níveis – *multi-level governance* (KING, 2007). Como consequência, ao se defender a governança regulatória, trata-se de estilo regulatório para além do comando e controle, pois foge à compreensão da regulação como atividade intencional de controle oriunda do Estado pelo uso de regras jurídicas apoiadas em sanções.

O significado da conformidade regulatória – *regulatory compliance* – costuma estar associado ao de constrangimento normativo – *enforcement* –, entendendo-se o *compliance* regulatório como justificativa e parâmetro para os atos estatais de constrangimento do particular. O objetivo que se busca, todavia, é usualmente ambíguo, seja ele o de alcance de objetivos da coletividade ou de cumprimento de disposições normativas regulatórias (YEUNG, 2004, p. 11). Adota-se, aqui, a solução abrangente de se considerar o *compliance* regulatório como inclinado tanto à satisfação de interesses sociais em geral, quanto para o cumprimento de comandos normativos específicos (PARKER, 1999).

Quando se parte da ideia de governança empresarial, a regulação se transforma em um objeto de estratégia de negócios. A relação entre governança e

regulação advém, nesse caso, da necessidade de se orientar o comportamento empresarial rumo ao cumprimento ou não de regras regulamentares mediante o chamado *compliance* regulatório, como um dos pilares estratégicos de administração empresarial do trinômio governança-risco-compliance, mais especificamente, no que se refere ao risco operacional. Sob o enfoque da governança empresarial, o *compliance* regulatório consiste em estratégia empresarial frente às constrações regulatórias medida por uma análise de risco sobre a aplicação da regulamentação estatal.

Quando, por outro lado, se parte da ideia de governança regulatória, a regulação toma a forma de um modelo também estratégico, mas agora voltado ao alcance do interesse público mediante medidas governamentais que procuram incrementar o nível de *compliance* do particular, mediante **reforço dos incentivos** empresariais presentes em normas previamente existentes no sistema social regulado rumo ao interesse público. A presença de intervenção estatal, dessa forma, não significa uma opção por um modelo de comando e controle. Pode-se dizer mesmo que o modelo de regulação por incentivos existe prioritariamente em meio ao envolvimento estatal com medidas regulatórias de reforço dos incentivos. Jordan, Wurzel e Zito (2005), em estudo que comparou oito países da União Europeia, concluíram serem raros os casos de aplicação de novos instrumentos de política ambiental que não demandassem maior envolvimento estatal. Instrumentos regulatórios integralmente apoiados em governança empresarial sem o envolvimento do Estado são extremamente raros na prática regulatória dos países mais industrializados da União Europeia.

Daí se falar em estratégias ou modelos de *compliance* em substituição às formas de constrangimento da conduta privada. Enquanto as diversas formas de constrangimento extrínseco do indivíduo pelo Estado para o cumprimento de uma norma jurídica têm por enfoque predominante o quadro regulatório ordenador e criminalizador do comando e controle, a conformidade regulatória bebe da percepção, por parte do regulado, de que o sistema regulatório será justo

e eficaz. Enfim, o *compliance* regulatório angaria forças da relação de confiança entre regulado e regulador com ênfase na cultura e comportamento do regulado e, acima de tudo, na atitude cooperativa entre regulador e regulado (MCBARNET, 2002). Benkler (2009) ressaltará, entretanto, que a postura cooperativa também é uma postura regrada e regulada, propondo um conjunto de princípios regulatórios que devem guiar o regulador na implementação de dinâmicas cooperativas.

Mesmo sob o enfoque de governo regulatório, o *compliance* regulatório pode assumir o papel de parâmetro de sucesso ou fracasso da regulação (PARKER e NIELSEN, 2017). A regulação *stricto sensu* – governo regulatório –, quando em batimento com a governança regulatória, resume-se à atuação estatal sobre a esfera privada a partir do pressuposto de interferência unilateral e impositiva de constrangimento extrínseco.

Assim, o *compliance* regulatório é, ao mesmo tempo, uma estratégia empresarial de lidar com os modelos regulatórios, sejam eles de comando e controle ou de regulação descentralizada, como também um objeto de estudos de estratégias governamentais de regulação apoiadas em regulação ordenadora e criminalizadora ou principalmente apoiada na cultura de negócios do setor regulado.

*Compliance* é um termo novo na literatura jurídica, mas o que ele representa é mais velho que o tempo, pois tem sido estudado na esteira de uma tradição doutrinária mais abrangente e preocupada com a possibilidade de orientação de conduta do indivíduo por normas jurídicas: o *compliance* social ou conformidade normativa social.

O Direito, visto como técnica social, apoia-se no reconhecimento de sua influência sobre o comportamento humano e, por consequência, no pressuposto de que a disciplina normativa e a atividade administrativa ordenadora, prestacional ou fomentadora conformam a conduta daqueles que busca regular.

O dogma do Direito como pauta de conduta parte do pressuposto de que regras jurídicas e atuação administrativa se configuram em importantes guias do comportamento humano. Entretanto, o método utilizado para regramento de condutas é variável e revela a problematização daquele dogma quando ora defende a postura de uma administração ordenadora e criminalizadora, ora parte para uma abordagem pautada pelo esforço em se angariar convencimento social.

Ora a atividade reguladora se concentra em influenciar o comportamento do regulado por disciplina ordenadora apoiada na ameaça de imposição de sanções aflictivas (BLACK, 1998), ora se concentra em moldar o contexto fático em que ocorre a conduta, apoiando-se no pressuposto de que uma norma seria capaz de descrever adequadamente as reais circunstâncias em que os particulares praticam seus atos e de moldar a sua conduta segundo incentivos presentes no código de conduta próprio ao ambiente regulado (BLACK, 1997; MCBARNET e WHELAN, 1991; DIVER, 1983).

São abundantes as teorias que se propõem a definir a natureza do sistema jurídico em sua relação com o comportamento humano, projetando o Direito como uma realização institucional segundo a qual a conduta humana seria governada por regras (FULLER, 1964). As teorias jurídicas positivistas bebem da assertiva de que o Direito se afirma precisamente quando do distanciamento entre a conduta humana e a prescrição jurídica. O principal ponto de conflito entre as teorias de direito natural e do positivismo jurídico consiste em considerar o sistema jurídico um sistema, respectivamente, de coerção interna ou externa.

Essa diferenciação entre coerção externa e interna dá ensejo a duas técnicas opostas de regulação: a regulação por comando e controle, também chamada regulação por administração ordenadora e criminalizadora, como um tipo de regulação no Estado ou com enfoque no Estado, representada pela identidade entre regulação e normas estatais, entendida a regulação como uma faceta pública da organização empresarial (LAFFONT, 1994); e os tipos regulatórios apoiados em normas sociais ou suas galvanizadoras por intermédio

de incentivos, quais sejam, a regulação apoiada em redes, a regulação descentralizada ou as diversas manifestações da regulação apoiada na cultura de negócios do setor regulado.

A abordagem regulatória de comando e controle tem por ponto de partida a assertiva de que a norma jurídica detém força própria de vedação de conduta ou exigência de comportamento em um ambiente institucionalizado de controle direto e permanente sobre uma determinada área da vida econômica (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2010). Essa abordagem considera a ameaça de sanções aflitivas como suficiente para realinhamento de conduta do particular e, em especial, dos interesses empresariais rumo ao interesse público ou ao interesse de toda a sociedade (COGLIANESE e MENDELSON, 2010). Trata-se, portanto, de uma abordagem que é reforçada pela suposição de que o sistema jurídico manifesta-se por intermédio de atos coercitivos extrínsecos.

Kelsen (1992; 2003) defende que o Direito seria uma técnica social de um sistema de coerção externa apoiada no pressuposto de que o comportamento humano restaria motivado pelo Direito e por instituições jurídicas. A conduta humana seria afetada pela norma jurídica, cuja existência decorreria da validade do Direito como uma consequência de atos ilícitos.

Esse modo de se perceber o Direito não é exclusivo de Kelsen. Ao digladiarem sobre a essência de um direito, correntes de pensamento do positivismo jurídico inclinam-se a considerá-lo, seguindo Holmes, como somente a “substância de uma profecia” (HOLMES JR., 1918, p. 42), segundo a qual o poder público atuará contra aquele que o violentar. Disso decorre que um direito estaria incrustado no comportamento social do ser humano como uma coerção extrínseca sob a forma de privação de algo que o ser humano mais valoriza, seja a liberdade, a propriedade, a segurança, a privacidade ou qualquer outro desejo humano. Esse pré-requisito da teoria pura do direito entra em choque frontal com os fundamentos do direito natural, que afirmam a existência de princípios de dignidade, bondade e ordem na conduta individual (FINNIS, 2011). Em outras

palavras, a força vinculante do Direito, sob o ponto de vista do direito natural, encontra-se em um valor ou ideia intrínseca ao ser humano.

O debate entre o direito natural e o positivismo jurídico interessa para esta abordagem de *compliance* regulatório ao demonstrar como uma postura positivista apoiada em forças coercitivas extrínsecas influenciou a regulação rumo a um modelo de comando e controle, por intermédio da consideração do Direito como um simples conjunto de medidas coercitivas que se afirmam principalmente perante um ato ilícito.

Quando o positivismo jurídico de Kelsen defende que é por intermédio de um ato ilícito que se comprova a existência do Direito, ou quando Weber (WEBER, 1957) afirma que a identidade distintiva do Direito decorre da existência de um aparato coercitivo, ambos estão reforçando a conclusão de que, quanto mais sanções aflitivas existirem em um sistema jurídico, maior será a sua eficácia na conformação do comportamento social.

É bem verdade que o positivismo jurídico não se apresenta como um corpo consistente e monolítico de conceitos. Como prova disso, não se podem olvidar as críticas de H. L. A. Hart à teoria de Kelsen, entre outras coisas, por desconsiderar as diversas funções sociais do Direito, em particular, a função da norma de reconhecimento – *rule of recognition* –, que seriam, segundo Hart, uma evolução frente à abordagem proposta por Kelsen e apoiada no conceito de norma fundamental – *Grundnorm* (HART, 2012). Apesar das eventuais discordâncias entre as correntes de pensamento do positivismo jurídico, seus seguidores convergem para a assertiva de que o fundamento do Direito assenta-se sobre um conjunto de regras extrínsecas ao meio social que se pretende regular, regras estas voltadas à obtenção da conformação de conduta ou *compliance* social.

Embora não se possa dizer que o método regulatório de comando e controle seja oriundo do positivismo jurídico, há uma evidente relação entre ambos. A relação entre positivismo jurídico e método regulatório administrativo



ordenador e criminalizador demonstra que a preferência evidenciada atualmente no modelo regulatório adotado no Brasil em diversos setores por um modo específico de se lidar com o comportamento humano remonta à crença de que o Direito se manifestaria principalmente por intermédio de sistemas coercitivos extrínsecos, em detrimento da crença de que ele se manifestaria por intermédio de normas gestadas no sistema social que as normas jurídicas pretendem regular. Quando o regulador opta por uma abordagem regulatória que se fundamenta sobre as normas intrínsecas aos negócios regulados, estará nadando contra a corrente predominantemente positivista de nossos tempos.

Ao se falar em coerção extrínseca, também é importante observar que se está referindo a uma teoria de incentivos extrínsecos, que considera como incentivo toda medida extrínseca que induz determinados agentes a adotar um comportamento desejável. A teoria dos incentivos influencia teorias jurídicas que consideram o Direito como força motriz do comportamento individual em direção a resultados socialmente desejados, como, por exemplo, a consideração de que os contratos criariam incentivos jurídicos à atuação concorde das partes (SCHWARTZ e SCOTT, 2003), as patentes gerariam benefícios via monopólio de direitos intelectuais, incentivando novas invenções (HUBBARD, 2013), e a responsabilidade civil serviria como incentivo ao comportamento lícito ao impor custos via ameaça de composição de danos (LANDES e POSNER, 1987; CALABRESI, 1970).

Ao questionar essa tendência em resumir o Direito a um conjunto de incentivos extrínsecos, Atiq (2014) defende que os incentivos podem dar ensejo tanto a resultados desejados quanto indesejados. Quando a coerção extrínseca é prescrita como a pomada milagrosa para todos os males, pode-se chegar à conclusão, por outro lado, de que o único meio de se obter um resultado desejado seja por intermédio de agentes extrinsecamente motivados.

A desconexão entre o padrão normativo *de facto* de um determinado grupo social e o direito positivo consiste no objeto de pesquisa da sociologia do

direito desde a proposta de Montesquieu, no Espírito das Leis, de que o clima e a geografia explicariam o direito nacional, pelo que outros o seguirão, como a famosa assertiva de 1907 de William Graham Sumner, de que os caminhos da lei não conseguem alterar a prática social e de que a legislação é incapaz de criar costumes (SUMNER, 2002), até a proposta de 1913 de Eugen Ehrlich, segundo o qual o aparato conceitual do direito positivo deve refletir o direito vivo ou o caráter peculiar das instituições sociais de uma Nação (EHRlich, 2009).

O desenvolvimento mais recente de estudos empíricos em diversos setores regulados sobre a real capacidade do Direito em conformar condutas minou a certeza de que o uso exclusivo de medidas coercitivas extrínsecas desconectadas dos parâmetros normativos internos à sociedade seria capaz de explicar os resultados de sucesso e fracasso regulatórios e, com isso, evidenciou a importância de se rediscutir o real nível de *compliance* regulatório experimentado nos setores regulados.

As abordagens regulatórias de comando e controle tendem a se concentrar sobre fatores econômicos, sob o argumento de que seriam os principais fatores de conformação do comportamento empresarial. Há duas formas de homenagear essa proposta a depender do valor que se dê aos custos de implementação ou ao *compliance* regulatório.

Se o objetivo primário do regulador for o de obter o cumprimento da regulação segundo uma perspectiva estritamente econômica, o nível ótimo de implementação será alcançado quando os benefícios sociais de implementação da regulação forem iguais aos custos de implementação. Outra forma, entretanto, de se medir o sucesso regulatório está em avaliá-lo segundo o nível de *compliance* regulatório alcançado, independentemente do custo de sua implementação, apoiando-se na teoria punitiva de dissuasão.

Segundo essa teoria, o regulado seria dissuadido de cometer um ilícito e, portanto, caminhará no sentido do *compliance* regulatório, quando os custos

impostos pela intervenção normativa extrínseca superassem os lucros percebidos pelo regulado decorrentes da conduta ilícita. Esse raciocínio parte do pressuposto de que a empresa seria um ator racional que ponderaria os custos e benefícios de um ato ilícito (ABBOT, 2009). De acordo com essa abordagem, as empresas não adotariam condutas que lhes causassem prejuízo para o fim de cumprirem objetivos regulatórios – *compliance* regulatório – a não ser que suas ações fossem exigidas por normas jurídicas e os custos pelo descumprimento excedessem os benefícios em batimento com a probabilidade de serem descobertas e impedidas de praticarem o ato ilícito.

Segundo afirma Vogel (2005), os incentivos econômicos não explicam, todavia, a variedade de comportamentos empresariais dos regulados em casos em que a empresa implementa deveres jurídicos além do exigido pela normatização (*beyond compliance*) e que não decorram simplesmente de indivisibilidade tecnológica ou de uniformidade tecnológica (*overcompliance*). A conformidade perante as normas – *compliance* regulatório – decorreria, segundo correntes de pensamento apoiadas em comando e controle, da coerção extrínseca, mas ela não explica todos os casos de comportamento empresarial para além do exigido pela regulamentação. Outros fatores internos à dinâmica empresarial, como processos internos de poder e de liderança (PRAKASH, 2001) ou condições de incerteza regulatória e exasperada percepção sobre os riscos empresariais decorrentes do descumprimento da regulação (DEHART-DAVIS e BOZEMAN, 2001) também dirigem o comportamento do regulado.

A partir dessa constatação de insuficiência do comando e controle para explicação do *compliance* regulatório, outras teorias regulatórias tentarão dar conta desse paradoxo ao resgatar a compreensão do Direito como apoiado em normas e pressões sociais intrínsecas ao ambiente regulado.

Diversas são hoje as teorias econômicas e de ciência política sobre a regulação (LEVI-FAUR, 2011; OGUS e VELJANOVSKI, 1984). Por sua vez, algumas teorias jurídicas são de caráter substantivo, ao orientarem a regulação

rumo a valores que as justificam, tais como, aos direitos fundamentais, assim entendidos como direitos institucionalizados (ARANHA, 2019), ou aos cânones interpretativos derivados de princípios do Estado Regulador na mediação entre regulação e representação democrática para administração do risco social inscrito nos direitos do consumidor, na proteção do meio ambiente, na saúde do trabalhador (SUNSTEIN, 1993).

Outras teorias detêm caráter procedimental ao indicarem a forma de regular, independentemente dos valores a serem protegidos ou afastando-os dos holofotes, segundo estratégias de desenho regulatório ou de interação com a cultura de negócios regulados.

Tais teorias configuram-se em espécies de teorias procedimentais da regulação, tais como, a regulação ordenadora e criminalizadora (KELSEN, 1992; KELSEN, 2003; WEBER, 1957), também chamada de comando e controle, a regulação como forma jurídica de engenharia social (OGUS, 1983), a teoria da regulação inteligente (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998), as teorias sistêmicas de regulação, sejam elas autopoieticas ou não, como é o caso, respectivamente, da teoria do trilema regulatório (TEUBNER, 1986) e da teoria da regulação responsiva (BRAITHWAITE, 1982; BRAITHWAITE, 1985; BRAITHWAITE, 1989; AYRES e BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2002; BRAITHWAITE, 2006; BRAITHWAITE, 2008; BRAITHWAITE, 2011; KOLIEB, 2015; DRAHOS, 2004), e, finalmente, a teoria que bebe da própria construção jurídica do fenômeno processual de direito público: a teoria processual administrativa da regulação (CROLEY, 2008).

Algumas delas estarão mais inclinadas a incorporarem métodos de governança regulatória e, em decorrência disso, preocuparem-se prioritariamente, para definição das opções regulatórias, com o nível de *compliance* regulatório como parte da justificativa de sua adoção. A teoria da regulação responsiva, por exemplo, é comumente defendida por incorporar em sua

fórmula de pirâmides de persuasão e de punição a justificativa de que o método responsivo levaria a uma melhor efetivação do *compliance* regulatório.

O *compliance* regulatório, ou conformidade à regulação aplica-se tanto à regulação de comando e controle, quanto às espécies regulatórias apoiadas em normas e pressões sociais, mas é nestas últimas que ele se apresenta como um problema de primeira grandeza, já que a regulação ordenadora e criminalizadora é dogmática em pressupor que a conduta do particular seria afetada pela previsão normativa extrínseca e comumente – ou convenientemente – dispensa a análise sobre o real nível de conformidade regulatória.

A proposta de alteração do modelo regulatório apoiado principalmente na garimpagem de incentivos no ambiente regulado exige dos estudos pertinentes que se debrucem com mais afinco sobre o tema do *compliance* regulatório, elevando-o à categoria de componente essencial de teorias da regulação que afirmam a necessidade de modelagem regulatória à imagem e semelhança da cultura de negócios do regulado.

As teorias da regulação que enxertam em sua fundamentação o *compliance* regulatório, de fato, rendem homenagem a uma visão mais utilitária da regulação, justificando-a pelo melhor resultado de efetiva aplicação das normas e seu cumprimento por parte dos regulados.

Assim, o *compliance* regulatório ingressa na regulação como justificativa central para adoção de estratégias regulatórias alegadamente mais eficazes, mas também como um índice, entre muitos, destinado a inspirar a arquitetura de modelos regulatórios pautados pela aferição do sucesso ou fracasso de sua implementação.

O certo é que, atualmente, regulação e *compliance* andam de mãos dadas em quaisquer modelos regulatórios, com especial estrelato no seio das teorias da regulação apoiadas em normas e pressões sociais, aqui definidas como de incentivos intrínsecos, a partir de uma rede interdependente de influências

recíprocas entre mecanismos regulatórios e atitudes dos regulados (PARKER e NIELSEN, 2017) em alianças produtivas.

Se a importância do estudo de *compliance*, como demonstrado até aqui, é diretamente proporcional à aplicação de teorias regulatórias apoiadas na cultura de negócios do regulado, a propósito festejadas em organismos internacionais, isso, por si só, revela a centralidade do *compliance* social, em geral, e do *compliance* regulatório, em especial, nas discussões de modelagem regulatória que ocupam os atuais esforços de administração das leis, bem como evidenciam a também centralidade de modelos regulatórios apoiados em incentivos intrínsecos, bem como a importância em se aprofundar o estudo das motivações dos regulados.

A essa altura, a crítica de Eric Posner (2002) sobre como são comumente vistas as normas sociais que motivam o comportamento é relevante para que seja devidamente posicionada uma teoria regulatória apoiada em incentivos intrínsecos sem que isso represente a opção por uma posição dogmática sobre os efeitos que eles operam na conformidade à norma.

O autor critica a forma como o problema da desconsideração da regulação extrajurídica (*nonlegal regulation*) ou mecanismos extrajurídicos de cooperação (*nonlegal mechanisms of cooperation*) ou formas extrajurídicas de ordenação (*nonlegal forms of order*) têm sido tratados pela literatura, pois os estudos comportamentais, em geral, somente se preocupariam em dizer que as forças exógenas seriam insuficientes para explicar a ordem social, mas não avançariam sobre o que efetivamente motiva o comportamento social em obedecer as regras não estatais. Ele propõe um arcabouço analítico para análise das formas de constrangimento social e descreve tais normas sociais como regularidades comportamentais (*behavioral regularities*).

Ou seja, a compreensão de como as normas sociais operam efeitos no comportamento depende de um modelo de cooperação, que, por sua vez, depende

da dinâmica de incentivos sociais. A análise regulatória deve fazer uso das normas e incentivos sociais não meramente como instrumentos de alcance de bens coletivos, mas como seres institucionais e vivos, que precisam ter suas motivações preservadas para que permaneçam eficazes. Por isso, a teoria da regulação responsiva, que será aprofundada mais a frente, chega a dizer que as motivações intrínsecas do ator virtuoso dependem, para sua preservação, da existência de motivações extrínsecas punitivas.

É como se a maioria das teorias regulatórias apoiadas em normas sociais garimpassem as normas existentes na cultura de negócios do setor regulado e as reputassem eternas e imutáveis, ao invés de dependentes dos fatores sociais que lhe dão força. Sem um estudo aprofundado das motivações sociais para cumprimento das normas sociais, mesmo a regulação apoiada em normas sociais pode, rapidamente, transformar-se em algo ainda menos eficaz que a regulação de comando e controle, pois estará apoiada em normas pretensamente sociais sem força social.

Uma norma social sem força social já não é mais uma norma social, e sim um fantasma de norma social presente na regulação e um engodo, pois despida de força social que lhe dá utilidade. Enfim, a norma social, ao ser incorporada à regulação sem o cuidado de averiguação institucional contínua sobre os incentivos sociais que a preservam, a transforma em uma norma estatal de terceira ordem, pois despida do constrangimento extrínseco e agora também despida do constrangimento intrínseco do meio social que a hospedava.

A crítica de Posner é dolorosa, pois revela que as teorias regulatórias que se apoiam em normas sociais para fugirem do estigma de estarem apoiadas em constrangimento externo, na verdade, podem estar agregando outra forma de constrangimento, às vezes, mais violento e desumano, que o estatal.

A crítica de Posner revela, embora não fosse essa sua intenção expressa, que uma regulação apoiada em normas sociais não seria necessariamente bem

intencionada e sensível, mas reforçada por um rol distinto de constrangimentos. Outros autores não deixam de falar dos constrangimentos ao se remeterem ao termo, por exemplo, de pressões sociais, mas ao deixarem de se aprofundar em tais pressões, dão um ar de superioridade implícita à sua moralidade e as imunizam de críticas quanto à justiça de sua implementação, reforçando-se a assertiva de que a regulação apoiada em normas sociais seria essencialmente utilitária, sorvendo forças da maior eficácia dos modelos que propõe e convenientemente fechando os olhos às reais motivações que dão força às normas sociais, tornando-as relevantes.

Em outra seara, estudo empírico doutoral recente demonstrou que o pressuposto usualmente aceito de que experiências reputadas de sucesso sobre as motivações dos membros de entidades de garantia mútua de crédito se apoiariam no capital social não se confirmou. A conclusão do estudo foi, pelo contrário, de que tais iniciativas não se apoiariam, efetivamente, na confiança interpessoal ou em normas sociais oriundas das relações interpessoais, mas em confiança de natureza institucional apoiada em normas formais (SAMPAIO, 2019, p. 428). Essa constatação empírica da experiência modelar italiana demonstra como qualquer proposta séria de autorregulação depende de seu encaixe em um modelo institucional regulador que lhe dê viabilidade. **Não existe, nessa linha de pensamento de dependência entre o comportamento e a confiança institucional, autorregulação desregulada.** Mesmo propostas de códigos voluntários de conduta para setores regulados procuram evidenciar ser indispensável que, para alcance de efeitos benéficos, eles sejam inseridos em um ambiente de efetivo monitoramento por terceiros independentes (COHEN, 1998), que agem como substitutos de reguladores (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998, p. 262), ou mesmo, que exista uma teia entrelaçada de códigos voluntários e normas governamentais capazes de se apresentarem de forma complementar e construtiva (WEBB e MORRISON, 2004).



Não por acaso, o artigo precursor de uma das teorias jurídicas da regulação mais conhecidas e festejadas no presente, publicado no volume 80 da *Michigan Law Review* de 1982, era intitulado *government enforced self-regulation* – autorregulação com constrangimento normativo governamental, ou, na tradução usual, autorregulação regulada –, no intuito de diferenciá-lo da correção (BRAITHWAITE, 1982). Aliás, a proposta de autorregulação regulada de Braithwaite presente nesse artigo de 1982 foi posteriormente incorporada, dez anos mais tarde, como Capítulo 4 do livro de 1992 inaugural da regulação responsiva (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). No artigo original, de 1982, um dos argumentos de evidência da necessidade de uma nova forma de lidar com a regulação era precisamente a provável deterioração regulatória oriunda da política pública de Ronald Reagan de relaxamento regulatório (*easygoing regulatory approach*), bem como uma resposta a propostas apoiadas na “inocência em atribuir às empresas a regulação de si mesmas” (BRAITHWAITE, 1982, p. 1470). Uma teoria responsiva da regulação acreditará na autorregulação, mas não em qualquer autorregulação: ela desconfia da autorregulação voluntária. Uma teoria de autorregulação regulada parte do pressuposto de que as empresas são, de fato, mais capazes de regular suas atividades empresariais do que o governo, mas terem maior capacidade de regular não significa que sejam mais propensas voluntariamente a regular com efetividade. Eis a grande diferença entre propostas de autorregulação voluntária e autorregulação regulada: somente a última delas impõe soluções antipáticas às empresas, fazendo uso de grupos de compliance empresarial, por exemplo, mediante regramento governamental de que o diretor de compliance deve reportar à agência reguladora, à diretoria da empresa ou a um corpo de auditores externos, quaisquer diretivas oriundas dos grupos de compliance que tenham sido ignoradas pela gerência empresarial (BRAITHWAITE, 1982, p. 1470). Trata-se de uma regulação de segundo nível, em que as ordens de conduta são oriundas do setor regulado, submetidas à aprovação do órgão regulador, cabendo ao regulador lidar com as deficiências de controles internos, agregando consequências impositivas a processos de auditoria e a

recomendações de grupos de compliance, definindo parâmetros mínimos de melhoria dos serviços prestados, anunciando margens aceitáveis de impacto regulatório, entre outros. Se a autorregulação desejável será factível ou não, isso é objeto de outro nível de análise, que enfrentará não somente casos de incentivos institucionais à adoção de medidas autorregulatórias, mas também afirmará, por exemplo, que mesmo experiências fracassadas de autorregulação podem levar ao sucesso da coordenação empresarial em torno a regras mais efetivas (SAMMECK, 2012, p. 140).

**As propostas mais avançadas de novas teorias regulatórias não são, portanto, de mero relaxamento regulatório, mas de maior inteligência regulatória** ponderada entre regulação e espaços de autonomia controlada do regulado.

A compreensão sobre a motivação do comportamento regulado é, portanto, um aspecto central para o contínuo melhoramento de um modelo regulatório. Ela revela que o método regulatório deve estar aberto à apreensão diuturna dos motivos cambiantes que regem o comportamento dos regulados, mesmo nos espaços de maior liberdade de autodeterminação autorizados pelo regulador.

## 5. TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA ATUALIZADA

### 5.1 Aspectos preliminares e efeitos sobre os compêndios de elementos de fiscalização da ANAC

Alguns cuidados preliminares são necessários para o devido enquadramento da teoria da regulação responsiva e sua aplicação ao setor aéreo.

O primeiro cuidado encontra-se em esparcar, de pronto, a dúvida sobre a **relação entre a teoria da regulação responsiva e a modalidade regulatória apoiada em incentivos intrínsecos**. Elas não se confundem tanto em virtude do fato da regulação responsiva ser uma teoria e, portanto, uma “formulação coerente de técnicas, estratégias e modalidades regulatórias propostas com o intuito de repercutirem sobre a engrenagem regulatória pressuposta do espaço regulado” (ARANHA, 2019, p. 73), como pelo fato de que a teoria da regulação responsiva necessariamente combina formas de regular apoiadas em incentivos extrínsecos e intrínsecos, como condição de psicologia comportamental social (DRAHOS, 2017, p. 25-114) para efetividade da estratégia responsiva. O esforço do capítulo anterior deste relatório em esclarecer as virtudes e o significado da regulação apoiada em incentivos intrínsecos se deve ao fato de que a prática institucional regulatória brasileira tem, em grande medida, olvidado essa dimensão da estratégia regulatória, exigindo, assim, um maior ônus argumentativo para sua inserção no esquema regulatório em posição de igualdade à tradicional forma extrínseca de regular. Para a teoria da regulação responsiva, as formas de regular apoiadas em incentivos extrínsecos e intrínsecos são interdependentes.

Um segundo cuidado preliminar é o de se compreender que a **teoria da regulação responsiva pode ser aplicada em diversas esferas da atuação regulatória**. Tanto é possível aplicar a teoria responsiva na confecção de um edital de licitação de uso de bem público para que a administração de seus efeitos

se dê por uma rede de governança responsiva, quanto é possível que ela seja aplicada à modelagem regulatória das atividades de fiscalização de um setor regulado, ou mesmo, que ela seja aplicada no desenho institucional ou regulamentar correspondente. Haverá, dessa forma, tantos momentos ou esferas de aplicação da teoria da regulação responsiva, quantos forem desejados pelo regulador.

Um terceiro cuidado também esclarecedor deve-se ao fato de que a teoria da regulação responsiva não propõe um menu regulatório estanque e padronizado, mas uma **abordagem heurística de aprendizado do regulador**, mediante erros e acertos, frente aos instrumentos ou técnicas que a teoria descortina para seu uso conforme as condições específicas do setor regulado, da capacidade institucional do regulador, das condições do mercado regulado, enfim, da conjuntura regulatória. Precisamente por isso, a teoria pode ser aplicada em setores distintos, em que os instrumentos ou técnicas regulatórias à disposição do regulador diferem. Ora o ordenamento jurídico determina a aplicação de um regime jurídico específico de concessão, permissão ou autorização, ora define conjuntos distintos de competências – exclusivamente ordenadoras de condutas, de arbitramento administrativo de conflitos, de regulamentação de condutas, ou uma combinação de tais competências –, ora se concentra em disciplina de serviços, ora em infraestrutura para sua prestação. A regulação responsiva é um modelo dinâmico.

Um quarto cuidado decorre da existência de tipos de responsividade. A teoria da regulação responsiva sugere que o regulador deve ser responsivo ao ambiente regulado – à estrutura da indústria regulada e às motivações que importam aos atores regulados – e à conduta do regulado para optar por uma resposta mais ou menos intervencionista (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4). A partir desse pressuposto, não há somente um tipo de responsividade, mas vários. Braithwaite (2017), em artigo recente, divisa quatro **tipos de responsividade**, dentre eles a piramidal, a responsividade em rede e a

metarregulatória. A variedade de tipos de responsividade demonstra que, para cada problema regulatório, etapa regulatória, competência regulatória, setor ou área setorial regulada haverá um ou mais tipos responsivos mais adequados à consecução do interesse público.

Um quinto cuidado é o de se transmitir, de forma incontestada, a mensagem de que **a teoria da regulação responsiva não prima pela impunidade. Pelo contrário, ela fornece meios para que a capacidade institucional do regulador esteja livre para se concentrar nos ofensores contumazes e em problemas mais prementes.** O regulador relutante em escalar a pirâmide de punições pode-se dar ao luxo de concentrar seus esforços nos casos mais relevantes, desde que seja seletivo em bases sólidas e isonômicas. Por outro lado, o regulador que se lança de forma automática e irrefletida no projeto impossível de persecução de todas as infrações, sejam quais forem os níveis de relevância ou o planejamento estratégico fiscalizatório, entrega sua agenda ao regulado, invertendo a relação, na medida em que o regulador é que passa a ser pautado pelo comportamento do regulado, e ainda perde a condição de definir prioridades e concentrar esforços em casos que realmente tenham repercussão sensível para os consumidores e para a sociedade como um todo.

Finalmente, um sexto cuidado é o de se evitar traduzir a pirâmide responsiva como uma ordem para o regulador classificar condutas, segundo sua gravidade. A teoria da regulação responsiva pressupõe que, independentemente da seriedade da infração, deve-se tentar resolver o problema com medidas persuasivas da base da pirâmide antes de se promover à escalada das punições, a não ser que haja razões convincentes de que medidas persuasivas não sejam indicadas. Ou seja, **a teoria desincentiva a classificação apriorística de condutas em camadas da pirâmide responsiva**, ou mesmo em medidas persuasivas ou punitivas. Braithwaite (2017, p. 118) enfatiza que a responsividade piramidal não consiste em especificar, de antemão, quais seriam os temas que deveriam ser tratados na base da pirâmide, quais seriam sérios o

suficiente para ingressarem na posição mediana da pirâmide e quais seriam de notória reprovabilidade para ingressarem no topo da pirâmide.

Essa característica da teoria da regulação responsiva levanta um óbice à prática verificada de **compêndios de elementos de fiscalização da ANAC**, quando eles são utilizados para categorização apriorística de condutas fiscalizatórias. Para que tais compêndios tenham sinergia com uma estratégia responsiva da Agência, eles precisariam se desgarrar da aplicação consistente de medidas independentemente da conduta responsiva do regulado. Uma solução possível para aplicação virtuosa dos compêndios de elementos de fiscalização em estratégia responsiva seria o de espelhar cada compêndio de elementos de fiscalização hoje existente em tantos **compêndios responsivos** quantos forem os grupos de regulados segundo classificação de risco. Os regulados devem ser categorizados conforme indicadores de regularidade de cumprimento de normas e/ou de cumprimento de medidas preventivas, ou de outros índices representativos do que o regulador da ANAC considera relevante demonstrativo de compromisso do regulado para solução concertada e eficaz dos problemas setoriais. Para grupos de regulados classificados como de baixo risco regulatório, o compêndio correspondente situar-se-ia na base da pirâmide, repleto de medidas de convencimento e correção voluntária ou pactuada de conduta, enquanto que, para grupos que se situassem em outros patamares de risco, os compêndios correspondentes escalariam as consequências punitivas. O acoplamento dessa estratégia com uma já aplicada em outro setor regulado, revelado em diferentes posturas de ação de fiscalização diagramadas segundo o posicionamento relativo do regulado na escalas de risco, como Costa (2020) revela na prática institucional recente da Agência Nacional de Transportes Aquaviários em claro exemplo de micro-responsividade, traria uma apresentação verdadeiramente responsiva à atuação fiscalizatória da ANAC, apoiando-se na experiência da ANTAQ para complementá-la com uma atribuição funcional inovadora aos compêndios de elementos de fiscalização. A inserção dos compêndios de elementos de fiscalização no esquema responsivo traz um duplo benefício ao desenho regulatório: a) de um

lado, expande a transparência das medidas esperadas pelos regulados; b) de outro, expande o sentimento de justiça das medidas mais gravosas, sabido que elas estão sendo utilizadas pelo insucesso da abordagem dialógica, e sabe-se (MURPHY, 2016) que quando a regulação é vista como mais legítima e apoiada em justiça procedimental, a conformidade às normas é mais provável. O desenho, entretanto, dos compêndios de elementos de fiscalização, pode ser expandido para absorver a recomendação da teoria da regulação responsiva ‘corrigida’ (BRAITHWAITE, 2008, p. 99), de que nunca se deve escalar a pirâmide de punições para aplicação de respostas mais severas antes de se considerar todas as intervenções disponíveis de caráter horizontal – governança regulatória em rede (BRAITHWAITE, 2006) ou mesmo a forma metarregulatória (PARKER, 2004; GABROSKY, 1995) da autorregulação regulada (BRAITHWAITE, 1985) – e menos gravosas.

Expressos os cuidados prolegômenos, o texto que se segue reproduz estudos anteriores da equipe da UnB sobre regulação responsiva, atualizando-os com o que há de mais recente na literatura mundial de regulação responsiva para que o estado da arte da teoria e suas fontes estejam documentados, e sirva ao passo seguinte de aplicação ao setor aéreo.

## 5.2 Justificativa e origem da teoria da regulação responsiva

Antes de tudo, é importante ressaltar que a teoria da regulação responsiva é uma teoria *in fieri*, com acréscimos e desenvolvimentos que se estendem desde estudos empíricos de movimentos nacionais de desregulação e proposta de teorização responsiva sobre a natureza do direito, ambos da década de 1970, estudos sobre o papel influente da ordenação social, mercadológica, estatal e corporativa na estruturação da indústria regulada, em especial da década de 1980, passando pelo clássico livro de Ayres e Braithwaite, de 1992, sobre regulação responsiva, que organizou estudos prévios, como o do próprio Braithwaite sobre autorregulação regulada, de 1982, até uma infinidade de artigos científicos e livros sobre o tema que ocuparam as décadas de 1990, 2000 e

2010 com propostas de melhoria teórica, tais como a proposta do diamante regulatório de Kolieb (2015), e aplicação prática em formato de governança nodal, como foi o caso do esforço do próprio Braithwaite (2006) de expansão do campo de aplicação da teoria para países em desenvolvimento, ou mesmo avanços para o campo dos princípios regulatórios que sirvam de guia para a composição de um mix de técnicas regulatórias proposta pela regulação inteligente de Gunningham e Grabosky (1998). Estudos já da década de 2010, sobressaindo-se os australianos, demonstrarão o uso da regulação responsiva e da pirâmide regulatória em diversos setores, desde a atividade de administração regulatória, passando por saúde pública, meio-ambiente, transportes e comunicações (IVEC e BRAITHWAITE, 2015).

A teoria da regulação responsiva não se confunde com a teoria do direito responsivo de Nonet e Selznick (2017) esboçada em 1978, embora Ayres e Braithwaite procurem identificar na regulação responsiva aspectos de flexibilidade, negociação e cidadania participativa próprios ao direito responsivo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 5). Os autores da regulação responsiva não aprofundaram o tema, mas a leitura de Nonet e Selznick em sua crítica à proposta de Dworkin de que decisões judiciais deveriam ser derivadas de princípios, ao invés de políticas, entendendo-se por princípios as proposições que descrevem direitos e por políticas as que descrevem objetivos (DWORKIN, 1975, p. 1060-1067), é um rico campo de análise sobre os fundamentos da opção regulatória e sua relação com os direitos. A função paradigmática do direito responsivo está na regulação, ao invés da solução de litígios privados, entendendo-se a regulação como o processo de elaboração e correção de políticas, processo este necessário à realização de um propósito legal (NONET e SELZNICK, 2017, p. 108-109). A regulação, para a interpretação do direito, detém por guia primário a finalidade legal como propósito da norma, o que evidencia a disfuncionalidade da burocracia em sua propensão de “transformar meios – regras e objetivos operacionais de todo tipo – em fins” (NONET e SELZNICK, 2017, p. 80). Isso demonstra como a



inexplorada natureza da regulação frente à interpretação do direito ainda tem um longo caminho a seguir.

A regulação responsiva, entretanto, afasta-se de discussões sobre a razão de ser da regulação para afirmar-se como uma teoria que, em seu nascedouro, procurou **transcender o impasse entre posições extremadas** que advogavam, de um lado, a intensificação da regulação estatal e, de outro, a desregulação, algo aliás inscrito no próprio subtítulo do livro de Ayres e Braithwaite sobre regulação responsiva: transcendendo o debate da desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992). A teoria da regulação responsiva detém inúmeras bases teóricas, mas uma delas que merece ênfase está no pressuposto da incapacidade da lei e do processo em atingirem simultaneamente todos os objetivos neles pretendidos (BRAITHWAITE, 1984, p. 290; DIVER, 1979, p. 1499). O momento histórico do livro clássico de Ayres e Braithwaite, por sua vez, foi de uma experiência de cerca duas décadas do predomínio de um discurso pró desregulação, de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, e da diferença em termos de efetivos constrangimentos normativos implementados pelas agências reguladoras dos Estados Unidos no primeiro e segundo governo Reagan, em que foi detectada uma efetiva retomada da força regulatória – no segundo mandato – após uma inicial diminuição no primeiro mandato. Essa constatação de que o discurso de desregulação, de fato, resultara em mais regulação vinha atribuída à compreensão de que a regulação havia migrado de um período de opção maniqueísta entre regular e desregular para uma era de fluxo regulatório caracterizada pelo predomínio dos fluxos e refluxos, de correntes e contracorrentes oriundas da interrelação e interdependência entre as ordens social, mercadológica, estatal e associativa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 14). Essa concepção de fluxo regulatório revelava que cada uma dessas ordens seria importante para tanto restringir quanto reforçar o poder das demais e que teorias de regulação que se preocupassem com apenas um aspecto – usualmente o de ordenação estatal ou a autorregulação – estariam fadadas ao fracasso, por desprezarem os efeitos disruptivos e, ao mesmo tempo, complementares das

demais ordens. A teoria da regulação responsiva é uma resposta à **retórica de oposição** entre desregular e regular mais intensamente, em homenagem à nova realidade de fluxo regulatório, ou também chamada de fluxo institucional. Dita retórica de opção entre dois extremos não é exclusiva desse período histórico. A análise de Osborne (2018) sobre a oposição entre regulação política – estatal – e autorregulação é um exemplo de quanto atual é a tentativa de se priorizar, em abstrato, uma opção frente à outra. Antes de procurar posicionar propostas teóricas assentadas em ideologias, o principal autor da teoria, John Braithwaite procurará apoiar o desenho regulatório responsivo em estudos empíricos, algo que o acompanhou desde sua tese doutoral preocupada em fugir das armadilhas ideológicas para avançar sobre relações empiricamente comprováveis (BRAITHWAITE, 1979).

A desconstrução da retórica de oposição entre regular e desregular apoia-se tanto em constatações empíricas de ricochete de movimentos de desregulação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 8), quanto nas constatações de que a desregulação como política leva a sua autodestruição (SIGLER e MURPHY, 1988, p. 42-43) e de que movimentos de privatização vêm acompanhados de aumento da regulação, chegando-se a dizer que privatização e desregulação seriam tendências sociais de sinais trocados. Quando se intensifica a privatização, aumenta-se a regulação, e vice-versa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 11).

### 5.3 Pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva

Dita origem da teoria da regulação responsiva na intersecção entre movimentos extremos de regulação e desregulação explica os **pressupostos** por ela utilizados. O pressuposto central encontra-se no fato de que seria no **espaço de interação e influência recíproca** entre regulação estatal e privada onde estariam as melhores oportunidades de construção de alternativas de desenho regulatório à então discussão polarizada entre regular e desregular. Ali, o regulador tem condições de se concentrar no redirecionamento dos pontos de

contato entre regulação pública e privada, ao invés de almejar modelos de plena regulação estatal ou, igualmente perniciosos modelos de autorregulação voluntária (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 3). Um pressuposto inafastável da teoria da regulação responsiva é o de que se assume que os atores regulatórios, sejam eles reguladores ou regulados, na maioria das vezes, optam por estratégias de atuação ineficientes e, assim, a regulação responsiva é uma prescrição de atuação estatal contínua à procura de novas estratégias quando o regulador é confrontado com insucessos recorrentes, assumindo-se que a maior parte das iniciativas regulatórias fracassam na maioria dos contextos de aplicação (BRAITHWAITE, 2014, p. 22).

A ideia de que a regulação seria indesejada é rejeitada pela teoria da regulação responsiva. Essa teoria parte do princípio de que o bom funcionamento dos mercados somente pode atingir uma estágio ótimo e, portanto, benéfico às ordens envolvidas, quando o fluxo regulatório estiver sendo integrado por intermédio da regulação estatal. **Punição e persuasão são dependentes entre si** e reforçam os efeitos de sua contraparte (BRAITHWAITE, 1985, p. 86). Um dos pressupostos da teoria da regulação responsiva – um pressuposto, em particular, empiricamente deduzido – é o de que a ameaça de sanção pode figurar como um instrumento mais apropriado do que a persuasão para obtenção de informação sobre o descumprimento das normas. “O poder de punir ajuda a afirmar a legitimidade dos reguladores que desejem persuadir” (BRAITHWAITE, 1985, p. 118). Persuadir, para a teoria da regulação responsiva, significa negociar, abrindo-se mão da aplicação intransigente de punições para valorizar o comportamento cooperativo do regulado e, em última análise, ampliar os efeitos da regulação (BRAITHWAITE, 1985, p. 113), pois a “punição nunca resulta sozinha em um meio efetivo de regulação de negócios” (BRAITHWAITE, 1985, p. 117). A boa regulação é aquela que sabe impor sanções, quando necessárias – não simplesmente possíveis, pois as sanções drenam muito mais dos recursos regulatórios – sem que seja destruída a capacidade da fiscalização de persuadir, apoiando-se na maior presença pressuposta de sinergias do que

incompatibilidades entre punição e persuasão (BRAITHWAITE, 1985, p. 119). Outro pressuposto da teoria responsiva está no fato de que dita sinergia pavimentaria o caminho de menor resistência empresarial à norma (BRAITHWAITE, 1985, p. 126). A resposta à pergunta sobre se é preciso punir ou persuadir é de que nem um nem outro, mas ambos, pois são técnicas interdependentes.

Nas palavras dos próprios autores da regulação responsiva, um certo grau de desregulação seria bem-vindo, com a queda do muro de Berlim, para os países saídos da cortina de ferro da União Soviética, mas mesmo essa medida deveria ser acompanhada de esforços para constituição das ordens regulatórias até então inexistentes ou fragilizadas pelo regime comunista, sem as quais os novos mercados não teriam como funcionar ou sobreviver. Ou seja, a receita regulatória para ingresso daqueles países no regime capitalista passaria necessariamente pelo reforço da regulação nas diversas ordens regulatórias, mesmo que com a diminuição da intensidade regulatória da ordem estatal (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 7). Isso ocorre porque outro pressuposto da teoria da regulação responsiva é o de que a **fiscalização regulatória realizada pela indústria seria mais ostensiva, demorada e profunda do que a realizada por agentes públicos.**

É um equívoco, segundo a teoria da regulação responsiva, pressupor-se que a autorregulação seria uma opção de amenização das consequências pelo descumprimento das normas quando comparada com constrangimentos públicos, pois há evidências de que punições societárias decorrentes, por exemplo, de departamentos de compliance podem ser muito mais severas do que as extrinsecamente implementadas (BRAITHWAITE, 1985, p. 122). A fiscalização privada seria mais violenta, mais invasiva, mais detalhista, com maior capacidade de detecção de problemas, teria mais fiscais e pessoal de compliance das empresas, mais preparados, além de gozarem de confiança empresarial para obtenção de informações e correção de rumos (BRAITHWAITE, 1982, p. 1468).

A característica de servir como meio de interação entre ordens regulatórias evidencia o porquê da teoria da regulação responsiva ter sido concebida como uma estratégia específica de governança do mercado (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4), com ênfase no termo governança para ressaltar que **medidas regulatórias estatais somente têm reforço e limites quando confrontadas com medidas regulatórias internalizadas nos atores regulados**. Em especial, estratégias regulatórias que posicionem as normas no seio das empresas reguladas, tornando-as parte do processo de produção, mediante ratificação de normas oriundas de propostas do próprio regulado geram maior aderência do comportamento empresarial às prescrições normativas (BRAITHWAITE, 1985, p. 126). Essa característica de reforço da autonomia do sistema regulado também decorre da constatação de que a regulação pode aplicar, em seu escopo, uma recomendação para a regulação das relações internacionais: “maximizar a liberdade como não-dominação” (BRAITHWAITE, 2013, p. 142).

Além disso, outro pressuposto da teoria da regulação responsiva está na afirmação de que regras governamentais detalhadas nunca poderão cobrir adequadamente as deficiências de gestão empresarial decorrentes de planejamento inadequado, falhas de comunicação e contabilidade deficiente; as minúcias de uma gestão empresarial eficiente são inalcançáveis por regras estatais, mas passíveis de incentivo pela escalada regulatória (BRAITHWAITE, 1985, p. 124-125).

Ao se posicionar como uma teoria capaz de interagir com o novo fluxo regulatório, ela se apresenta como um **método de vantagens mútuas no jogo regulatório** (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 17).

Além disso, a forma como a teoria da regulação responsiva vê os regulados repercute na estruturação da pirâmide regulatória e na sua dinâmica. Para os autores da regulação responsiva, os atores regulados são **combos de compromissos contraditórios** com valores de racionalidade econômica, respeito às leis e responsabilidade nos negócios (AYRES e BRAITHWAITE, 1992,

p. 19). A regulação responsiva opera na convergência entre análises de escolha racional e análises sociológicas que negam o pressuposto do modelo da escolha racional. Não só cada ator regulado se comporta de uma forma, como cada ator regulado manifesta-se de diversas formas contraditórias a depender do momento, do contexto, das motivações, dos incentivos, enfim, do ambiente regulador. A existência de diferentes personalidades do regulado faz com que seus comportamentos sejam sensíveis a diferentes motivações e, portanto, somente podem ser devidamente controlados por uma sólida estrutura regulatória e estratégia apropriada oriunda da teoria dos jogos e aplicada no dilema do prisioneiro conhecida como estratégia regulatória da retaliação equivalente, “isso por aquilo” (GOETTENAUER, 2019, p. 136), ou *tit-for-tat regulatory strategy*, capaz de ser contingencialmente responsiva à provocação, mas também capaz de contingencialmente perdoar. Ao se apoiar na teoria dos jogos, a teoria da regulação responsiva absorve seus pressupostos e um deles a caracteriza pela compreensão de que uma teoria normativa do agir estratégico regulatório em busca do comportamento desejado depende da vivência empírica, ou seja, ao invés de se apoiar em considerações apriorísticas, apoia-se na interação efetiva entre os jogadores (SCHELLING, 2002, p. 162-163).

Essa complexidade de comportamento de um mesmo ator regulado resulta em quatro **pressupostos sistêmicos** abraçados pela teoria da regulação responsiva, quais sejam:

- a) uma estratégia regulatória inteiramente apoiada em persuasão e autorregulação será manipulada pelos regulados quando eles são motivados por racionalidade econômica;
- b) uma estratégia apoiada prioritariamente em punições mina a boa vontade dos atores quando eles são motivados por um senso de responsabilidade social;

- c) uma estratégia apoiada prioritariamente em sanções punitivas fomenta uma subcultura de resistência à regulação na organização empresarial, em que métodos de resistência legal e contra-ataque são incorporados no modo de ser da indústria;
- d) a estratégia regulatória da retaliação equivalente – isso por aquilo, *tit for tat* ou TFT – é eficaz em impedir o desrespeito às normas por atores puramente movidos por racionalidade econômica, mas também é útil em gerar confiança e ação ou compromisso cívico – *civic virtue*.

Os dois primeiros pressupostos sistêmicos acima decorrem de Braithwaite (To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety, 1985). O terceiro é inspirado em Bardach e Kagan (Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness, 1982) e o quarto decorre das propostas de Anatol Rapoport de teoria dos jogos assimiladas à regulação por John Scholz, na linha da estratégia cooperativa (SCHOLZ, 1984a), e da conformidade voluntária (SCHOLZ, 1984b).

A abordagem regulatória de retaliações equivalentes tem por pressuposto que a melhor regulação não é uma constante punitiva, mas também não é uma constante persuasiva. Ambas as abordagens são necessárias para caracterizar a regulação responsiva como forma de regulação que angaria força em migrar de uma postura cooperativa para uma punitiva e vice-versa, conforme a postura do regulado, ou seja, a personalidade que esteja aflorando naquele contexto: a do agente motivado pelo lucro, pela responsabilidade social ou por princípios de negócios. Ao incorporar a figura da pirâmide regulatória, mais a frente esmiuçada, a teoria da regulação responsiva qualifica essa migração necessária entre posturas cooperativas e punitivas pelo pressuposto de que o **regulador que promove a escalada de estratégias regulatórias tem uma vantagem comparativa frente ao que não faz uso dela** (BRAITHWAITE, 1985, p. 142). A existência de punições – em abstrato e em concreto – é um

incentivo para o regulado ingressar no jogo cooperativo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 34).

A teoria da regulação responsiva apoia-se, além disso, em um conjunto de assertivas derivadas de estudos empíricos prévios, tais como a de que sanções são dispendiosas, pois desperdiçam recursos em litigância, enquanto a persuasão é barata, e os constrangimentos de natureza punitiva criam um jogo de gato e rato regulatório, em que as empresas encontram formas de fugir à regulação e o Estado cria mais e mais normas para colmatar as lacunas regulatórias. Todos eles indicarão o caminho mais produtivo da postura cooperativa estratégica: “rejeitar a regulação punitiva é inocente” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 25); o oposto também o é. A conformidade é otimizada em uma regulação contingencialmente feroz e complacente (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 27). Não existe uma fórmula mágica de regras de conduta aplicável a todas as empresas, mesmo em um determinado setor, que resulte no mesmo comportamento, pois cada empresa apoia sua estrutura formal de ser em sua história, personalidades dirigentes, estatutos, que geram um ambiente empresarial em que uma solução única será incapaz de gerar comportamentos equivalentes (BRAITHWAITE, 1985, p. 61-62).

Finalmente, a teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que a regulação cooperativa será tanto mais possível quanto maior for a dimensão ou intensidade de três requisitos: a) o uso de uma estratégia de barganha de retaliação equivalente; b) a disposição hierárquica de uma gama de sanções e de estilos regulatórios interventores nas pirâmides de constrangimento; e c) a altura da pirâmide, representada pela afluência de sua sanção mais severa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 40).

#### 5.4 A teoria é responsiva a quê?

Compreendida a ambientação da teoria da regulação responsiva e seus pressupostos, cabe perguntar-se quanto ao quê ela se julga responsiva. A resposta



a essa pergunta é uma tríade (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4). A teoria seria responsiva:

- a) **à estrutura da indústria regulada**, no sentido de que cada setor regulado exige graus e formas regulatórias específicas;
- b) **às motivações** que importam aos atores regulados, segundo os objetivos que guiam as ações das empresas, dos grupos empresariais e dos indivíduos isoladamente, ou seja, segundo os diferentes perfis de atores influentes no comportamento regulado;
- c) **ao comportamento do regulado**, à procura por evidências de que o regulado esteja tornando efetiva a regulação privada, reagindo conforme graus distintos de intervenção estatal.

Outro enfoque também oriundo da teoria da regulação responsiva está em se dizer que a estratégia responsiva é em relação à constante mudança dos ambientes regulatórios e de responsividade daqueles que são regulados (BRAITHWAITE, 2014, p. 22). Ou seja, a teoria propõe que o regulador seja responsivo à constante transformação e, para isso, seja sensível à experiência contextual dos atores regulados.

Em proposta de expansão da responsividade rumo a uma “verdadeira” regulação responsiva, Baldwin e Black (2007) defendem que o regulador deve ser responsivo não somente ao comportamento do regulado, mas também à conformação operacional e cognitiva das empresas, ao ambiente institucional e à performance do regime regulatório, às diferentes lógicas dos instrumentos e estratégias regulatórias e às transformações que nelas se operam. Eles concluem que uma regulação somente será verdadeiramente responsiva quando ela conhecer os regulados e seus ambientes institucionais, quando for capaz de implementar novos e diferentes lógicas regulatórias de forma coerente, quando for sensível a sua própria performance e quando conseguir compreender as

transformações dos desafios que enfrenta (BALDWIN e BLACK, 2007, p. 47). Parafrazeando Baldwin e Black, o aspecto ‘verdadeiramente’ inovador de sua proposta está na apresentação da responsividade também como interação com o regime regulatório, haja vista que mesmo o aspecto não pleiteado na teoria original de responsividade de combinações de instrumentos e estratégias regulatórias fora antecipado por Gunningham e Grabrosky (1998) na formulação da teoria da regulação inteligente, mais a frente tratada.

## 5.5 Características específicas da atuação responsiva do regulador

Além da caracterização dos fundamentos para a ação responsiva da Administração Pública, a responsividade do regulador é caracterizada por um diferencial próprio ao modelo responsivo: espera-se do regulador que atue de **forma inovadora** sobre o rol de respostas regulatórias à dinâmica da estrutura, das motivações e do comportamento do regulado. Em termos jurídicos, a atividade regulatória sofre com um reserva infralegal qualificada pela inovação constante oriunda de alterações aferíveis de estrutura, motivações e comportamento do regulado. Uma disciplina infralegal regulatória responsiva incorpora, por pressuposto, as razões acima como próprias ao princípio de tratamento isonômico dos regulados: o regulador recompensará a cada um conforme suas obras. Não se deve confundir, entretanto, uma abordagem responsiva com o culto pela recompensa. Tais conceitos são mais antípodas do que complementares. A literatura responsiva chega ao ponto de concluir que recompensas formais são contraproducentes (BRAITHWAITE, 2002), incentivando um comportamento meramente reativo por parte do regulado, abrindo-se espaço, em certos casos, para seu uso na base da pirâmide de constrangimento e, mesmo assim, não como linha de frente, e também na pirâmide aspiracional, ambas mais à frente tratadas. Não seria um exagero dizer que a regulação responsiva recomenda ao regulador afastar-se ao máximo das recompensas formais, à exceção do espaço de atuação

do regulado para além da conformidade às normas inscrito na pirâmide aspiracional. A teoria responsiva recomenda sem temor, entretanto, o uso de recompensas informais, como elogios e reconhecimento.

A teoria responsiva é uma meta-estratégia, como faz entender Braithwaite (2014, p. 18) ao tratar, lado-a-lado, das estratégias restaurativa e responsiva como estratégias sobre como selecionar estratégias voltadas à solução de problemas concretos mediante uma regulação assim entendida em sentido lato como uma forma de redirecionamento do fluxo de eventos por intermédio de abordagens multidimensionais (BRAITHWAITE, 2014, p. 21-22).

A literatura responsiva, predominantemente de língua inglesa e hospedada na tradição anglo-americana, falará ainda de delegação de funções regulatórias, muito ao gosto da própria justificativa jurídica do exercício do poder regulador por delegação legislativa. É sabido, entretanto, que a tradição informadora das instituições de direito público brasileiras não incorpora essa dicção para afirmação da competência das agências reguladoras, de modo que se passa a falar, aqui, do que se pretende enfatizar com dita referência como **galvanização de normas sociais pela ordem regulatória estatal**. Nesse sentido, a governança do mercado ocorre, na teoria da regulação responsiva, por intermédio de técnicas informadas, estudadas, pensadas, planejadas e estratégicas de transposição de funções regulatórias do método de intervenção extrínseca estatal para a ordem regulatória empresarial. É da combinação entre medidas intrusivas e medidas de incentivos regulatórios que exsurge a configuração responsiva da regulação.

O modo como se dá a influência sobre a ordem regulatória do mercado via transposição de funções regulatórias do Estado para a iniciativa privada, na teoria de regulação responsiva, encontra-se apoiado em um conceito essencial à teoria de regulação responsiva. Trata-se do **escalonamento de formas de intervenção governamental**, representado na pirâmide de constrangimento normativo ou *enforcement pyramid* (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53) e

que, intuitivamente, significa a escalada de constrangimentos mais intrusivos aos descumpridores das normas, mas também, e tão importante quanto, a desescalada gradual dos constrangimentos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 128) inspirada na estratégia de relações internacionais de redução gradual de tensão criada por Osgood, em 1960, sob o codinome *Graduated Reciprocation in Tension-Reduction – GRIT*.

O **caráter gradual de escalada** na pirâmide de constrangimento se apresenta como outra marca identificadora da regulação responsiva, inspirada em estudos que revelam a ineficácia em se partir diretamente para estratégias dissuasivas ao invés de se apelar à ética dos negócios e a medidas educativas sobre as consequências das ações do regulado (PATERNOSTER e SIMPSON, 1996). O reforço do momento cooperativo entre regulador e regulado é o enfoque central da teoria responsiva, entendendo-se esse momento não somente como a autorregulação voluntária própria aos espaços de direito privado naturais a qualquer ambiente regulatório, mas principalmente como o momento de construção conjunta de soluções, inclusive sancionáveis, mas com a expectativa de que não se precise chegar à sua aplicação.

A pirâmide é a representação mais conhecida da teoria da regulação responsiva e detém orientações prescritivas próprias para sua identificação enquanto tal, quais sejam:

- a) que persistam punições ameaçadoras no topo da pirâmide, pois a sua força é tanto maior quanto maior for a distância entre a base da pirâmide e as medidas intrusivas do seu ápice, inscrito na famosa afirmação de que “as agências reguladoras serão capazes de falar manso quando forem vistas com grandes cassetetes” (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 6);
- b) que contemple uma hierarquia de sanções e de estratégias regulatórias de graus variados de intervencionismo;

- c) que funcione com controle cidadão apoiado no conceito de tripartismo republicano regulatório, o que gera maior aderência aos objetivos regulatórios, previne a corrupção, impede a captura danosa, encoraja certas formas de captura benéfica e nutre a democracia;
- d) que inspire confiança na atitude esperada do regulador em escalar e desescalar o constrangimento normativo, ou seja, que transmita credibilidade quanto ao escalonamento ser real e efetivo, pois somente assim o regulador poderá, confiante no temor do regulado em sofrer a escalada de punições, concentrar-se em formas menos intrusivas e menos estadocêntricas de intervenção, beneficiando-se de uma governança *laissez-faire* sem abdicar da responsabilidade pública pela correção de comportamentos desviantes (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4-5). A regulação responsiva prefere tentativas fracassadas de punição à ausência de movimentação por parte do regulador nesse sentido, quando a cooperação falhar. Esforçar-se por punir, mesmo que fadado ao insucesso, é “muito mais eficaz do que docilmente abster-se de exercer poderes persecutórios” (BRAITHWAITE, 1985, p. 137), pois se resultar meramente em uma orientação interna empresarial de que todos os departamentos atentem para o problema, já se terá cumprido a função de reforço de normas internas e, portanto, de incentivo à conformidade.
- e) que contemple a escalada não somente de punições formais, mas também de constrangimentos em geral, como frequência de atos de fiscalização (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38), monitoramento tripartite (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100), ou seja, quaisquer ações que gerem desconforto no

regulado e percepção de que terá migrado de uma posição de maior liberdade e segurança para outra de maior controle e ameaça.

Espaço considerável da exposição sobre a teoria da regulação responsiva é reservado a identificar os **destinatários** dessa transposição de funções regulatórias realizada de forma específica e condicionada. São eles: a) os grupos de interesse público (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100); b) os competidores desregulados (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 133-157); c) as empresas reguladas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 101-132). A forma de se efetivar essa transposição é naturalmente influenciada pelas técnicas regulatórias à disposição do regulador e pela natureza do destinatário, mas isso não impede que fossem fixadas características gerais do desenho regulatório em que tais técnicas são distribuídas.

Não há dúvidas que a proposta de regulação responsiva é teoricamente sólida e seu espaço de oportunidade empiricamente justificado. Os próprios idealizadores da teoria, entretanto, admitem que ela não entregaria um programa ou conjunto de prescrições sobre a melhor *forma* de regular (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 5). Essa afirmação deve ser, entretanto, ligeiramente corrigida com o desenvolvimento conceitual da teoria regulatória para se afirmar que a teoria da regulação responsiva fornece um arcabouço teórico e recomendações práticas que demonstram formas recomendadas de regular inspiradas no mecanismo regulatório responsivo de transposição de funções regulatórias, governança empresarial, reforço do fluxo regulatório e integração das técnicas de regular em uma pirâmide de punições e de incentivos. No seu nascedouro, também não faltam prescrições de técnicas regulatórias a serem utilizadas nas camadas da pirâmide regulatória. O que efetivamente falta à teoria da regulação responsiva e nunca poderá ser colmatado é uma receita de ingredientes regulatórios predefinidos para todas as situações-problema (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 18), pois a teoria parte do pressuposto de que cada

caso, setor, ambiente institucional, inclusive jurídico, e cultura regulatória demandarão um esforço inovador do regulador na montagem da pirâmide regulatória segundo estratégia pensada frente à estrutura da indústria regulada, às motivações que importem aos atores regulados e o efetivo comportamento dos regulados. Espera-se do regulador um juízo informado e circunstancial sobre a devida modelagem da pirâmide regulatória e uma atitude responsiva aberta a uma variedade de abordagens – técnicas – regulatórias, atitude essa inspirada na proposta de Sigler e Murphy (1988) de *compliance* empresarial.

Não há, portanto, na regulação responsiva, soluções universais, mas isso não impede que Ayres e Braithwaite recomendem algumas técnicas úteis à estruturação e implementação das ações regulatórias nas camadas da pirâmide de constrangimentos. Por exemplo, a proposta de autorregulação regulada é recomendada como estratégia de galvanização da ordem regulatória empresarial por intermédio de incentivos ao exercício responsável de controles internos. A transposição de funções regulatórias do Estado para o setor regulado pode mesmo chegar a transpor o monitoramento das demais funções transpostas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4).

O formato da pirâmide é alongado, ou seja, de base mais alargada, como qualquer pirâmide, mas com o seu topo distorcendo o formato tradicional piramidal com um distanciamento desproporcional da base. Quanto mais distante for o topo da pirâmide da base, melhores serão os resultados de conformidade projetados pela atuação responsiva. Isso significa dizer que o arsenal de sanções disponíveis ao regulador deve ser o mais poderoso possível, gerando a imagem, no regulado, de que a agência reguladora é uma grande arma benigna (*benign big gun*), com fala mansa, mas portadora de um cassetete descomunal (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 40-41). Essa apresentação da agência como capaz de lançar mão de sanções devastadoras (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53), mas somente as exercitando quando todas as demais opções de atuação cooperativa falharem e uma cadeia de sanções menores escalonadas (AYRES e

BRAITHWAITE, 1992, p. 19) forem utilizadas sem a repercussão esperada trará efeitos diferenciados de conformidade às normas no comportamento dos regulados. O sucesso do modelo regulatório responsivo apoia-se não só no escalonamento das intervenções regulatórias, mas também na variedade de níveis de intervenção e na maior distância possível entre o ambiente de maior liberdade do regulado e a camada da pirâmide regulatória de sanções ameaçadoras.

Outra forma recomendada pela teoria da regulação responsiva para atuação do regulador encontra-se na forma de aplicação da estratégia de constrangimento de retaliação equivalente – *TFT enforcement strategy* –, apoiada na importação da teoria dos jogos à regulação (SCHOLZ, 1984a; SCHOLZ, 1984b), em que a regulação é modelada segundo o dilema do prisioneiro. Tanto a análise de teoria dos jogos quanto o capítulo de regulação parcial da indústria foram contribuições de Ian Ayres (2013) ao livro seminal da regulação responsiva de 1992. Uma abordagem regulatória de retaliação equivalente implica, por parte do regulador, o comportamento de se abster de aplicar sanções enquanto a empresa for cooperativa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 54-100), pois simulações computacionais de rodadas experimentais demonstram que essa postura maximizaria os resultados de conformidade à norma e minimizariam custos regulatórios, sendo benéfico para ambos – regulador e regulado – enquanto ambos adotarem posturas cooperativas. Por isso, é disruptivo quando a empresa se aproveita da postura cooperativa do regulador para trapacear no *compliance*, como também é disruptivo quando o regulador cede à tentação de aplicar sanções a empresas cooperativas, pois tais atitudes disparam retaliações do Estado em aplicar sanções e da empresa em se evadir das normas. O importante da aplicação da teoria dos jogos à regulação decorre da ciência de que uma parte – regulador ou regulado – somente detém trunfos em relação à outra parte enquanto persistir na postura cooperativa. A partir do momento que o Estado lança mão de constrangimentos normativos extrínsecos, culminando nas sanções aflitivas e incapacitantes, ele perde a vantagem no jogo, o mesmo sucedendo com as empresas desleais à postura cooperativa. O meio para que esse formato de



estratégia regulatória de retaliações equivalentes seja implementado, no Brasil, demanda, entretanto, esforço de engenharia jurídica. A tradução dessa estratégia regulatória para a experiência jurídica brasileira, que desconfia da discricionariedade e submete o servidor público a uma espada de Dâmocles de responsabilização iminente com ônus da prova invertido, encontra-se no desenho de **regimes jurídicos próprios aos comportamentos cooperativo e adversarial**.

O *modus operandi* do regulador na regulação responsiva é também decisivo. É um requisito de sucesso da atuação da agência reguladora, segundo as prescrições da teoria da regulação responsiva, que ela reconheça a existência de **níveis de agregação de atores regulados**, seja o nível de agregação das empresas em associações, o nível de desagregação das empresas em subdivisões empresariais, o nível de desagregação das subdivisões em agentes empresariais e, finalmente, o nível de desagregação dos agentes/indivíduos em seus múltiplos eus ou personalidades (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19, 34), pois as motivações incidentes sobre o ator regulado provocam facetas de sua personalidade, que dependem das circunstâncias de momento e contexto, ora incorporando a personalidade maximizadora do lucro, ora a obediente às normas, ora a respeitante do ambiente de negócios. Como já se disse mais acima, os atores regulados são combos de compromissos contraditórios. A regulação deve reconhecer essa ordem de incentivos de racionalidade econômica, respeito às normas e responsabilidade social e nos negócios: o tratamento respeitoso abre espaço à manifestação da personalidade de responsabilidade social do executivo da empresa. Trata-lo sem recorrer-se a ameaças é um incentivo para que aflore sua faceta com responsabilidade perante a norma e responsabilidade social (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 27-35). A agregação e desagregação dos atores regulados e a consciência de que se trata de atores com múltiplas personalidades representa a forma como a teoria da regulação responsiva sintetiza o binômio ‘objetivos-motivações do regulado’ para evidenciar que a

escalada de constrangimentos e sanções responde aos diferentes objetivos e motivações dos atores regulados.

Dentre as recomendações ao regulador, a teoria da regulação responsiva indica que:

- a) o regulador deve ter sempre, como ponto de partida e primeira forma de abordagem de aproximação, a cooperação (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 21), o que não se confunde com a recomendação de que a base da pirâmide de estratégias regulatórias seja a autorregulação, pois uma coisa é dizer que a postura do regulador deve iniciar pela cooperação e outra é dizer que o regime regulatório destinado aos atores regulados cooperativos é o da autorregulação e autorregulação regulada apoiado na ideia de que o regulado pode internalizar punições mais persuasivas por intermédio, por exemplo, da atuação de departamentos de segurança do trabalho com poderes de recomendar que um empregado seja demovido de sua função ou que perca oportunidades de promoção (BRAITHWAITE, 1985, p. 122);
- b) o regulador deve estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 25);
- c) o regulador deve se comportar de modo a transmitir um recado claro e em alto e bom tom de que atores regulados descumpridores das normas que não adotem, honestamente, posturas cooperativas, sofrem efetiva perseguição, ou seja, deve transmitir a real impressão de credibilidade da atuação reguladora punitiva sob pena de

desincentivar os atores cumpridores das normas quando eles não veem credibilidade na efetiva punição dos infratores (BOWLES, 1971);

- d) o regulador deve dar tempo suficiente ao regulado para correção de conduta antes de escalar as sanções, o que reafirma sua reputação de regulador justo, apoiando-se na paciência como incentivo à adoção de postura cooperativa pelo regulado e no rigor exemplar e divulgação dos resultados punitivos para todos os regulados quando a postura cooperativa falhar (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 43);
- e) o regulador deve identificar níveis de conformidade às normas, classificando-os na pirâmide de constrangimentos (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 42) e, para cada nível de descumprimento das normas, deve existir um correspondente agravamento sancionatório (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 37), trabalhando com a abundância de meios sancionatórios, pois a escassez deles representa perda de eficácia da pirâmide regulatória;
- f) o regulador deve adotar uma visão de longo prazo, tanto na compreensão do setor regulado, quanto na expectativa de colher os frutos do modelo da pirâmide regulatória (BRAITHWAITE, 1982, p. 1466);
- g) a fiscalização regulatória deve ser **episódica** (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 42-43), ou seja, deve avançar sobre um tema específico com averiguação e escalada de constrangimentos para em seguida ser suspensa por determinado período, entendendo-se os episódios de

fiscalização como forças-tarefa de prioridades estatais com início e fim para que o caráter punitivo ou persuasivo contínuo sofra interrupções estratégicas e retomadas.

Ao reforçar a fiscalização regulatória episódica, a teoria da regulação responsiva está evidenciando como uma fiscalização concentrada em padrões de comportamento indesejados é mais eficaz do que uma fiscalização apoiada em cumprimento horizontal e contínuo de toda a regulamentação (BRAITHWAITE, 1985, p. 40).

Cada episódio ou período de fiscalização dirigida e aplicação de escalada de constrangimentos deve vir acompanhada de maior exigência de evidência cooperativa do regulado, sendo que quanto mais cooperativo ele for, mais rápido sairá da situação de desconforto.

Um tipo de medida cooperativa envolve aquilo que a doutrina internacional chama de auto-sanção (*self-sanction*), como, por exemplo, a obrigação da empresa pagar por investigação independente para produção de relatórios públicos sobre desconformidade normativa (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 44).

O caráter episódico de esforços de regulação responsiva evidencia que esse tipo regulatório é inimigo da aplicação rotineira de penalidades, pois essa postura estatal destrói a cooperação e qualquer benefício derivado de sanções verdadeiramente graves.

O Estado deve lançar mão da persuasão, no *front*, reservando a punição para a retaguarda, pois a teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que, quanto menos evidente e poderosa for a técnica de controle utilizada para alcance da conformidade, será mais provável que ocorra a internalização da norma no comportamento do regulado.

Por isso, o regulador deve seguir o **princípio do mínimo suficiente**, ou seja, somente deve ir até o ponto da pirâmide de constrangimento suficiente para o alcance da conformidade. Cada avanço para além do necessário diminui os efeitos benéficos da proposta responsiva, que segue a lógica de que medidas de dissuasão ou incapacitação somente têm lugar quando a internalização de normas no comportamento do regulado falhar (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 49-51).

O momento cooperativo da negociação regulatória é potencializado pelo efeito instrutivo e demonstrativo que o regulador deve adotar ao entabular discussões nessa fase, evidenciando que os efeitos da desconformidade à norma serão inexoráveis. A cooperação entre regulador e regulado deve vir acompanhada de uma clara exposição dos efeitos maléficos do insucesso, tanto nos níveis de agregação empresarial – reputação empresarial – quanto de desagregação individual – exposição pessoal (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 45).

Ao desenhar a pirâmide regulatória, o regulador deve também ter presente que há diversos tipos de constrangimentos para diferentes atores regulados e suas diferentes personalidades. Sanções aflitivas com efeitos econômicos voltam-se ao ator regulado e a manifestações de seu eu obediente à racionalidade econômica, como multas, intervenção, apreensão, lacração, suspensão provisória de atividades.

Tais sanções ainda se encontram no nível de procurar impedir ou prevenir a ação danosa; são constrangimentos dissuasivos (*deterrence*), mas não incapacitantes (*incapacitative*), tais como a cassação, que por sua natureza definitiva e final, dirige-se a atores ou personalidades irracionais (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 30).

Outros tipos de constrangimento, como publicidade adversa (FISSE e BRAITHWAITE, 1983), também tocam na tecla da racionalidade econômica, mas, como comprovado por Gunningham e Grabosky (Smart Regulation: Designing

Environmental Policy, 1998), somente para certos tipos de empresas de um setor regulado motivadas pela perda de reputação.

O regulado ora age motivado pelo lucro, ora por responsabilidade social, entendendo-se que o regulado é um retrato de como o regulador o trata, pois a forma como o regulador trata o regulado o faz migrar de um comportamento apoiado em virtude para outro apoiada em racionalidade econômica; o regulador cultiva a personalidade correspondente à forma de tratamento que aplica ao regulado (BRAITHWAITE, 1985).

Um exemplo de comportamento produzido por tipo regulatório que pressupõe o pior do regulado é o que se vivencia no Brasil na relação entre certos órgãos de controle e a Administração Pública. Tais órgãos são acusados, no dia-a-dia da atuação administrativa, de pressuporem que todo servidor público seria um criminoso em potencial, tratando cada deslize ou erro não intencional como uma tentativa cuidadosamente planejada de burlar as leis. Mesmo que isso não seja verdade – e não é –, a teoria comportamental responsiva evidencia que o que realmente importa é como o comportamento do controlador repercute no controlado e a imagem de tais órgãos na Administração Pública é inquestionavelmente dirigida a uma constante punitiva. Dada essa imagem prevalecente, os órgãos de controle brasileiros acabam por minar o comportamento virtuoso do servidor público e fazem florescer, conforme argumentam os estudos de motivações individuais, um comportamento retaliador do agente em cumprir somente o absolutamente exigido por lei, ou seja, o agente controlado passa a adotar uma postura radical de racionalidade, tendo sua personalidade virtuosa embotada por um regime corregedor que tende a desconhecer o reforço de atitudes pautadas por responsabilidade social e respeito às leis.

O regulador deve fazer com o regulado, portanto, o inverso do que certos órgãos de controle fazem com ele. O regulador deve adotar a postura de que o ato de conformidade à norma do regulado não necessariamente se baseia no receio de

ser punido, mas em uma opção deliberada pela conformidade. Sua atuação estratégica – do regulador – deve ser orientada não à acusação e à ameaça (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 48), mas ao esclarecimento da norma em busca do eu-responsável – a personalidade do regulado motivada por responsabilidade social –, pois, do contrário, arrisca transformar um regulado moralmente orientado em um adversário despido de princípios. A postura que não condiciona cada ato do regulado a uma ameaça reforça o sentido de responsabilidade ao se pautar pela confiança.

Isso evidencia outro aspecto fundamental da implementação de um desenho regulatório responsivo: uma **comunicação competente** sobre o modelo, a intenção do Estado de cumpri-lo à risca e a imagem de invencibilidade e justiça do regulador ao se apresentar decisivo na escalada progressiva de ameaças à imagem e semelhança de um cão pastor que consegue domar um rebanho com sinais progressivos de agressividade, transmitindo uma imagem de ataque iminente, mas sem ter que, na grande maioria dos casos, chegar às vias de fato. Essa postura faz desabrochar, no regulado, sua personalidade leal, cumpridora das normas, cooperativa e de responsabilidade social (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 47). A clara comunicação antecipada sobre a intenção do Estado em escalar as punições da pirâmide é um incentivo para a indústria e o regulador de procurarem fazer funcionar a regulação nas camadas mais baixas (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

A pirâmide regulatória também deve ser estruturada lançando-se mão de um abundante arsenal de medidas interventivas de constrangimento, evitando-se a concentração do esforço regulatório em poucas sanções graves. É na **gradação das sanções** que reside a força de uma regulação responsiva. Tanto mais forte será a pirâmide em impactar o comportamento do regulado quanto mais medidas forem dispostas com graus de constrangimento distintos, desde medidas amenas até as mais graves. É sabido que a disciplina do comportamento exclusivamente por medidas gravosas extremamente drásticas pode levar à

ineficácia da regulação e ao fenômeno da subregulação e impunidade (FEELEY, 1983; MENDELOFF, 1979).

Tão importante quanto o que fazer é o que não fazer na regulação responsiva e a recomendação mais incisiva da teoria está em que o regulador não transforme a pirâmide em um retalho de medidas regulatórias independentes. Quando a teoria da regulação responsiva indica como desenho regulatório ideal o da pirâmide, o faz para evidenciar que o modelo regulatório responsivo é um conjunto integrado de medidas escalonadas em gradação correspondente às motivações e aos comportamentos dos regulados. Se o exercício da atuação responsiva se desviar para se concentrar na aplicação de sanções drásticas ao invés de se concentrar na atitude cooperativa e no tratamento da fiscalização regulatória como episódica, estará colocando a perder todos os benefícios esperados da modelagem regulatória. Da mesma forma, se o regulador se concentrar na negociação e atitude cooperativa descurando-se da escalada de constrangimentos, também estará abrindo mão dos benefícios dessa atitude (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

Finalmente, foi deixado por último a recomendação da teoria da regulação responsiva que parece ter sido elaborada pensando-se no setor de telecomunicações, segundo a qual, nas indústrias de transformações tecnológicas céleres, o regulador deve apostar pesadamente em persuasão, ao invés da punição (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 26). Essa afirmação deve ser lida, obviamente, em conjunto com o corpo de recomendações da regulação responsiva, eminentemente apoiada em medidas de retaliação equivalente contingenciais, de reavaliação constante, de regimes de comportamento e motivações dos regulados, de contínua e episódica escalada e desescalada de constrangimentos e de disponibilidade de um amplo arsenal de medidas punitivas.



## 5.6 A necessária desmistificação do processo sancionador como principal resposta regulatória do Estado

Não obstante alguns avanços tenham sido implementados nos últimos anos no sentido de se imprimir maior responsividade à atividade regulatória, o fato é que, no que toca à fiscalização e *enforcement*, a maioria das agências reguladoras dos países que adotam o sistema jurídico europeu-continental, continuou a adotar essencialmente os princípios que caracterizam o modelo regulatório de comando e controle na condução de suas ações, conferindo ao processo sancionador o caráter de instrumento privilegiado de conformação regulatória.

Isso significa que, os mecanismos de repressão e sanção, que deveriam ser mais um dentre os demais componentes do leque regulatório, mantém tamanha centralidade na atuação das entidades reguladoras que são ainda naturalmente encarados como o *modus operandi* ordinário da regulação, como se a atividade regulatória e ordenadora do Estado se resumisse, ou mesmo se confundisse, com o exercício do poder sancionatório.

É verdade que regular significa “exercer, em algum grau, uma atividade de controle comportamental tendo em vista uma finalidade regulatória pretendida” (BINENBOJM, 2017, p. 196), no entanto, segundo leciona o autor, a compreensão de tal afirmação requer que se leve em considerações três questões preliminares que dialogam entre si:

“A primeira consideração diz respeito à identificação clara do objetivo ou da finalidade regulatória socialmente desejada, a fim de avaliar qual a medida mais eficiente, entre todas as disponíveis, para gerar o resultado esperado. A segunda consideração refere-se à necessidade de avaliação das variáveis temporais e de intensidade da medida escolhida, pois a conjuntura subjacente pode mudar a qualquer momento, interferindo na eficácia da regulação aplicada.

Finalmente, uma última consideração diz respeito à indagação sobre os custos, diretos e indiretos, da regulação pretendida. À evidência, para cada uma das propostas regulatórias possíveis, há custos que serão arcados por alguém e produzirão, de igual modo, incentivos e consequências diferentes para os agentes econômicos atingidos pela medida regulatória.”

Nesse sentido, qualquer atividade regulatória, inclusive a supervisão, o controle e fiscalização que lhes são inerentes, deverá ser exercida sob o cânone da proporcionalidade, que norteará a decisão sobre a adoção das medidas estritamente necessárias aos resultados pretendidos. É dizer, embora se reconheça no poder de polícia a ancestralidade da regulação, há muito a distinção entre essas duas espécies de atuação estatal é largamente propalada pela doutrina, pois o poder de polícia continua sendo concebido como instrumento de mero controle da aplicação da norma, com a punição do infrator que a viola de modo a impor-lhe medida aflitiva pelo descumprimento das conformações jurídicas e desincentivá-lo, assim como aos demais, a praticar novas infrações,

Ou seja, não obstante os conceitos exibam uma grande zona de interseção – na medida em que a regulação se vale dos instrumentos da polícia administrativa para realizar seus fins –, tratam-se de atividades distintas, que não se confundem. Embora ambas possam se valer de sistemas de incentivos para a indução de comportamentos – adotando, de um lado, desestímulos a condutas indesejáveis, lastreados em sanções de natureza punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos); de outro lado, estímulos a condutas desejáveis, fundados em sanções de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos) .

Ao passo que a atividade reguladora de ordenação da vida econômica e social não se expressa pela prática de medidas isoladas, ao contrário, envolve, sempre, uma sucessão dinâmica e sistêmica, baseada em um arranjo de incentivos que visam à indução da conformação de condutas, o exercício do poder de polícia está ancorado na fiscalização e sanção. É dizer, a regulação tem na sanção o seu

ponto derradeiro; sancionar menos deve ser o ideal de eficiência a ser alcançado pelo Estado, já que a conformação voluntária dos particulares envolverá sempre menores custos em termos de tempo, energia e recursos despendidos. Não sem razão, saber valer-se, de forma adequada, com equilíbrio e precisão, dos diversos instrumentos regulatórios de que dispõem, constitui um dos maiores desafios contemporâneos do Estado regulador (BINENBOJM, 2017).

Nesse sentido, a discussão sobre a discricionariedade do regulador em processar ou não infrações é relevante, mas não a fim de meramente postergar a sanção para um momento fixo e indiferente ao comportamento global do regulado, após etapas negociais. O regulador, quando impedido de realizar um juízo de planejamento de fiscalização pautado pelo comportamento reiterado do regulado, é refém de um sistema perverso de incentivos invertidos flagrantemente contraproducentes e atentatórios ao interesse público. Essa postura jurídica impõe ao setor regulado a captura por uma lógica empresarial de lucros associados a riscos, ao invés de gerar regulados com modelos de negócios alinhados ao interesse público.

A título exemplificativo, o regulador capaz de tratar uma infração decorrente de defeito de organização corrigido, ou em processo cooperativo explicitado em tratativas para sua solução, de forma distinta de como trataria da infração decorrente de comportamento oriundo de opção empresarial racional e consciente é essencialmente responsivo. O regulador incapaz de diferenciar entre esses dois mundos, obrigado a sempre aplicar milhares de punições desconexas entre si e de uma estratégia regulatória abrangente, é infenso à responsividade.

O que está em jogo para viabilização de uma postura regulatória valorizadora dos incentivos intrínsecos – repita-se, nunca exclusivamente apoiada em incentivos intrínsecos – é a interpretação de que o regulador seria obrigado a agir sempre da mesma forma, independentemente das condições do regulado, das prioridades de fiscalização ou das estratégias de conformidade de condutas que reputa efetivas, mesmo quando evidenciasse que o caminho único de

processamento e aplicação de sanções raramente leva à concretização do interesse público.

Por isso, todo o pano de fundo das novas e mais avançadas teorias regulatórias não se baseia mais na ultrapassada discussão sobre mais ou menos regulação, tampouco sobre desregulação ou adoção de mero relaxamento regulatório. O debate se afasta cada vez mais da esfera persecutória para concentrar-se na aplicação de maior inteligência regulatória, capaz de ponderar regulação e espaços de autonomia controlada e supervisionada do regulado, utilizando-se, de forma calibrada, dos instrumentos adequados no momento certo e em cada situação específica.

Ou seja, a ação reguladora do Estado não mais pode se restringir à mera ameaça de imposição de obrigações, com a conseqüente aplicação excessiva, corriqueira e não gradativa de sanções pelo seu descumprimento, mas, antes, deve se valer de formas híbridas e inovadoras de regulação que, interdependentes, se complementam para influenciar mais eficaz e efetivamente a conformação do comportamento dos agentes regulados.

Em síntese, no que se refere aos princípios de Direito Administrativo aplicáveis ao contexto de introdução de uma postura responsiva na fiscalização das telecomunicações:

a) O princípio da unicidade do jus puniendi estatal impõe a comunicação entre os princípios do direito penal e do direito administrativo sancionador;

b) O princípio da juridicidade afasta a noção simplista do automatismo processual, como também da irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público;

c) Aplicam-se à atividade regulatória sancionadora os princípios da insignificância, justa causa, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência;

d) À luz dos princípios regentes do Direito Administrativo Sancionador, o regulador não somente pode como deve ponderar a aplicação de sanção com a demonstração de sua utilidade em alcançar a finalidade regulatória de conformidade do comportamento regulado.

e) Caso a decisão de instaurar processo sancionador ou de aplicar a sanção correspondente se revele manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá evidentemente agido em desacordo com o princípio da razoabilidade.

f) O princípio da proporcionalidade, como uma das principais técnicas da ponderação, é tão aceito e disseminado no sistema jurídico brasileiro que já teve, inclusive, seus critérios de aplicação estruturados e estabelecidos pelo STF. Segundo tais critérios, a proporcionalidade, remansosamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência como orientadora da interpretação e aplicação das normas jurídicas, constitui, portanto, fundamento da própria legitimidade material dos atos administrativos, inclusive, por óbvio, daqueles praticados no exercício da atividade reguladora.

Diante do diagnóstico traçado acerca das limitações e insuficiência do seu modelo regulatório, que tem no processo sancionador seu principal instrumento de indução à conformidade, a Anatel vem se esforçando nos últimos anos para revisar sua estratégia de regulação.

## 5.7 As pirâmides regulatórias

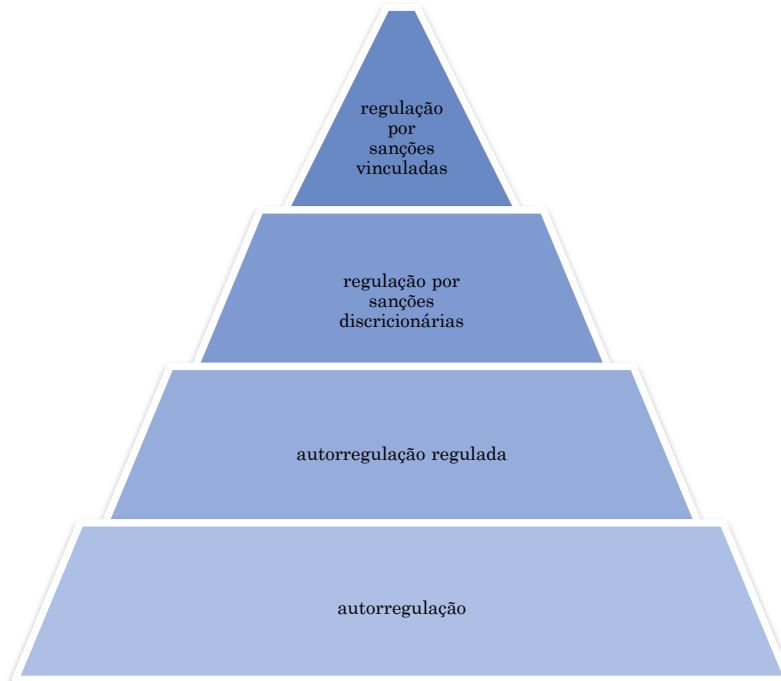
Para fins de melhor esclarecimento das pirâmides regulatórias, elas serão antecipadamente desenhadas abaixo, inserindo-se nelas medidas específicas como exemplos para, em seguida, promover-se a sua explicação, com o

benefício visual de remissão às figuras correspondentes, lembrando-se que a apresentação visual das pirâmides é uma forma de sintetizar passos heurísticos representativos da teoria da regulação responsiva e, à exceção das pirâmides de perfis dos regulados (Figura 4, p. 352) e de finalidades regulatórias (Figura 5, p. 352), contêm medidas exemplificativas que não esgotam as possibilidades de inovação regulatória por parte do regulador. É comum, na literatura responsiva, até mesmo evitar-se preencher as pirâmides com medidas específicas, diminuindo-se o trabalho dos teóricos, mas remetendo-se ao regulador o esforço de preenchimento, como ocorre com Gossam, Arts e Verheyen (2012, p. 26). Preferimos facilitar a vida do regulador e reunir todas as técnicas citadas na literatura esparsa nas figuras abaixo, sem que elas esgotem o espectro de possibilidades regulatórias disponíveis ao regulador. Em nenhum outro estudo em português, ou inglês, tais pirâmides são todas alinhadas para uma compreensão abrangente da teoria da regulação responsiva.

Atente-se também para o fato de que tais pirâmides são representações simplificadas da teoria que professam e que o apego somente à forma pode levar o regulador, o regulado e a sociedade a negligenciarem aspectos centrais da teoria da regulação responsiva, como salientado por Mascini (2013).

As pirâmides e suas derivações devem ser analisadas tendo-se em mente que a teoria da regulação responsiva intencionalmente abre mais questões para serem resolvidas pela prática regulatória e por estudos científicos, e que ela é, ao mesmo tempo, “muito complexa para ser implementada e tão intuitiva quanto jardinagem ou criar filhos” (PARKER, 2013, p. 7).

PIRÂMIDE 1  
ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS



**Figura 2 – Pirâmide de estratégias regulatórias**

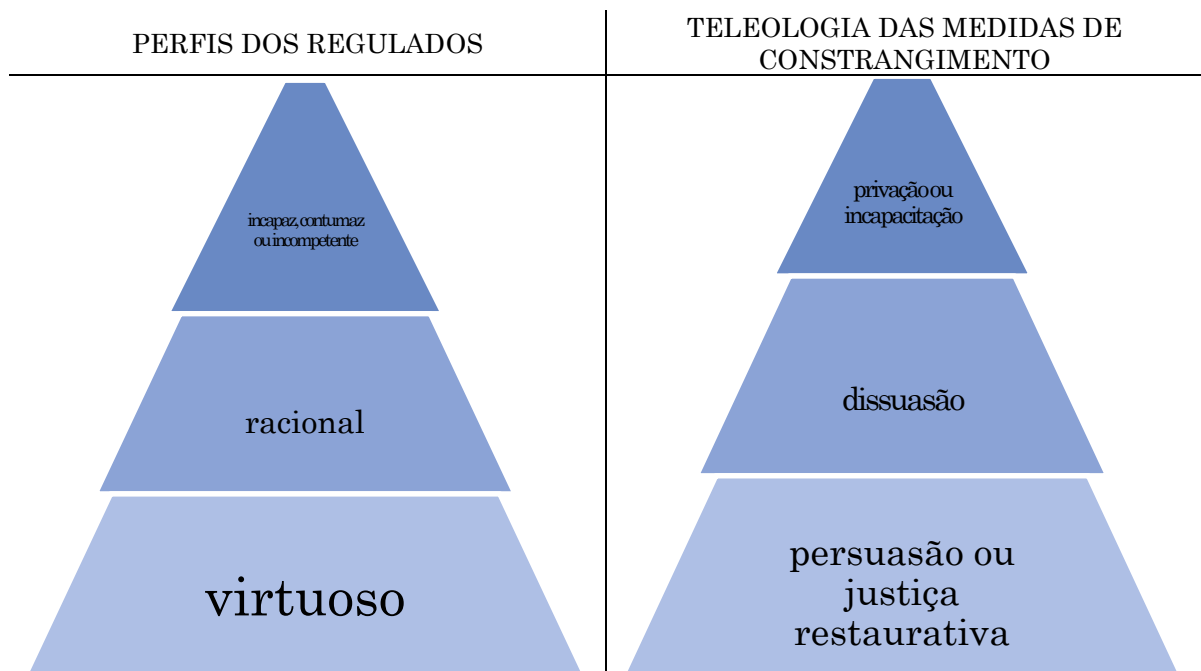
Fonte: John Braithwaite (To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety, 1985, p. 142) e Ian Ayres e John Braithwaite (Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, 1992, p. 39)

PIRÂMIDE 2  
MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO



**Figura 3 – Pirâmide de constrangimento**

Fonte: Ian Ayres e John Braithwaite (Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, 1992, p. 35)



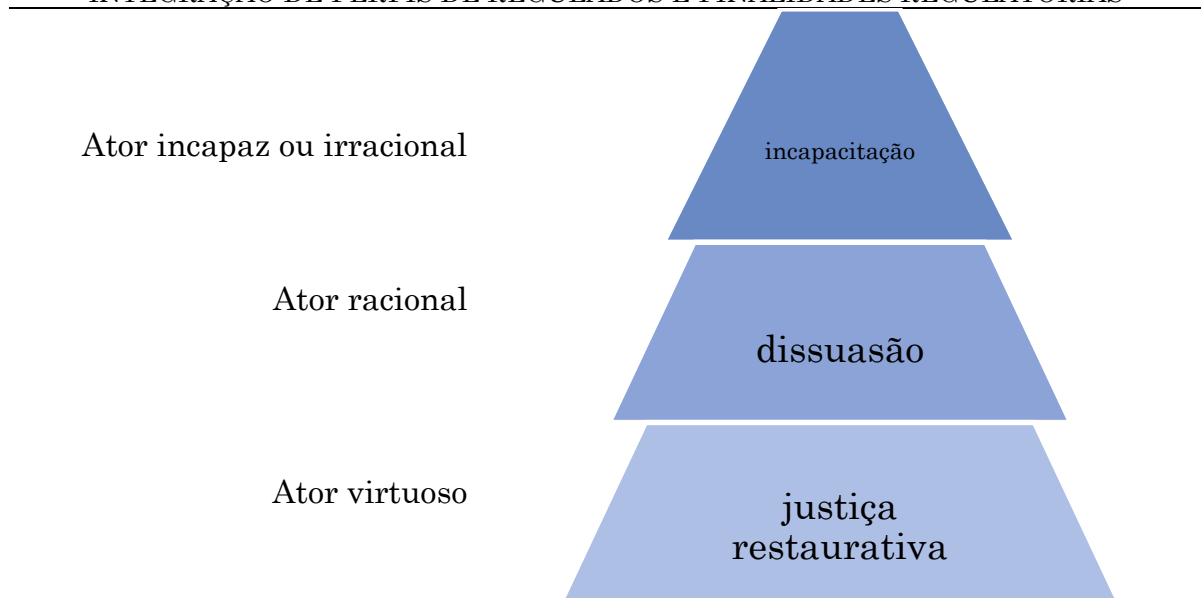
**Figura 4 – Pirâmide de perfis dos regulados ou de suposições regulatórias**

Fonte: John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 486; Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 887).

**Figura 5 – Pirâmide de finalidades regulatórias, de teleologia das medidas de constrangimento ou de justças restaurativa, dissuasiva e incapacitante**

Fonte: Com enfoque na finalidade regulatória, Peter Drahos (Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Nodal Governance Approach, 2004, p. 412); e, com enfoque em justiça restaurativa, John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 486; Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 887).

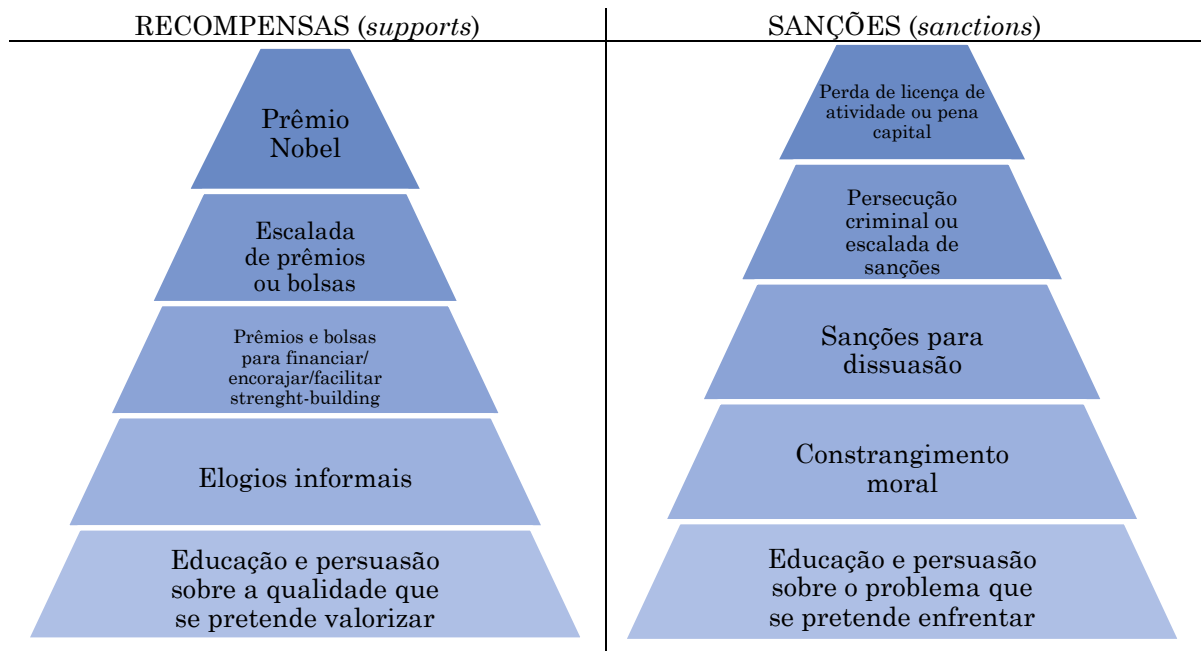
### INTEGRAÇÃO DE PERFIS DE REGULADOS E FINALIDADES REGULATÓRIAS



**Figura 6 – Pirâmide de Pareamento entre Perfis dos Regulados e Justiças restaurativa, dissuasiva e incapacitante**

Fonte: John Braithwaite (Restorative Justice & Responsive Regulation, 2002, p. 32); John Braithwaite (Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better, 2008, p. 91).





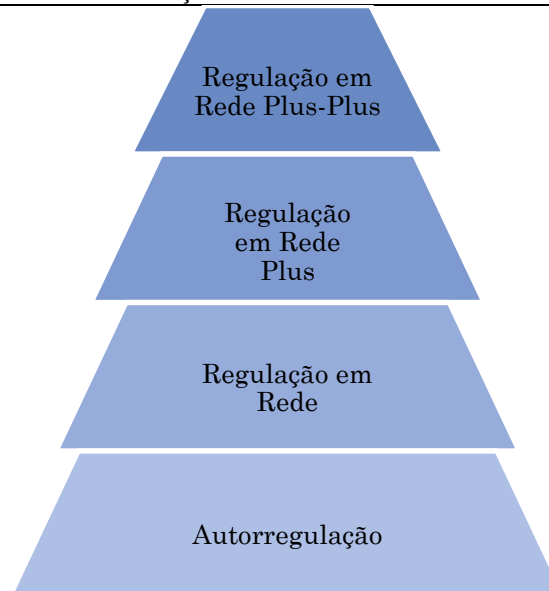
**Figura 7 – Pirâmide de recompensas ou strengths-based pyramid**

Pirâmide de apoios, reforço positivo ou recompensas, ligeiramente adaptada para situações-problema genéricas  
 Fonte: John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 319); John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 482)

**Figura 8 – Pirâmide de sanções ou pirâmide regulatória**

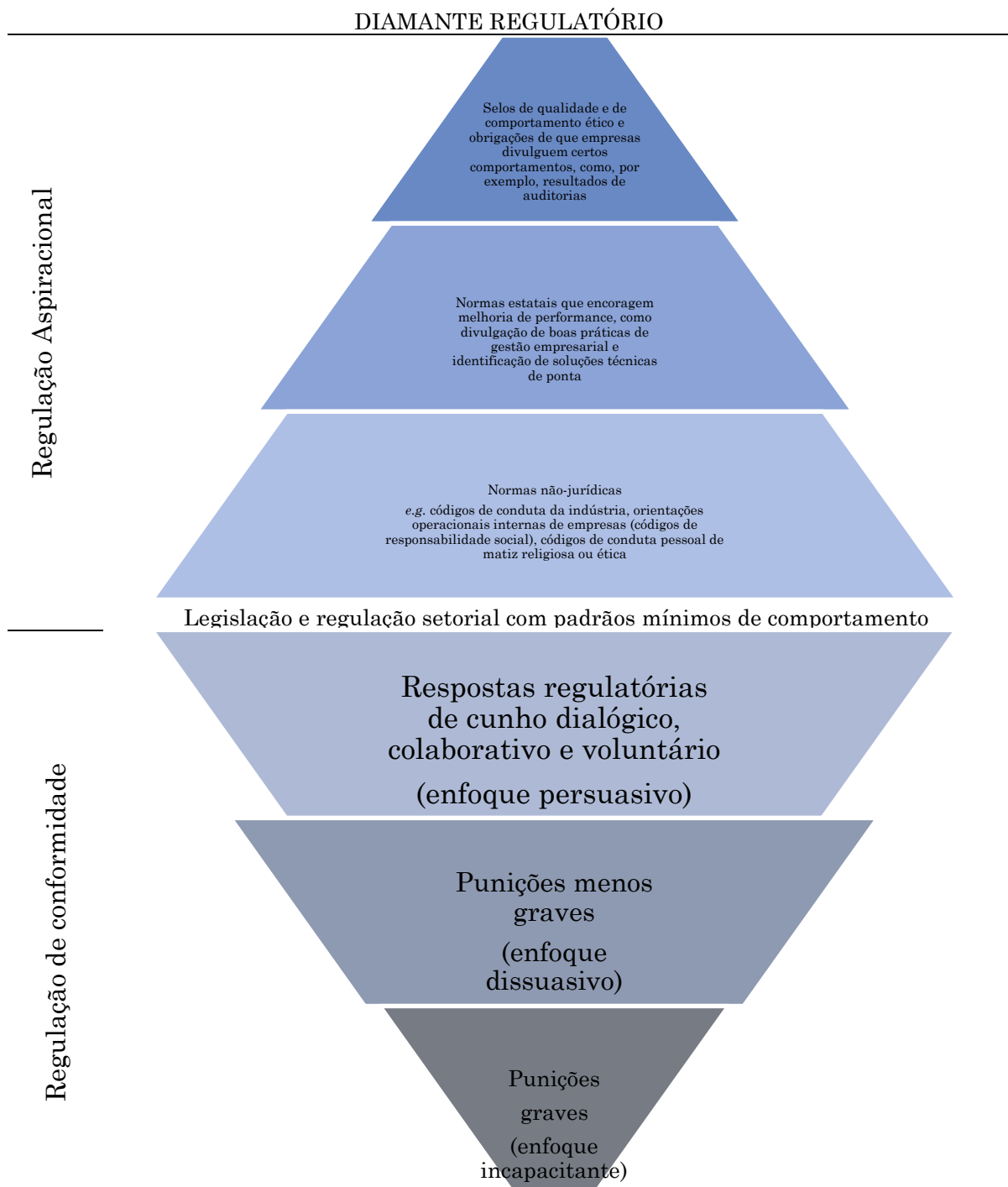
Pirâmide de sanções ou punições, ligeiramente adaptada para situações-problema genéricas  
 Fonte: John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 319); John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 482)

### GOVERNANÇA REGULATÓRIA EM REDE



**Figura 9 – Pirâmide de regulação em rede**

Pirâmide de governança regulatória em rede ou apoiada em nós de governança em rede  
 Fonte: John Braithwaite (Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 890); John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 316); John Braithwaite (Responsive Regulation and Developing Economies, 2007, p. 155).



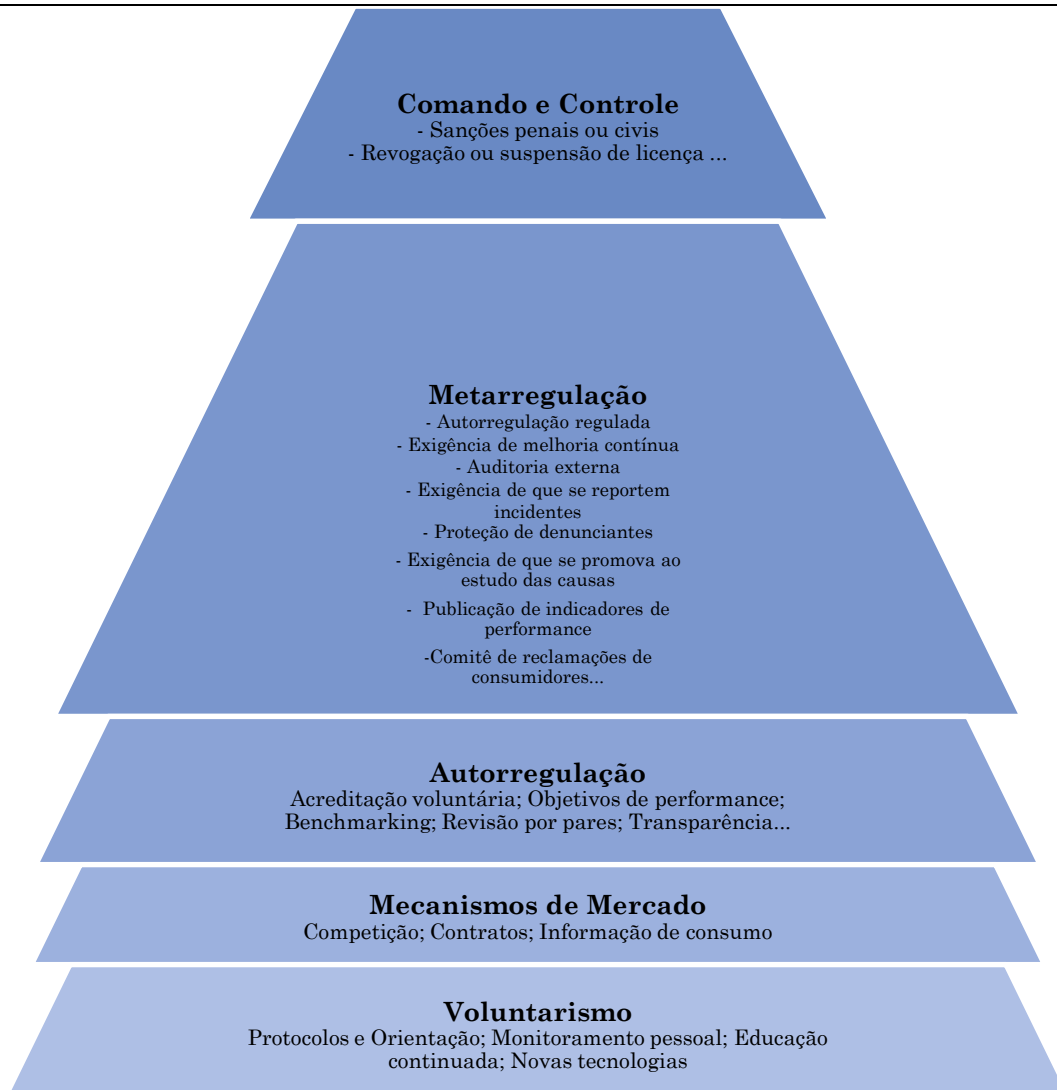
**Figura 10 – Diamante Regulatório**

Diamante Regulatório, preenchido com exemplos inexistentes no desenho original, mas derivados de propostas da teoria da regulação responsiva aspiracional ou do diamante regulatório

Fonte: composição nossa, apoiada em Jonathan Kolieb (When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond, 2015, p. 150) para desenho da forma, com preenchimento de exemplos constantes da exposição dissertativa da teoria

## MECANISMOS REGULATÓRIOS

---



**Figura 11 – Pirâmide de Mecanismos Regulatórios \***

Fonte: John Braithwaite, Judith Healy e Kathryn Dwan (The Governance of Health Safety and Quality, 2005, p. 15); Judith Healy e John Braithwaite (Designing Safer Health Care Through Responsive Regulation, 2006, p. S57).

\*O texto de onde se extraiu esta pirâmide não a chamou de pirâmide de mecanismos regulatórios, mas simplesmente de pirâmide regulatória. Todavia, durante a explicação do posicionamento das estratégias regulatórias nesta pirâmide, fala-se em típicos modos, modalidades ou mecanismos regulatórios, pelo que optou-se por atribuir o termo acima como o mais apropriado para esta apresentação da pirâmide regulatória. O conteúdo da pirâmide foi ligeiramente adaptado a um cenário mais amplo que não se restringisse ao setor de origem das fontes pesquisadas.

MODELO EXPANDIDO DE PIRÂMIDE REGULATÓRIA



**Figura 12 – Pirâmide Tridimensional**

Fonte: Neil Gunnigham e Darren Sinclair (Smart Regulation: Designing Environmental Policy, 1998, p. 398).

A pirâmide regulatória de matiz responsiva foi primeiramente proposta por Braithwaite no seu livro de 1985 sobre punição e persuasão na regulação de segurança do trabalho em minas de carvão (BRAITHWAITE, 1985) sob o argumento de que a conformidade à norma seria mais provável quando o regulador explicitasse uma pirâmide de constrangimento, “pirâmide escalonada de regimes intervencionistas” (GOETTENAUER, 2019, p. 137), ou *enforcement pyramid*. Essa pirâmide de constrangimento representa o tipo e a proporção relativa de atividades de constrangimento do regulador.

Um primeiro passo à compreensão da pirâmide regulatória está em entendê-la como várias pirâmides de escaladas punitivas e desescaladas persuasivas (Figura 2 e Figura 3, p. 351). Assim, a primeira referência à pirâmide regulatória foi proposta como uma pirâmide de estratégias regulatórias – *pyramid of regulatory strategies* – e uma pirâmide de níveis de atividades de constrangimento ou simplesmente pirâmide de constrangimento – *enforcement pyramid*. A pirâmide de estratégias regulatórias, ao contrário do que ocorre com a pirâmide de constrangimento, não explicita as técnicas ou instrumentos específicos, mas se concentra em descrever as formas de regulação que devem guiar a abordagem do regulador desde espaços deixados à autorregulação, passando pela autorregulação com constrangimento normativo estatal e por comandos punitivos discricionários até chegar a punições vinculadas como estratégia de incêndio de pontes, ou *burning bridges*, cujo conteúdo de incentivo

está em comunicar ao regulado a intenção de nunca retroceder (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 38).

A pirâmide de estratégias regulatórias tem escalonados, da base para o topo (BRAITHWAITE, 1985, p. 142): a) a autorregulação, ou *self-regulation*; b) a autorregulação regulada, ou autorregulação com constrangimento normativo governamental, ou *enforced self-regulation*; c) a regulação por sanções discricionárias, ou regulação por comandos normativos com discricionabilidade para punir, ou *command regulation with discretionary punishment*; d) a regulação por sanções vinculadas, ou regulação por comandos normativos punitivos vinculados, ou *command regulation with nondiscretionary punishment*. O rol de estratégias não é um dado pronto e acabado, como demonstra a pirâmide de mecanismos regulatórios (HEALY e BRAITHWAITE, 2006, p. S57), que insere, ainda abaixo da autorregulação, os mecanismos de mercado e o voluntarismo (Figura 11, p. 355).

Por sua vez, a pirâmide de constrangimento é estruturada contendo, em sua base, exemplificativamente, a persuasão, escalando para advertência, sanção cível, sanção penal, suspensão temporária de licença de operar e revogação da licença de operar.

É precisamente no rol de técnicas regulatórias da pirâmide de constrangimento onde o regulador deve exercitar seu **esforço inovador**, pois para cada setor e conjuntura regulatória, haverá diferentes técnicas, tais como as seguintes aventadas em estudo empírico australiano sobre a prática de diversos setores, procurando trazê-las, da prática regulatória, para o formato responsivo piramidal: a) na seara de regulação de empresas, privilegia-se a autorregulação sob fiscalização regulatória, o monitoramento regular de determinados mercados, e a investigação criminal por provocação (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 12-16); b) na regulação ambiental, são utilizados o licenciamento, os relatórios de auto-avaliação compulsórios ou voluntários, e o automonitoramento de atividades por parte da empresa (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 34-37);

c) na regulação de saúde e segurança do trabalho, são comuns a judicialização de condutas, o enfoque em fiscalizações relâmpago sobre áreas de competência do regulador, ou seja, episódio ou blitz fiscalizatória, as ações educativas e de persuasão, o incentivo à formação de comitês privados fiscalizadores, a aplicação de constrangimentos informais de aumento de fiscalização quando detectado o descumprimento de normas, e a preferência ao uso de punições de suspensão de atividade empresarial em comparação a multas (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 61-65); na regulação nuclear, aplicam-se auditorias independentes, automonitoramento e fiscalização governamental da atividade de automonitoramento, pirâmide de constrangimento despida de ameaça de judicialização, mas fazendo uso de advertência branda, advertência séria e ameaça de perda de licença de operação (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 75-76); na regulação consumerista aplicam-se fiscalização reativa, dependente de provocação, fiscalização proativa, campanhas educativas, mediação de conflitos, enfoque sobre casos repetitivos em que a negociação com as empresas produzam melhores resultados do que uma postura de litigância, desmascaramento de falsos esquemas de autorregulação, correção, publicidade governamental de más práticas dos regulados, dissuasão à composição voluntária de conflitos, blitz fiscalizatória dirigida e realizada por departamento povoado de fiscais com especialidade persecutória (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 81-87); na regulação alimentar, há, predominantemente, o comando e controle reforçado por um estado de competição entre os reguladores quanto ao número de penalidades aplicadas, com exemplos de persuasão e campanhas educativas, e enfoque no resultado final do processo produtivo (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 100-104); na regulação de medicamentos e produtos de saúde, aplicam-se controle indireto de preços por inscrição de medicamento em tabela de subsídio governamental, autorregulação regulada por código de práticas de produção farmacêutica, monitoramento de compliance ao código, ameaça de recall de produtos, monitoramento de propaganda e promoções, e campanhas educativas (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 110-113); na regulação de segurança de

transporte, aplica-se um sistema de aprovação prévia para comercialização de novos produtos, visitas regulares de fiscalização, análise de relatórios empresariais de testes, detalhada regulamentação de padrões, fiscalização randômica, uso de empregados privados acreditados para averiguação da atuação do regulado (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 116-122); na regulação bancária, o predomínio de consultas informais e persuasão, a ameaça não concretizada de severas penalidades e extensos poderes de intervenção e revogação de licenças de operar, o reforço da confiança e entendimento mútuo entre regulador e regulado, em que o regulador considera sua função a de garantir a viabilidade do negócio (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 132-134).

Finalmente, no único setor mais próximo das telecomunicações *stricto sensu*, mas ainda distante – o de radiodifusão –, a empiria revelou, na Austrália, um monitoramento seletivo quase que exclusivamente oriundo de reclamações, demonstrando uma postura eminentemente reativa, bem como a presença de ameaças nunca concretizadas mas draconianas de cassação de licenças e raras advertências, apoiando-se, entretanto, na força da renovação das licenças que funcionam como incentivos à autorregulação (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 178-181).

Para além da Austrália, uma análise de comportamento internacional a partir de constrangimentos hospedados em normas dos Estados Unidos da América referentes à proteção de propriedade intelectual na indústria farmacêutica e sob o enfoque de nós de governança evidenciou, da base ao topo da pirâmide, medidas persuasivas, na forma de diálogo informal e diálogo formal, medidas dissuasivas, na forma de publicação anual de ranking de proteção da propriedade intelectual, inclusão em listas de acompanhamento especial, inclusão em listas de prioridade de acompanhamento, abertura de procedimentos de investigação, e medidas incapacitantes, na forma de aplicação de sanções (DRAHOS, 2004, p. 412).

Em alguns casos, o diagnóstico sobre a forma de estruturação da pirâmide de constrangimento é o resultado natural do setor regulado. Por exemplo, a opção por uma eventual fiscalização proativa por parte de agências de proteção do consumidor seria, segundo Gabrosky e Braithwaite (1986, p. 80), impossível, haja vista tais reguladores não terem como desprezar reclamações dos consumidores ao perseguirem um estilo regulatório proativo. Essa constatação dos autores é, entretanto, empírica. Ela obviamente depende das condições jurídicas do ambiente regulado. Uma consequência relevante da comparação de diversas estratégias regulatórias está na conclusão de que estratégias de regulação cooperativa ou conciliatória são menos orientadas a objetivos ou metas regulatórias do que a estratégia de comando e controle (GRABOSKY e BRAITHWAITE, 1986, p. 229). A teoria da regulação responsiva evidenciará a vantagem comparativa de medidas conciliatórias frente às de comando de controle para alcance efetivo de metas regulatórias.

Tais recomendações de técnicas regulatórias escalonadas seguem a lógica geral da pirâmide de constrangimento de assumir que há três grande tipos de atores dispostos da base ao topo da pirâmide, o que representa uma **pirâmide de perfis de regulados** (Figura 4, p. 352), que, entretanto, não foi tratada nos escritos inaugurais da teoria da regulação responsiva de 1982 a 1992: o virtuoso; o racional; e o irracional (BRAITHWAITE, 2011, p. 486; BRAITHWAITE, 2006, p. 887). Essa divisão de perfis dos regulados sofre melhorias também, na evolução da teoria da regulação responsiva, tais como a proposta por Drahos (2004, p. 411), ao intercalar entre o ator racional e o irracional, o resistente à norma. Trata-se de uma pirâmide de perfis de atores regulados, que justifica a ordem de técnicas aplicáveis aos diversos níveis de constrangimento. Nesse formato, a sanção estaria reservada a atores irracionais e resistentes, e ela seria qualificada pela função de incapacitar o agente. Sob esse enfoque, há ainda uma quarta **pirâmide regulatória teleológica ou funcional ou de finalidades das medidas de constrangimento** (Figura 5, p. 352): a persuasiva; a dissuasiva; e a incapacitante. Isso demonstra como, no momento inaugural da teoria da regulação responsiva,



havia ainda confusão entre a persuasão – inserida na base da pirâmide de constrangimento – e os instrumentos de persuasão – ausentes naquela primeira pirâmide de constrangimento proposta por Ayres e Braithwaite. Ali (Figura 3, p. 351), utilizou-se de uma finalidade – persuasão – para descrição da base da pirâmide, enquanto se fez uso de instrumentos regulatórios para os demais níveis de constrangimento.

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

Na base da pirâmide de constrangimento estão os instrumentos brandos, ou *soft tools*, tais como orientações de conduta, protocolos, estratégias educativas, reunidos no termo genérico de instrumentos de diálogo e persuasão apoiados no perfil de regulado tendente à cooperar. Tais instrumentos passam a assumir um caráter mais coercitivo à medida que sobem em direção ao ápice da pirâmide, podendo lançar mão, a depender do setor regulado, de prisão, suspensão de atividades, perda de licença de operar, dentre outros (DRAHOS, 2004, p. 410-411).

A existência de duas pirâmides (Figuras 1 e **Erro! Fonte de referência não encontrada.**) na formulação inaugural da teoria da regulação responsiva pode dar a impressão de que a descrição das pirâmides seria espelhada, ou seja, de que o observador teria condições de sobrepor a pirâmide de estratégias à pirâmide de

atividades de constrangimento, bem como que elas teriam o mesmo número de níveis e que para cada estratégia haveria uma atividade de constrangimento correspondente. Ocorre, entretanto, que a descrição das pirâmides não segue uma divisão estanque de níveis, mas tem efeito demonstrativo de que há prioridades de atuação regulatória distribuídas desde a base até o topo da pirâmide. Tentativas de espelhamento das pirâmides regulatórias geram desalinhamentos decorrentes do fato de que a teoria da regulação responsiva não se prende em níveis predeterminados de escalonamento, mas os propõem como abordagens iniciais demonstrativas.

Esse relativo descasamento entre a pirâmide de estratégias regulatórias e a pirâmide de constrangimento fica evidente quanto se pretende inserir técnicas de constrangimento da segunda pirâmide nas estratégias previstas na primeira pirâmide (Figuras 1 e 2). Enquanto a pirâmide de estratégias regulatórias detém quatro níveis, a de constrangimentos detém seis níveis. Assim, constrangimentos de ordem penal – quarta camada da pirâmide de constrangimentos – podem estar presentes no nível de autorregulação regulada – segunda camada da base da pirâmide de estratégias regulatórias. Da mesma forma, todas as camadas intermediárias da pirâmide de constrangimento podem estar presentes na terceira camada da pirâmide de estratégias regulatórias, como formas de regulação por comandos normativos com discricionariedade. A segunda camada da pirâmide de estratégias regulatórias – autorregulação regulada ou com constrangimento normativo estatal – partilhará de técnica de persuasão própria à primeira camada da pirâmide de constrangimento e de técnica de dissuasão própria às camadas subsequentes da pirâmide de constrangimento. Como se pode ver, as pirâmides ordenam as posições relativas do que representam, mas não são espelháveis, ou seja, não detêm o mesmo número de camadas e as camadas de uma pirâmide podem ser reunidas ou distribuídas por uma ou mais camadas de outra pirâmide. **Existem pirâmides dentro das pirâmides.**

As pirâmides propostas por Braithwaite – de estratégias regulatórias e de constrangimento – têm função demonstrativa e podem ter, para cada ambiente regulado, mais ou menos camadas. Isso é evidenciado no formato da pirâmide (Figura 9, p. 353) proposta para países em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006; BRAITHWAITE, 2007) voltado a contornar as deficiências institucionais de tais países. Além disso, a pirâmide de constrangimento não foi desenhada tendo-se em mente sua aplicação a quaisquer setores ou circunstâncias. As técnicas regulatórias de persuasão, advertência, sanção cível, sanção penal, suspensão de licença e revogação de licença são adequadas às questões de regulação de saúde e segurança do trabalho, meio ambiente e asilos, mas não são adequadas a outros setores, que devem construir suas próprias pirâmides (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 36). O conjunto de instrumentos persuasivos depende do setor regulado, da cultura de negócios, da tradição jurídica, enfim, de circunstâncias, cabendo ao regulador desenhar a pirâmide regulatória segundo as características do setor regulado, do segmento do setor regulado e mesmo das condições próprias a cada regulado.

Embora as pirâmides regulatórias possam ter mais ou menos camadas e tipos de constrangimento, elas revelam algo em comum: as áreas de cada nível da pirâmide são proporcionais às atividades descritas e esperadas do regulador. Portanto, a pirâmide não é simplesmente uma demonstração de que a maior parte dos atores e comportamentos estarão na sua base, mas uma recomendação de que o regulador concentre esforços em direção à base mediante incentivos persuasivos distribuídos por toda a pirâmide.

Outra é a preocupação relacionada a suprir deficiências de persuasão e constrangimento estatal no esquema de incentivos inscrito na pirâmide regulatória. Quando a teoria responsiva se debruça sobre problemas de efetividade do processo regulatório, exsurtem soluções que apontam para atribuição de funções diferenciadas aos partícipes.

Em sua origem, a pirâmide de constrangimento, ao lidar com o problema do risco de cooptação e corrupção do regulador pelo regulado, supostamente ampliado pela maior aproximação entre ambos, conforme reforço da postura cooperativa nos moldes responsivos, deve ser acompanhada, segundo Ayres e Braithwaite (1992, p. 54-100), pelo que chamam de tripartismo, como meio de contornar medidas prejudiciais à responsividade, mas usualmente levantadas para combate à captura: limitações à discricionariedade; multiplicidade de competências regulatórias incidentes sobre a mesma indústria, e rotatividade de pessoal no ambiente regulador. Tais medidas são contraproducentes quando se pretende incentivar o comportamento cooperativo, bem como tendem a eliminar a chamada captura desejada, eficiente ou *efficient capture* (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 64-92). No caso brasileiro, a última delas é, inclusive, ilegal, ferindo de frente o princípio de estabilidade do servidor público. A solução trazida pela teoria responsiva é de se substituir tais medidas pela reforço ou potencialização de grupos de interesse público no processo regulatório, bem como de uma **cultura republicanamente imbuída no regulador de ser duro com empresas trapaceiras** na linha da proposta do comunitarismo regulatório (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 92-94). Assim, a teoria da regulação responsiva, ainda em seu nascedouro, buscava o apoio de terceiros com o objetivo de fugir da dicotomia entre regulado e regulador, algo que somente veio a ser explorado em profundidade quando a teoria da regulação responsiva internalizou o discurso da governança nodal ao se debruçar sobre a viabilidade da aplicação da pirâmide regulatória em países em desenvolvimento (DRAHOS, 2004; BRAITHWAITE, 2006). Vários estudos se preocuparão em apontar que um dos problemas da regulação responsiva está em precisamente depender de repetidos encontros entre regulador e regulado (GUNNINGHAM e GRABOSKY, 1998; GUNNINGHAM e JOHNSTONE, 1999; SCOTT, 2004; NIELSEN e PARKER, 2009); essa proximidade entre regulador e regulado é resolvida na formulação originária da teoria responsiva, por Ayres e Braithwaite, mediante o tripartismo

regulatório, ou em formulação seguintes de Braithwaite ao se referir à estratégia da governança nodal.

Por outras razões, que incluem, mas vão além da preocupação com a captura ineficiente, a teoria da regulação responsiva, com o tempo, passou a propor a **estratégia da governança nodal** como forma alternativa aos constrangimentos estatais na pirâmide de constrangimento (Figura 9, p. 353).

Em 2004, inaugurou-se um ramo da teoria da regulação responsiva apoiado na ideia de que a teoria da governança nodal explicaria a crescente globalização da propriedade intelectual de fármacos por intermédio de coordenação nodal de uma pirâmide de constrangimento internacional (*international enforcement pyramid*), que possibilitaria a atores não-estatais garantirem a conformidade dos países a padrões globais de direitos de propriedade intelectual que, por sua vez, configuram os mercados de patentes farmacêuticas reguladas (DRAHOS, 2004). Em outras palavras, o autor, fazendo uso do caso dos direitos de propriedade intelectual farmacêutica, descreve como o setor privado pode potencializar os efeitos das pirâmides de constrangimento por meio de nós de governança (DRAHOS, 2004, p. 411-419).

Entende-se por nó, nessa teoria de governança nodal, inspirado no conceito de redes de Castells (2000), os “meios organizacionais específicos, por meio dos quais são concentrados recursos de múltiplas redes para produção de ação” (DRAHOS, 2004, p. 410) ou “conhecimento, capacidade e recursos mobilizados em uma OGS para gestão de um curso de eventos” (BURRIS, DRAHOS e SHEARING, 2005, p. 37). Por outro lado, ela adota um conceito amplo de governança como “gestão do curso de eventos em um sistema social” (BURRIS, DRAHOS e SHEARING, 2005, p. 30). Utilizando-se da teoria de governança nodal, Drahos (2004) propõe pirâmides de coordenação nodal ou *nodally coordinated pyramids*, que teriam por efeito proeminente o de ampliar o alcance do constrangimento.

Drahos e Braithwaite (2002) evidenciam também que a atuação dos Estados Unidos na regulação internacional de aplicação da propriedade intelectual segue uma pirâmide de constrangimento com medidas de dissuasão escalonadas e pautadas por listas mantidas pelo *Office of the United States Trade Representative (USTR)* – mais um exemplo de medidas dissuasivas para o agente racional. A escalada de constrangimentos é pautada por listas de conformidade, que inscrevem países como bons cumpridores, maus cumpridores, potenciais descumpridores, entre outros, resultando em alteração de comportamento dos países que se veem inscritos em listas progressivas de ameaças e no raro uso de sanções de banimento do mercado americano. Dos únicos 11 casos abertos contra 7 países até 2002, somente um deles resultaria em aplicação de medidas tarifárias punitivas: o país era o Brasil (DRAHOS e BRAITHWAITE, 2002, p. 99). Os demais países, inclusive a China, souberam jogar o jogo responsivo e fugir da categorização de ator incapaz. Afora a revelação dessa fatalidade que atingiu em cheio o Brasil, a contribuição do estudo de Drahos foi o de abrir espaço ao próprio Braithwaite para agregar constrangimentos em rede à pirâmide de constrangimento.

A estratégia de governança nodal conversa com arquiteturas de regulação descentralizada (BLACK, 2002), ou *decentered regulatory architectures*, já identificadas, em certa medida, na prática institucional brasileira de telecomunicações (ARANHA, 2016). Ela também traduz o acoplamento estrutural de sistemas relacionados de forma reflexiva, da teoria dos sistemas autopoieticos, para o termo mais amigável ao campo de estudos comportamental como “nós de governança em rede” (BRAITHWAITE, 2006, p. 885). A pirâmide regulatória de governança em rede (Figura 9, p. 353) faz uso de parceiros privados para contornar o déficit de capacidade regulatória de países em desenvolvimento, desonerando a estrutura estatal do ônus de implementar as medidas de incentivo à conformidade normativa do regulado, mediante a crescente agregação de atores principalmente não-estatais na rede de governança em progressiva oneração ou pressão sobre o ator regulado em desconformidade, lançando-se mão, até mesmo, de recompensas

motivadoras de agentes privados para a descoberta de atitudes desviantes da norma por parte dos regulados (BRAITHWAITE, 2006, p. 894).

Outra vertente da teoria da regulação responsiva passou a reforçar um aspecto que não era evidente nas primeiras formulações da teoria: o da conformidade para além das regras. Essa proposta ainda pouco conhecida de regulação responsiva propõe o desenho do chamado diamante regulatório, que desviaria o foco da teoria responsiva de busca da conformidade a padrões de comportamento extrinsecamente definidos. Em grande medida, a proposta do diamante regulatório é uma proposta de ampliação do conceito de regulação com a referência ao comportamento para além da conformidade, ou *beyond compliance* (BORCK e COGLIANESE, 2011).

A regulação, segundo a teoria responsiva do diamante regulatório, deveria ter seu conceito ampliado, abandonando-se uma visão restritiva de que seria sinônimo de métodos e mecanismos de conformidade a regras ou constrangimento derivado de regras regulatórias para abraçar um conceito mais amplo: o de regulação como algo que engloba também métodos e mecanismos de incentivo aos regulados para irem além de padrões normativos de conduta voltados à satisfação de objetivos regulatórios (KOLIEB, 2015, p. 137). O diamante regulatório, tal como a pirâmide regulatória, é uma representação simplificada da teoria. A diferença da proposta de diamante regulatório está em que, ao enfatizar tanto padrões e incentivos comportamentais de conformidade à norma, quanto incentivos ao regulados de irem além do exigido pela normatização, cada metade do diamante regulatório representa um aspecto da regulação; a metade inferior do diamante é dedicada a representar as contribuições sedimentadas da pirâmide regulatória brathwaitiana invertida, reunindo-se ali as medidas punitivas e persuasivas da pirâmide de constrangimento com finalidade de regulação para conformidade às normas – regulação de conformidade ou *compliance regulation* –, enquanto a metade superior dedica-se a representar a contribuição originária de estudos sobre

conformidade para além das normas – regulação aspiracional<sup>62</sup> ou *aspirational regulation*. Há várias semelhanças entre o diamante regulatório e a pirâmide regulatória que vão além do fato de que a parte inferior do diamante é composta pela própria pirâmide regulatória invertida. A parte central do diamante, que coincide com as bases das pirâmides de conformidade e de aspiração representam o espaço regulatório onde ocorre a maioria das interações regulatórias apoiadas em medidas educativas e mecanismos cooperativos apoiados no diálogo entre regulador e regulado (KOLIEB, 2015, p. 152).

A identidade teórica do diamante regulatório encontra-se no fato de que, enquanto a pirâmide regulatória corresponde a modelos que se concentram na conformidade às normas – *compliance-centred models* –, o diamante regulatório representa modelos abertos também à manifestação regulatória de atuação para além da conformidade às normas.

Outro aspecto de fundo herdado da teoria da regulação responsiva piramidal braithwaitiana está na adoção, pela teoria da regulação responsiva de Kolieb, do incremento contínuo próprio à pirâmide responsiva, segundo o qual estratégias de influência sobre comportamentos devem utilizar de persuasão e sanção. No diamante regulatório, essas estratégias são ampliadas para englobarem, para além de metas mínimas de comportamento, metas idealizadas com mecanismos regulatórios voltados a atingir ambas (KOLIEB, 2015, p. 151).

No diamante regulatório, os padrões normativos de conduta ocupam o espaço em que as pirâmides se tocam, servindo como ponto de partida para as estratégias de constrangimento e de aspiração (KOLIEB, 2015, p. 152). Essa linha divisória entre as pirâmides, no diamante regulatório, é ocupada pela regulação,

---

<sup>62</sup>Optou-se aqui pela tradução mais próxima ao termo em inglês, ao invés do recomendado termo regulação aspirante, por ser a que melhor expressa o significado desse tipo regulatório do ponto de vista comunicacional.



trazendo as normas jurídicas para dentro da representação de modelagem regulatória.

Uma consequência marcante da proposta do diamante regulatório está em definitivamente separar as metas regulatórias positivadas em normas de conduta das metas ideais ou desejáveis da regulação (KOLIEB, 2015, p. 152). A adesão às normas não significa, por si só, a solução de todas as aspirações sociais e esse destaque entre o objetivos normativos expressos e os objetivos regulatórios ideais abre uma nova forma de se ver a função do direito na regulação como instrumento regulatório relevante para definição de padrões mínimos, mas ao mesmo tempo, insuficiente para a projeção de padrões ideais. A relação entre a regulação, as normas – estas entendidas no sentido atribuído por Foucault (2007, p. 56), como matéria prima para as leis, mais especificamente aqui entendidas como medidas-padrão comuns de comportamento de um grupo social (EWALD, 1987, p. 108) – e a prática dos atores atingidos por tais normas é complexa (DENT, 2012).

A contribuição do diamante regulatório está em unir os pólos aspiracionais e de conformidade em torno às normas, revelando que o cumprimento das normas não esgota a relação regulatória (KOLIEB, 2015, p. 155). Embora se possa dizer – e com razão – que o diamante regulatório não teria inovado nos mecanismos de incentivo ao bom comportamento, fossem eles de conformidade ou de reforço positivo de condutas, o diferencial inquestionável da teoria da **regulação responsiva aspiracional** está em revelar que um modelo regulatório pode partir de modelagem aspiracional, às vezes, não se tendo outra forma de regular atividades, em especial quando se trata de atividade inicialmente desregulada. Outra consequência da adoção do diamante regulatório é o de diferenciar o comportamento virtuoso de conformidade do comportamento virtuoso ideal. Em verdade, Kolieb (2015, p. 159) vai mais além ao dizer que **não há nada de virtuoso em simplesmente cumprir as normas**; o comportamento de conformidade na base da pirâmide regulatória, para Kolieb,

nada mais é do que uma mistura entre virtude e racionalidade, e a parte superior do diamante regulatório orientada por uma regulação aspiracional serve ao fim de criar um **mercado para a virtude** (KOLIEB, 2015, p. 162).

## 5.8 Hipóteses de aplicação de estratégias regulatórias

Uma boa estratégia regulatória contempla um arranjo de técnicas e formas regulatórias que se reforçam entre si.

A autorregulação voluntária, por exemplo, é uma forma regulatória que detém significados variados de acordo com o modelo regulatório adotado.

Para a teoria responsiva, autorregulação voluntária não significa simplesmente ausência de controles extrínsecos, mas presença correspondente de controles internos presumivelmente mais severos para o indivíduo que as punições do poder público. Ela, portanto, **somente é aplicada por merecimento do regulado** em suprir, e demonstrar supridas, as demandas regulatórias, adotando um perfil de risco suficientemente baixo para que o regulador possa atribuir-lhe um tratamento diferenciado.

A estratégia regulatória de substituição de regulação ordenadora preexistente por autorregulação deve ser ainda mais cuidadosa do que a mera idealização de espaços autorregulados, o que faz com que a teoria da regulação responsiva recomende que sejam incluídas **previsões de reversão em todas as iniciativas de desregulação**.

Existe, portanto, uma diferença de postura por parte do regulador quanto à introdução da autorregulação voluntária em áreas nunca antes reguladas e em áreas em que a autorregulação somente pode ser introduzida mediante procedimento prévio de desregulação, por definição, mais arriscado (BRAITHWAITE, 1985, p. 122-124).

A compreensão do conceito de autorregulação, nesse aspecto, é fundamental para melhor delimitação da utilidade de cada técnica em uma teoria regulatória.

Ao se partir, por exemplo, de um conceito usual de autorregulação de “fornecimento de bens para além do que é requerido pela norma” (LENOX, 2007, p. 62), tem-se uma definição ampla que abraça aquilo que, na teoria da regulação responsiva, é representado pela pirâmide aspiracional ou de recompensas (Figura 7, p. 353 e Figura 9, p. 353), e ao menos por três camadas de manifestações da pirâmide regulatório, como é o caso da pirâmide de mecanismos regulatórios (Figura 11, p. 355).

Essa definição ampla de autorregulação não é capaz, entretanto, de absorver o tipo autorregulatório próprio da origem da teoria da regulação responsiva, ou seja, a autorregulação regulada ou obrigatória, que incorpora consequências punitivas estatais na disciplina normativa proposta pelo regulado e ratificada pelo regulador. Por outro lado, mesmo o conceito usual de autorregulação comporta variações, pois uma coisa é a chamada autorregulação unilateral, ou *unilateral self-regulation* de uma única empresa, e outra é a chamada autorregulação da indústria, ou *industry self-regulation*, pressupondo atuação coletiva para melhoria da reputação do setor como um todo (LENOX, 2007).

É seguro dizer-se que a teoria da regulação responsiva aceita todos esses tipos de técnicas regulatórias, pois não afasta, por princípio, nenhuma técnica regulatória, mas é necessário que se façam distinções sobre que tipo de autorregulação é uma contribuição própria dessa teoria e os outros tipos que compõem os ingredientes gerais a serem utilizados em estratégias regulatórias responsivas. Ou seja, a regulação responsiva não é avessa à autorregulação propriamente dita, seja ela unilateral ou da indústria, mas reserva essa técnica a um espaço próprio de regulação aspiracional em momentos mais recentes da teorização responsiva. Em outra frente, a regulação responsiva proporá que se

avance na autorregulação regulada ou obrigatória, com ênfase no tipo autorregulatório unilateral, pois bebe das peculiaridades de cada empresa.

A autorregulação regulada ou *enforced self-regulation* é um meio termo entre a estratégia de autorregulação propriamente dita e a de comando e controle em que a empresa é obrigada a produzir um conjunto de normas que cubram uma determinada área de preocupação do regulador, submetendo-as a ele para ratificação, com a possibilidade de que sejam reenviadas ao regulado para aprimoramentos. Após ratificação, suas eventuais violações são punidas com atuação direta do regulador. O diferencial dessa estratégia para a de comando e controle está em que o regulado passa a ser regido por um regime jurídico específico, sem que o Estado seja obrigado a idealizar normas com pretensão de aplicação universal desconectadas das reais condições de implementação e motivações de cada ator regulado. Além dessa característica de existência de normas escritas privadamente e ratificadas publicamente, outro elemento próprio à autorregulação regulada está em se exigir da empresa que internalize custos de fiscalização por intermédio da criação de departamento ou grupo de conformidade interno à empresa com o objetivo de monitorar a observância das normas e recomendar ações disciplinares contra os infratores. O fracasso em reverter a situação de desconformidade por parte da empresa, de corrigir a atuação desconforme ou de implementar recomendações de punições disciplinares resulta em comunicação compulsória, por parte da diretoria de *compliance*, à agência reguladora. A estratégia da autorregulação regulada exige, do regulador, que: a) somente ratifique regras de conduta empresarial que satisfaçam as políticas públicas governamentais; b) garanta que o departamento ou grupo de *compliance* da empresa tenha independência na estrutura hierárquica societária; c) realize a averiguação dos livros de registro da atuação desse grupo; d) implemente fiscalizações pontuais para avaliar se o grupo está cumprindo sua finalidade de detecção de violações às normas; e e) abra processos administrativos contra empresas que tenham subvertido a atuação do grupo de *compliance* (BRAITHWAITE, 1985, p. 125-132; BRAITHWAITE, 1982).

Também é relevante pontuar que a autorregulação regulada, ou mesmo a autorregulação voluntária, são formas regulatórias próprias a áreas de regulação complexa, multifacetada e sujeita a constantes transformações tecnológicas (BRAITHWAITE, 1985, p. 134). Em um mesmo setor de atividades, existem espaços de certezas tecnológicas perenes e princípios e direitos que são constantes axiológicas, cujo espaço adequado de representação regulatória é o de comandos normativos impositivos. As formas regulatórias de autorregulação voluntária e regulada têm limites de uso e não servem como panaceia para todos os males, sob pena de se estar manietando um modelo responsivo dependente da sinergia entre espaços de liberdade, liberdade controlada e controle estatal.

Uma das características marcantes da teoria da regulação responsiva está em afirmar categoricamente que a autorregulação depende do reforço da regulação extrínseca – de comando e sanção – para funcionar adequadamente (BRAITHWAITE, 1985, p. 136). Essa conclusão é reforçada por um relatório encomendado pelo Governo do Reino Unido e finalizado em 2006 sobre efetividade das ‘sanções regulatórias’ em um amplo escopo de áreas de regulação e níveis regulatórios nacional e local (MACRORY, 2006), que, por sua vez, originou-se de relatório, no qual se recomendava que o regime punitivo deveria estar apoiado no risco de nova ofensa e em seu impacto, com uma escalada de penalidades de fácil e célere aplicação para a maioria das infrações, reservadas penalidades mais duras para os que persistissem no desrespeito às regras (HAMPTON, 2005).

As estratégias de comandos normativos discricionários e vinculados, embora se situem em posição superior da pirâmide de estratégias regulatórias, não se apresentam, necessariamente, como mais punitivas que a autorregulação regulada, embora se espere das estratégias autorregulatórias uma vivência institucional de menor número de punições efetivamente implementadas. O diferencial entre elas reside em outra seara: a da característica universal das regras e sua gestação e aprovação no seio do Estado, evidenciando um conjunto normativo muito mais assentado em requisitos técnicos estáveis. **Daí a**

importância de que um desenho regulatório responsivo seja acompanhado de evidências e estudos tecnológicos sobre a perenidade ou efemeridade de padrões de conformação técnica (GIBSON, BRAITHWAITE, *et al.*, 1992). Enquanto a autorregulação regulada é o ambiente normativo apropriado às particularidades dos atores regulados e a áreas de regulação de caráter dinâmico, a estratégia de comandos normativos discricionários aplica-se mais propriamente a regras gerais de caráter técnico resiliente. As estratégias de comando também se afastam das de autorregulação regulada por preverem a aplicação direta de sanções como método de assegurar a conformidade à norma, enquanto a autorregulação regulada recorre à sanção apenas indiretamente para reforçar a atuação dos constrangimentos internos da empresa. Essa diferença geral entre as estratégias não pode, entretanto, ofuscar o fato de que a ameaça de sanções por uma estratégia de comandos normativos puníveis implica também em reforço às forças internas de *compliance* da empresa, ou seja, a punição, na teoria da regulação responsiva, é, ao mesmo tempo direta e um instrumento de incentivo ao *compliance* interno empresarial (BRAITHWAITE, 1985, p. 134). Por isso, dizer-se que tais estratégias não são meras opções do regulador disponíveis em gôndolas, mas um pacote que somente faz sentido em conjunto. Para que se justifique, entretanto, o uso das estratégias de comando-sanção, o regulador deve: a) identificar interesses envolvidos ou potencialmente afetados de tal monta e importância que não justifiquem arriscar a adoção de estratégias cooperativas; b) identificar o risco de que estratégias autorregulatórias reguladas gerem cooptação; c) demonstrar que os custos envolvidos na autorregulação regulada excedem os benefícios por se tratar de padrões ou requisitos que seriam melhor aplicáveis aplicáveis a todo um setor ou conjunto de regulados uniformemente (BRAITHWAITE, 1985, p. 137).

Finalmente, sobre o tema da opção entre sanções discricionárias e vinculadas, o principal argumento constante da teoria da regulação responsiva para reforço das punições vinculadas sobre as discricionárias está no pressuposto de que seria muito difícil para as agências reguladoras, na tradição jurídica dos

Estados Unidos da América, limitar a discricionariedade da fiscalização regulatória. O Brasil, graças à desproteção do agente público no exercício de seu juízo de eficiência administrativa, está vacinado contra esse mal pelo terror imposto por órgãos de controle – não todos e não em todos os casos, como ocorre com recomendações da CGU sobre uso comedido de medidas disciplinares em troca de compromissos de bom comportamento –, que geram um estado de fato em que o agente público prefere aplicar punições ineficientes a arriscar ser responsabilizado pelo exercício de um juízo discricionário.

A despeito do sinal invertido da tradição jurídica que vigora no Brasil frente à tradição inspiradora dos estudos empíricos que balizaram a regulação responsiva, ela reforça o clamor de que os responsáveis pela fiscalização regulatória não sejam autômatos cumpridores das leis, mas fiéis depositários da confiança em sua sabedoria garantida por orientações normativas flexíveis de fiscalização regulatória. Essa maleabilidade da regulação por recurso à discricionariedade também é reforçada pelas distorções que técnicas de incentivo ao exercício da função sancionadora geram na Administração Pública.

O exemplo trazido por Braithwaite (1985, p. 138) de avaliação do nível de cooptação de reguladores por volume de procedimentos abertos e as evidentes distorções que essa prática ocasiona são lembretes de como um sistema normativo regulatório inflexível apoiado no mantra da aplicação mecânica e irrefletida das normas, em vez de sustentado por juízos conscientes dos servidores imbuídos de funções de fiscalização regulatória, gera uma distorção das prioridades regulatórias. A prática institucional disseminada no Brasil de avaliação de desempenho do servidor público responsável pela fiscalização de atividades reguladas é ainda mais perversa ao sugerir que o servidor que abra mais processos sancionadores ou aplique mais sanções terá desempenhado melhor sua função, quando o direito administrativo sancionador não se apoia na busca pela punição, mas em sua função instrumental de obtenção de conformidade de conduta do regulado.

A estratégia de comandos regulatórios com sanções vinculadas somente é recomendada, na teoria da regulação responsiva, quando do risco de cooptação do regulador pelo regulado para “ofensas significativas e substanciais” (BRAITHWAITE, 1985, p. 141) claramente definidas como um espaço inegociável de fronteira além da qual quaisquer atos assim classificados terão as portas fechadas para juízos discricionários voltados à preservação de incentivos intrínsecos. A teoria da regulação responsiva vê esses casos, entretanto, como excepcionalíssimos, pois apoiada no pressuposto da possibilidade de orientação da conduta do regulado para patamares de conformidade, mesmo quando ele tenha incorrido em faltas graves, mas demonstre transformação de postura. Da mesma forma como não se deve excluir, senão casos excepcionais, do jogo responsivo, também não se deve entender o jogo responsivo como obrigatória oportunidade para solução de problemas para quaisquer regulados. Somente regulados que demonstrem compromisso com a regulação em prática reiterada de conformidade merecem estar situados nas camadas da pirâmide responsiva em que oportunidades de cooperação são bem-vindas. O perfil de regulado contumaz descumpridor das normas deve ser tratado, como recomenda a teoria da regulação responsiva, com comando e controle e sanções aflitivas, sem que, entretanto, se perca de vista a função do regulador responsivo em manter o canal de comunicação aberto e sua disposição em reavaliar o comportamento do regulado que demonstre real desejo de mudança.

A suspensão do canal de comunicação entre regulado e regulador por força da percepção, por parte do regulador, de que a empresa não se comporta lealmente costuma ser um prelúdio para o advento de novos problemas (FAIRFAX, 2019, p. 754).

Também é importante ressaltar que não se trata de classificar a gravidade do bem jurídico afetado – segurança, vida – como suficiente para se afastar a postura responsiva traduzida em medidas que combinam discricionariedade e tratamento diferenciado dos regulados segundo seu



comportamento global. A teoria da regulação responsiva não recomenda a classificação prévia e estanque de medidas para cada desconformidade (BRAITHWAITE, 2017, p. 118). Pelo contrário, a teoria da regulação responsiva tem guarida inclusive na seara do direito penal, que lida com bens jurídicos considerados os mais graves por um ordenamento jurídico e, por isso, elevados à categoria de contravenções e crimes, reservando-se as ofensas a bens jurídicos de menor gravidade ao tratamento exclusivo pelas esferas administrativa e/ou cível. A lógica do tratamento responsivo somente é desincentivada quando a autonomia do regulador em tratar os regulados segundo seu comportamento possa ser comprometida por um alto risco de captura do regulador. No sistema jurídico brasileiro, esse risco de captura é amenizado pela pequena margem de discricionariedade outorgada ao administrador em definir *in casu* os parâmetros de isonomia. O tratamento diferenciado dos regulados dificilmente poderá sê-lo, no Brasil, pelo juízo individual do fiscal, mas por parâmetros regulares de índices de conformidade regulatória públicos e transparentes. Ao se afastar um determinado bem jurídico do esquema responsivo, tem-se o ônus de se justificar que o incentivo extrínseco efetivamente entregará o resultado esperado de maior proteção daquele bem e, portanto, de maior conformidade da conduta do regulado frente ao jogo de incentivos proposto pela adaptação responsiva, lembrando-se que a teoria da regulação responsiva não tem sido adotada mundo afora pela sua generosidade para com os regulados, mas por sua promessa de um maior nível de conformidade às normas, resolutividade dos casos e expansão do poder sancionador no ápice da pirâmide de punição e persuasão.

## 5.9 Limites e utilidade da teoria da regulação responsiva

O problema da conformidade regulatória é complexo, não se rendendo à visão maniqueísta entre uma regulação apoiada em incentivos extrínsecos ou em incentivos intrínsecos. A literatura regulatória se divide em favorecer fatores de dissuasão (*deterrence factors*) ou de cultura organizacional (*organizational factors*) como indutores de conformidade regulatória. Galle (2017), por exemplo,

revelará a inexistência de correlação entre conformidade e intensidade da fiscalização e punição, mas correlação entre conformidade e cultura empresarial em fundações privadas filantrópicas nos Estados Unidos. Esse exemplo, de muitos, é ilustrativo de como a literatura regulatória se concentra em nichos específicos e tenta extrapolar o resultado de determinado setor, perfil, país, ambiente regulador para o tratamento geral da relação entre regulação e conformidade. Tais fontes bibliográficas fornecem nortes, mas dificilmente poderão garantir que tipo de incentivo será o mais adequado em outras realidades institucionais, setores regulados ou perfis de afetados. O certo é que a moderna literatura regulatória concorda que a conformidade empresarial às normas é um processo complexo (COGLIANESE e KAGAN, 2007), que envolve novos riscos (MAY, 2003) quando o regulador opta por formas regulatórias que não prescrevem a conduta, mas se concentram em resultados, elevando a autonomia do regulado em trilhar caminhos não previamente definidos.

A vantagem comparativa da teoria da regulação reponsiva está precisamente em não se prender a um dos pólos da dicotomia entre regular ou desregular, nem mesmo à dicotomia entre regular por dissuasão ou por persuasão. Ela propõe, pelo contrário, um desenho regulatório capaz de fruir das diversas técnicas e formas regulatórias, beneficiando-se do que cada uma delas tem de específico, mas atribuindo-lhes uma nova função sistêmica de atração do regulado às camadas da base da pirâmide responsiva.

A adoção de uma modelagem responsiva não significa, portanto, o compromisso com a crença na onipotência da ameaça, da punição, da sanção e da capacidade estatal em fazer valer suas normas que é naturalmente circunstancial, nem mesmo o compromisso com a crença na suficiência de que preceitos morais de conduta, cláusulas de estatutos privados, redes de conformidade, pressões sociais, entre outros incentivos intrínsecos ao regulado ordenarão a conduta rumo ao interesse público. A teoria da regulação responsiva parte do pressuposto de que regulados e reguladores são combos de compromissos contraditórios ora sensíveis

a pressões externas, ora obedientes a pressões internas, ora erráticos e desregrados, que tendem a priorizar o bom comportamento somente se estiverem conscientes de que fazem parte de um **ecossistema regulatório** em que seu bem-estar será diretamente proporcional ao conjunto da obra, orientando-o ao esforço contínuo e duradouro por conformidade, ao invés de privilegiar esforços pontuais e efêmeros.

Trata-se, portanto, do reforço recíproco entre o ambiente regulatório apoiado em uma combinação inteligente de técnicas, formas e estratégias regulatórias, de um lado, – ou seja, o desenho regulatório – e o perfil regulado próprio, construído ou dirigido pelo contato contínuo com os incentivos presentes no ambiente regulatório – ou seja, a cultura de compliance regulatório. Não por acaso, a definição de regulação adotada pela Iniciativa Governamental de Prática Regulatória neozelandesa é de integração de instituições, processos e instrumentos voltados a manobrar o comportamento “previsivelmente irracional” (G-REG, <https://g-reg.govt.nz/>) dos indivíduos e coletividades em direção a objetivos sociais desejáveis (HEIJDEN, 2019).

Uma estratégia regulatória vitoriosa sabe manejar o comportamento do regulado, lançando mão e reforçando os incentivos intrínsecos ao sistema regulado, reconhecendo as condições necessárias à eficácia de tais forças intrínsecas e reservando medidas extrínsecas, por definição, mais onerosas, para quando o conjunto de fatores de reforço recíproco falhar. A regulação responsiva apresenta-se como uma *arte de motivar empresas a se tornarem e permanecerem virtuosas* mediante a adoção de funções fiscalizatórias intrínsecas (FLAGAL, 2019, p. 666).

A literatura regulatória tem se dedicado, recentemente, a entender se e quando as pessoas jurídicas cumprem normas que não sejam fiscalizadas ou compelidas, afirmando-se uma diferença de compromisso com a regulação a depender da cultura organizacional e responsabilidade social presente no regulado (CRONERT, 2021).

Há, inclusive, estudos que demonstram casos de manuseio governamental de regimes regulatórios voltados a criar estratégias seletivas de não-coação da regulação – tolerância regulatória – para conformação do mercado regulado, mesmo quando há capacidade institucional para implementar a persecução do ilícito, entendendo-se que as estratégias seletivas de coação têm se apresentado como formas de governança regulatória implementadas em economias avançadas e inada negligenciadas em estudos acadêmicos (DEWEY e CARLO, 2021).

A regulação responsiva é uma fórmula de reforço dessa cultura organizacional, mas também de inauguração de nova cultura nos entes regulados voltada a mantê-los distantes de formas regulatórias mais onerosas para o regulador, para o regulado e para a sociedade, mantidas todas as opções sobre a mesa como incentivo de orientação comportamental do regulado.

Para que a regulação responsiva se revele, entretanto, frutífera, em estudo que revisou mais de mil artigos científicos revisados por pares sobre regulação responsiva, Heijden (2020, p. 15-17) enfatiza como providências necessárias para além do efetivo desenho de atuação responsiva do regulador: a) treinamento dos reguladores sobre a regulação responsiva associado à produção de guias práticos; b) transparência, clareza e canais de comunicação abertos com os regulados quanto ao que significa a regulação responsiva; c) múltiplas interações entre regulados e regulador voltadas as esclarecer como se dará a progressiva implementação da regulação responsiva, sem temor de aplicar punições mais severas quando o comportamento do regulado mostrar-se desalinhado ao desenho responsivo, mas, ao mesmo tempo, com enfoque na atuação cooperativa; d) iniciada a aplicação do desenho responsivo, não se deve voltar atrás, sob pena de ruir a base de confiança entre regulador e regulados; e) priorização do monitoramento frente à coação; e f) devido monitoramento também das formas autorregulatórias e metarregulatórias agregadas à estratégia

responsiva para ajuste da estrutura empresarial do regulado e alinhamento dos objetivos dos parceiros privados.

## 5.10 Responsividade na Fiscalização Regulatória: em busca do resultado regulatório

Compreende-se por fiscalização o conjunto de atividades empreendidas pelo órgão regulador, de forma preventiva ou repressiva, aleatória ou em periodicidade determinada, com o objetivo de assegurar que a regulação seja cumprida e, sobretudo, que os objetivos regulatórios sejam alcançados. O conceito de fiscalização regulatória abrange, portanto, ações de planejamento, supervisão, acompanhamento, controle e inspeção, bem como a implementação de medidas administrativas que podem decorrer dessas atividades (resolutivas, cautelares ou sancionatórias), todas adotadas com o fim de garantir a conformação da conduta dos regulados e de prevenir e corrigir eventuais descumprimentos das normas e obrigações impostas.

A fiscalização regulatória constitui também instrumento que propicia a necessária interação entre regulador e regulado, a testagem acerca da qualidade e aptidão da norma, bem como a coleta de informações que podem contribuir para a retroalimentação e contínuo aprimoramento do sistema regulatório. Nesse sentido, são apontados cinco aspectos críticos que impactam o *enforcement e a fiscalização* e que, portanto, podem comprometer a eficácia da regulação: a clareza da norma, a exequibilidade, a verificabilidade, o sistema de recompensas e punições e a legitimidade da autoridade reguladora (MARKELL e GLICKSMAN, 2014).

A fiscalização regulatória é um elemento relativamente novo e pouco estudado da política regulatória que vem ganhando importância apenas recentemente. Até então, os debates sobre como os regulamentos são concebidos e desenvolvidos, como melhorá-los e torná-los “mais inteligentes” receberam muito

mais estudo e atenção do que os mecanismos regulatórios de *enforcement*, como inspeções e outras ferramentas de fiscalização. Ocorre que esses são também cruciais para o bom desempenho da regulação e para que essa produza os resultados esperados. A utilização de práticas de fiscalização e inspeção inadequadas e pouco responsivas ao comportamento dos regulados pode comprometer todas as melhorias implementadas na elaboração das regras (OCDE, 2014).

Nesse sentido, grande parte da discussão sobre regulação e reforma regulatória está centrada, atualmente, no cumprimento das regras regulatórias e consideram as atividades de *enforcement* e de fiscalização componentes essenciais para uma regulação eficaz. O principal desafio para os órgãos reguladores, nesse contexto, já que estão cada vez mais sob pressão para fazer “mais com menos”, é desenvolver e aplicar estratégias que ofereçam os melhores resultados possíveis: altos níveis de conformidade e baixos custos regulatórios, o que envolve revisão de métodos e de cultura regulatória para adequá-los aos preceitos da regulação responsiva (OCDE, 2014).

Assim, com vistas a contribuir para a construção de princípios universais que possam aprimorar os processos de fiscalização regulatória, a OCDE publicou o Relatório Regulatory Enforcement and Inspections: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy o qual, baseado em princípios-chave e orientações para organizar a reforma da fiscalização regulatória nos países da OCDE, apresenta uma lista de 12 critérios que correspondem aos 11 Princípios de Melhores Práticas da OCDE para Aplicação de Regulações e Inspeções:

**Tabela : Doze pontos contidos na Diretriz sobre execução e inspeção**

<b>Princípio</b>	<b>Detalhamento</b>
<b>1. Cumprimento baseado em evidência</b> ( <i>evidence-based enforcement</i> )	A aplicação dos regulamentos e as inspeções regulatórias devem ser baseadas em evidências: decisão sobre o que inspecionar e como deve ser

	fundamentada em dados e evidências, e os resultados devem ser avaliados regularmente.
<b>2. Seletividade (<i>selectivity</i>)</b>	A promoção de regras de cumprimento e aplicação deve ser deixada às forças do mercado, às ações do setor privado e às atividades da sociedade civil sempre que possível: inspeções e fiscalizações não podem ocorrer em qualquer lugar e abordar tudo. Existem muitas outras maneiras menos invasivas de alcançar os objetivos da regulação.
<b>3. Foco no risco e proporcionalidade (<i>risk focus and proportionality</i>)</b>	A aplicação da regulação deve ser baseada no risco e na proporcionalidade: a frequência das inspeções e os recursos empregados devem ser proporcionais ao nível de risco, e as ações de aplicação da lei ou da norma infralegal devem ter como objetivo reduzir o risco real representado pelas infrações.
<b>4. Regulação responsiva (<i>responsive regulation</i>)</b>	A aplicação deve basear-se em princípios de “regulamentação responsiva”; isto é, as ações de fiscalização devem ser moduladas dependendo do perfil e comportamento de empresas específicas.
<b>5. Visão de longo prazo (<i>long-term vision</i>)</b>	Os governos devem adotar políticas de fiscalização e de supervisão regulatórias e estabelecer mecanismos institucionais com objetivos claros e estratégia de longo prazo.
<b>6. Coordenação e consolidação (<i>co-ordination and consolidation</i>)</b>	As funções de inspeção devem ser coordenadas e, quando necessário, consolidadas: menos duplicação e menos sobreposições garantirão um melhor uso dos recursos públicos, minimizarão a carga sobre os temas regulados e maximizarão a eficácia.
<b>7. Governança transparente (<i>transparent governance</i>)</b>	Estruturas de governança e de políticas de recursos humanos para aplicação regulatória devem apoiar a transparência, o profissionalismo e o gerenciamento orientado a resultados. A execução da aplicação regulatória deve ser independente da influência política e os esforços de promoção da conformidade devem ser recompensados (incentivos positivos).
<b>8. Integração de informação (<i>information integration</i>)</b>	As tecnologias da informação e comunicação devem ser usadas para maximizar o foco nos riscos, promover a coordenação e o compartilhamento de informações e garantir um uso otimizado dos recursos.

<b>9. Processo claro e justo (<i>clear and fair process</i>)</b>	Os governos devem garantir que as regras e processos de execução e inspeções sejam claros. É necessário adotar e publicar legislação coerente para organizar as inspeções e a fiscalização, e os direitos e obrigações dos funcionários e das empresas.
<b>10. Promoção de compliance (<i>compliance promotion</i>)</b>	A transparência e a conformidade devem ser promovidas através do uso de instrumentos apropriados, como orientações, conjunto de instrumentos ( <i>toolkit</i> ) e listas de verificação.
<b>11. Profissionalismo (<i>professionalism</i>)</b>	Os inspetores e outros agentes de avaliação da conformidade devem ser treinados e gerenciados para garantir profissionalismo, integridade, consistência e transparência. Isso requer treinamento substancial, focando não apenas as habilidades técnicas, mas também genéricas de inspeção. Diretrizes oficiais para os inspetores e outros agentes de avaliação da conformidade podem auxiliar a garantir consistência e legalidade nas atividades.
<b>12. Checagem da realidade (<i>Reality check</i>):</b>	As instituições encarregadas da inspeção e de fiscalização, e o sistema regulatório de fiscalização e fiscalização como um todo, devem oferecer os níveis de desempenho esperados delas - em termos de satisfação das partes interessadas, eficiência (benefícios / custos) e eficácia geral (segurança, saúde, proteção ambiental etc.).

Fonte: OCDE. Elaboração: CCGI-EESP/FGV

Destaca-se que o critério denominado Coordenação e Consolidação estabelece que as atividades de acompanhamento e de fiscalização devem ser coordenadas e, quando necessário, consolidadas, evitando duplicação e sobreposições, garantindo um melhor uso dos recursos públicos e maximizando a sua eficácia. Torna-se essencial, portanto, evitar a proliferação de diferentes frentes de fiscalização, garantindo clareza e coerência, impedindo o surgimento de áreas de competência conflitante. A alocação de recursos entre as áreas de acompanhamento e fiscalização deve ser realizada com base em evidências e de maneira proporcional ao risco.



Além disso, ressalte-se que, para se implementar um modelo de fiscalização regulatória baseado na teoria da regulação realmente responsiva, deve-se levar em consideração os complexos e múltiplos fatores que influenciam o comportamento dos regulados, como pressões institucionais internas e externas, incluindo busca de lucratividade ou reputação, posição no mercado, congruência de demandas regulatórias externas e objetivos internos, meios pelos quais as normas regulatórias são impostas e a avaliação de se o regime regulatório é justo ou não (BALDWIN e BLACK, 2008).

Uma regulação realmente responsiva deve, também, responder ao desempenho da própria regulação, enfatizando a necessidade de que ela seja avaliada e modificada periodicamente. No contexto da fiscalização regulatória, isso requer que o regulador seja capaz de medir se as ferramentas e estratégias de fiscalização em uso estão alcançando os objetivos desejados.

Outrossim, as inspeções frequentemente criam encargos desnecessários tanto para o estado quanto para os inspecionados. Uma estratégia de fiscalização bem formulada, fornecendo incentivos corretos para os sujeitos regulados pode ajudar a reduzir os esforços de monitoramento e, portanto, os custos para as empresas e para o setor público, ao mesmo tempo que aumenta a eficiência e atinge melhores objetivos regulatórios .

No caso da ANAC, observa-se, no contexto atual, que, não obstante os esforços empreendidos nos últimos anos no sentido de se implementar um modelo regulatório mais racional e responsivo, verifica-se, ainda, uma dificuldade na coordenação e integração das atividades de *enforcement* da Agência, além da identificação de *gaps* e sobreposições em relação a algumas temáticas. E apesar de as novas diretrizes do macroprocesso de Fiscalização Regulatória se proporem a melhorar a governança do processo regulatório, não há ainda clara definição das fronteiras, o papel e a responsabilidade de cada área para algumas temáticas. É preciso, portanto, analisar a estrutura existente, sob diversos enfoques

(regimental, estratégico, técnico, operacional, entre outros), de modo a abarcar todas as atividades que compõem o ciclo regulatório.

Mostra-se fundamental, portanto, que seja implementado um planejamento unificado, coordenado e conjunto das ações de fiscalização, com prioridades estabelecidas conforme critérios de risco e informações colhidas junto às diferentes Superintendências, que permita também a maximização dos recursos (humanos, financeiros, tecnologia da informação, etc.) destinados às atividades de acompanhamento, controle e fiscalização da Agência e o envolvimento no processo de planejamento das equipes que atuam nas unidades descentralizadas.

#### 5.10.1 A abordagem baseada em risco como estratégia responsiva de fiscalização regulatória

A abordagem baseada em risco (*risk-based approach*) defende que as instituições reguladas sejam obrigadas a identificar e avaliar os riscos e a adotar as medidas necessárias para mitigá-los de maneira eficaz. Isso possibilita que as medidas preventivas adotadas pelas entidades sejam adequadas, flexíveis e proporcionais à natureza dos riscos envolvidos na consecução dos objetivos regulatórios. **Com a adoção dessa nova abordagem, afasta-se o tratamento uniforme dos regulados, possibilitando uma racionalização dos esforços de controle e priorização das atividades de maior risco ou relevância.**

Paralelamente, nos modelos de abordagem baseada em risco, as instituições reguladas devem realizar avaliações internas com o objetivo de identificar, mensurar e gerenciar o risco de haver falhas ou inconformidades em sua atuação, o que permite, inclusive, que eventuais problemas sejam corrigidos a tempo de não impactarem nos resultados pretendidos. Assim, cria-se um fluxo de informações relevantes para subsidiar a tomada de decisões, aprimorar a gestão e proceder a ajustes e revisões.

Uma estrutura regulatória baseada em risco vale-se de uma abordagem que privilegia estratégia formulada a partir de dados, evidências e inteligência analítica para decidir o que e como regular. Reconhecendo que nem todas as contravenções podem ser detectadas e tratadas, a regulação baseada no risco busca conferir uma maior inteligências às decisões tomadas pelo regulador ao definir suas prioridades e alocar seus recursos. Em uma regulação baseada em risco, o regulador emprega seus recursos de fiscalização de modo sistemático de acordo com uma avaliação do risco potencial que determinadas entidades reguladas ou indivíduos representam para os objetivos do regulador ou do impacto que eventual desconformidade pode causar ao bem jurídico tutelado pela regulação.

Ou seja, modelos regulatórios baseadas em risco “focam nos riscos, não nas regras”, já que os reguladores “geralmente estão sobrecarregados por regras” e não podem fazer cumprir todas o tempo todo. Por isso, reconhecem a importância de atuarem seletivamente, definindo prioridades a partir de estudos e análises elaboradas a partir de informações coletadas e produzidas pelos reguladores ou pelos próprios regulados (BLACK e BALDWIN, 2010)

Na regulação baseada em risco, os reguladores priorizam, portanto, as atividades regulatórias e a distribuição de seus recursos de acordo com uma avaliação dos riscos que o comportamento eventualmente desviante do regulado pode causar à consecução dos objetivos regulatórios, o que permite que mais recursos sejam alocados em estratégias com foco mais intenso em entidades de maior risco. Por isso, a robustez das avaliações de risco e a qualidade dos dados em que essas avaliações se baseiam são muito importantes.

A abordagem baseada em risco ganhou bastante destaque e foi incentivada por governos do mundo todo nas últimas décadas por conta da suposta redução de custos regulatórios que o modelo traria. Mas foi mais especificamente a partir da publicação do Relatório de Hampton, em 2005, o qual recomendou que todas as agências reguladoras do Reino Unido adotassem uma abordagem

baseada no risco que o modelo, de fato, se disseminou (HAMPTON, 2005). De acordo com o Relatório, metas de inspeção e fiscalização deveriam basear-se em uma avaliação dos riscos que pessoas ou empresas reguladas representam para os objetivos do regulador. Os principais componentes da abordagem são as avaliações do risco de não conformidade e cálculos sobre o impacto que o não cumprimento teria sobre a capacidade da instituição de atingir seus objetivos. Ela difere das abordagens via pirâmide, enfatizando a análise e segmentação em vez de um processo de escalonamento responsivo. As abordagens baseadas em risco permitem que os recursos sejam direcionados de uma maneira que priorize os riscos mais elevados, fornecem uma base para avaliar novos desafios regulatórios e novos riscos e estão focadas principalmente na fiscalização proativa e reativa (BALDWIN e BLACK, 2008).

Abordagens baseadas em risco, por outro lado, podem resultar em uma série de desafios e dificuldades específicas. As principais desvantagens desse tipo de regulação são a aleatoriedade dos motivos para a realização das ações por parte do regulador, o que pode passar a impressão de que a fiscalização não esteja conferindo a necessária relevância aos riscos mais importantes e atribuindo baixa prioridade ao controle preventivo (BALDWIN e BLACK, 2008).

Como esse tipo de abordagem também gera uma concentração de recursos nas prioridades regulatórias, os reguladores precisam ser claros sobre quais riscos não serão priorizados, o que aumenta a sua exposição pública, com consequências políticas, legais e práticas. Podem surgir questionamentos quanto à consistência do tratamento das empresas reguladas, igualdade de proteção aos consumidores e ao público em geral. Outro problema que surge nesse tipo de regulação é resultado da tendência da agência reguladora de ganhar expertise em alguns tipos de risco e deixar de lado outros riscos. Quando os riscos mais baixos são numerosos e disseminadas, a sua negligência pode levar à acumulação eventos danosos (BALDWIN e BLACK, 2008).

Vale ressaltar também que a atuação do regulador em um sistema de regulação baseada em risco tende a focar a empresa, deixando em segundo plano a visão mais estratégica de como aumentar o cumprimento das normas dentro do setor regulado como um todo. É possível, contudo, que elementos de regulação responsiva estejam presentes na regulação baseada em risco, bastando, por exemplo, que o regulador condicione as sanções ao nível de risco representado pelo comportamento do regulado (BALDWIN e BLACK, 2008).

Por fim, as análises regulatórias baseadas em risco também podem levar, se não conduzidas adequadamente, a um acúmulo de informações, o que pode impor encargos significativos às empresas e diminuir a eficiência do regulador no uso de recursos financeiros e humanos. Há também a possibilidade de que, em um ambiente de escassez de recursos, o regulador redirecione seus esforços para os riscos mais elevados e os problemas “mais graves”, o que pode não ser a melhor opção quando considerado o custo-benefício de outras estratégias (BALDWIN e BLACK, 2008).

Nesse sentido, ressalte-se que uma das críticas aos sistemas piramidais e/ou baseados em risco é que eles, em geral, não incorporam mecanismo central que avalie a necessidade de mudança sistêmica e estratégica. “A pirâmide sinaliza para as indústrias que vai escalar estratégias de autorregulação para regimes de comando e controle decididos fora do sistema, porém não explica como tal escalonamento deve ser avaliado e nem como ele deve ser gerenciado em meio a tais mudanças” (BALDWIN e BLACK, 2008).

Por isso, reguladores realmente responsivos devem responder não somente ao desempenho do regulado, mas também às estruturas operacionais e cognitivas das empresas (seus “cenários atitudinais”); ao ambiente institucional mais amplo do regime regulatório e sua evolução; às diferentes lógicas de ferramentas e estratégias regulatórias; e ao desempenho da própria regulação. A regulação realmente responsiva colocar a avaliação de desempenho no centro da atividade regulatória, incentivando a criação de sistemas e processos contínuos que produzirão dados relevantes (BALDWIN e BLACK, 2008).

## 6. RESPONSABILIDADE NO SETOR AÉREO

### 6.1 Responsividade e Cultura Justa

A sistemática regulatória do próprio setor de aviação civil possui a peculiaridade de ser internacionalmente regida pelo princípio da “cultura justa”, o qual é composto por elementos intrinsecamente associados aos preceitos de responsividade. Uma cultura justa é aquela em que todos os funcionários são incentivados a fornecer e a se sentirem confortáveis fornecendo informações relacionadas à segurança. É um ambiente em que os funcionários entendem que eles serão tratados de forma justa com base em suas ações e não no resultado dessas ações, no caso de incidentes de segurança resultantes de ações ou omissões. Uma cultura justa reconhece que fatores sistêmicos (não apenas ações individuais) devem ser considerados na avaliação do desempenho de segurança e na interpretação do comportamento humano.

Note-se que, embora seja princípio central da aviação civil e considerado como a base para uma cultura de segurança de sucesso, o termo “cultura justa” é cada vez mais aplicado na área de saúde, na análise de casos que envolvem erros médicos, para se referir ao conjunto de crenças, valores e padrões de conduta, que devem orientar o comportamento dos profissionais que atuam no setor, principalmente quanto ao cumprimento das normas que visam padronizar procedimentos e promover a segurança na prestação dos serviços aéreos, bem como para se explicitar como será a reação e o posicionamento dos gestores e reguladores diante de falhas eventualmente cometidas durante a prestação dos diversos serviços (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

Assim, é o princípio da Cultura Justa que favorece o ambiente de reporte voluntário na aviação civil, aumentando os dados de segurança dentro das organizações, o que contribui para identificar e mitigar proativamente riscos de segurança. Trata-se, pois, de elemento responsivo essencial ao funcionamento do

setor, que contribui para o estabelecimento da necessária relação de confiança e transparência entre reguladores e regulados, indispensável para a segurança do sistema, que garante também a atualização permanente dos critérios de segurança em um setor onde ocorrem sempre rápidos avanços tecnológicos, bem como as revisões periódicas dos critérios e comportamentos aceitáveis e inaceitáveis ou legítimos e ilegítimos de segurança, de modo, inclusive, a tornar a fiscalização regulatória mais eficiente (ICAO, 2016).

Em documento que trata da Cultura de Segurança e do seu Processo de Aprimoramento, a *Civil Air Navigation Services Organisation – CANSO* define uma Cultura Justa como sendo uma “atmosfera de confiança na qual as pessoas são incentivadas para fornecer informações essenciais relacionadas à segurança, mas em que eles também são claros sobre onde a linha deve ser traçado entre o comportamento aceitável e inaceitável.” Além disso, uma cultura informada depende da ações de uma cultura de reporte que por sua vez depende de uma cultura justa. Todos os funcionários devem compreender claramente e reconhecer que é inaceitável punir todos os erros e atos inseguros, independentemente de suas origens e circunstâncias, embora seja igualmente inaceitável conceder imunidade geral de sanções a todas as ações que poderiam causar, ou contribuiriam, para acidentes organizacionais. Um pré-requisito para a engenharia de uma cultura justa é, portanto, a adoção de um conjunto acordado de princípios capazes de estabelecer claramente os limites entre ações aceitáveis e inaceitáveis (CANSO, 2008)

Desse modo, é a aplicação do conceito de “cultura justa” na gestão da segurança aérea que garante aos sujeitos regulados que a apuração de erros e falhas, resultantes de condutas consideradas aceitáveis, será permeada por critérios de justiça e razoabilidade. Segundo a definição adotada pela Eurocontrol, trata-se da “cultura em que os operadores da linha da frente não são punidos por ações, omissões ou decisões tomadas por eles sendo proporcionais à sua

experiência e treino, mas onde a negligência grave, violações intencionais e atos destrutivos não são tolerados.”

Assim, a “cultura justa” funciona como uma diretriz institucional que equilibra as necessidades de notificações abertas e honestas dos colaboradores com um ambiente de aprendizado, no qual os profissionais sintam-se confortáveis relatando erros, estabelecendo atmosfera de confiança que mantém também uma cultura e um compromisso com a segurança em todos os níveis (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

Com efeito, a atividade aérea se desenvolve em um ambiente extremamente complexo e dinâmico, no qual o desempenho humano pode inevitavelmente falhar, mesmo a despeito de todos os esforços no sentido contrário. Quando as falhas acontecem, é necessário que todo o sistema responsável pela gestão e regulação do setor apurem a fundo a ocorrência e tomem conhecimento da integralidade de todas as informações e detalhes a respeito do fato, para que possam descobrir suas causas e adotar as providências necessárias e adequadas para prevenir novos casos (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

Nesse sentido, é por reconhecer que os relatórios de segurança da equipe que opera a aviação civil constitui uma das fontes mais valiosas de informações para aprender lições e identificar tendências de segurança, que os reguladores consideram ser imprescindível, para o bom desempenho da regulação do setor, o recebimento do maior número possível de reportes, devendo as organizações, portanto, promoverem a cultura justa para que a equipe se sinta segura para relatar riscos e erros.

Para estimular a implementação da Cultura Justa, a assembleia geral da ICAO, na 39ª sessão, pelo Item 36 da agenda<sup>63</sup>, encoraja expressamente os Estados a revisarem as legislações nacionais, a apoiarem as organizações por meio

---

<sup>63</sup> ICAO, 2016. Disponível em: [https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/WP/wp\\_193\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/WP/wp_193_en.pdf)



de documentos escritos, a desenvolverem declaração política de Cultura Justa e meio pelo qual a equipe possa voluntária e confidencialmente relatar preocupações com segurança e, por fim, a documentarem os procedimentos, incluindo como a variabilidade do desempenho humano será interpretado<sup>64</sup>. Importante destacar que essa gama de propostas são inspiradas no anexo 13 (*aircraft accident and incidente investigation*) e 19 (*safety management*) da Convenção de Chicago (ICAO, 2016).

Sendo assim, as medidas essenciais a ser adotadas pelos órgãos reguladores da aviação civil em todo o mundo para o desenvolvimento e manutenção da Cultura Justa no setor são: a) adoção de uma política documentada; b) definição sobre o comportamento que é aceitável e não aceitável, enquanto valores derivados das culturas nacionais, organizacionais e profissionais; c) sanções acordadas para comportamento inaceitável; d) processos para lidar com ações na “área cinza”; e) sistema de denúncias vinculadas a política da Cultura Justa, a qual comumente relacionada a proteção de dados e ou identidade do sujeito que realizou o reporte; f) tratamento adequados dos reportes; g) monitoramento de violações da política e punição exemplar nos casos de descumprimentos; h) relatórios, ações para lidar com o que produz os erros (CANSO, 2008).

Desse modo, para que não ocorra a inibição dos reportes, são dadas garantias às entidades e aos indivíduos de que o objetivo primário do sistema regulatório não é a punição das falhas e erros, mas o aumento e desenvolvimento da segurança de voo e que, exceto em casos intoleráveis de negligência grave, não

---

<sup>64</sup> Tradução: “a) review national legislation framework to rule out any differences with ICAO Annexes and legal guidance as far as reasonably possible with respect to adopting a Just Culture; b) urge their aviation organizations to develop a Just Culture policy statement as part of a strong safety culture and invite their aviation organizations to support and implement their Just Culture programme by means of written procedures. c) develop a Just Culture policy statement as a fundament for a strong safety culture; d) establish a means by which staff may voluntarily and confidentially report safety concerns without fear of reprisal; and e) adopt and document Just Culture procedures, including how human performance variability will be interpreted.”

serão abertos processos disciplinares por violações não premeditadas ou inadvertidas da lei.

Nesse sentido, os preceitos que orientam a regulação do sistema de aviação civil, inclusive a Norma Sistemática do Comando da Aeronáutica 3-13/17 (NSCA), que trata dos Protocolos de Investigação de Ocorrências Aeronáuticas da Aviação Civil Conduzidas pelo Estado Brasileiro, baseiam-se na prevenção e gerenciamento do erro, por meio, principalmente, do estabelecimento de padrões e rotinas, no monitoramento de processos e na gestão de riscos. Parte-se do pressuposto de que erros e anormalidades sempre podem ocorrer e devem ser identificados, estudados e livremente reportados de forma a evitar futuras recorrências e que o erro de maior gravidade e ameaça é o erro não visível.

Um exemplo de implementação da Cultura Justa é a da EASA (*European Union Aviation Safety Agency*). Em novembro de 2015, o Regulamento UE 376/2014<sup>65</sup> entrou em vigor, exigindo que as organizações de aviação da União Europeia adotem e mantenham uma Cultura Justa proativa e baseada em evidências<sup>66</sup>. O regulamento, conforme anunciado no site da agência, busca encorajar a comunicação espontânea das ocorrências, eliminando a punição da linha de frente por erros genuínos.

Como objetivos da Resolução, constam a melhoria da segurança da aviação a partir das informações de segurança que são comunicadas, recolhidas, armazenadas, protegidas, trocadas, divulgadas e analisadas. Por isso, o regulamento pretende garantir: “a) quando apropriado, que medidas de segurança sejam atendidas em tempo hábil com base na análise das informações coletadas; (b) a continuação da disponibilidade de informações de segurança através da introdução de regras de confidencialidade e utilização adequada das informações

---

<sup>65</sup>Regulamento disponível em: <https://www.easa.europa.eu/document-library/regulations/regulation-eu-no-3762014>

<sup>66</sup> Traduzido do site, disponível em: <https://caainternational.com/training-services/just-culture-online-e-learning-courses/>

e proteção harmonizada e reforçada dos relatores e das pessoas mencionadas nos relatórios de ocorrências; e (c) que os riscos para a segurança da aviação sejam considerados e tratados tanto a nível da União como a nível nacional.

Além desse, destaca como objetivos, que o relato de ocorrências tem como único objetivo a prevenção de acidentes e incidentes e não a período de culpas ou responsabilidades. Para tanto, a agência europeia, em obediência a ICAO, estabeleceu processos de gestão de risco e os planos de risco como elemento de acompanhamento da cultura justa pelo SMS (safety management system), SRM (safety risk management) ASR (Annual Safety Review<sup>67</sup>), bem como o European Plan for Aviation Safety (EPAS) e entre outros, que são sistemas e processos elaborados pela autoridade para acompanhar o desenvolvimento da segurança.

Outro exemplo de política institucional de cultura justa, a autoridade do Reino Unido oferece curso sobre cultura justa para equipe, pilotos, gerentes e etc.<sup>68</sup> Ela também considera o contexto de transição para cultura justa, para isso oferece<sup>69</sup> relatórios claros, comunicação e treinamento para cultura justa, de modo a estimular organizações proativas, baseada em evidências, encorajando comunicação aberta, relato honesto e aberto de incidentes.

Outra autoridade de aviação civil que incorpora e incentiva a cultura justa é da Nova Zelândia<sup>70</sup> (a CAA/NZ). Ela explica que há vários modelos para auxiliar a identificação do comportamento individual e orientar as respostas da Administração aos comportamentos gerenciáveis, de modo a “criar um ambiente onde as pessoas se sintam confortáveis relatando erros, perigos e ocorrências”. Sendo assim, apoiar a “aprendizagem com os eventos por meio do

---

<sup>67</sup> Acesso disponível em: <https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/annual-safety-review-2020>

<sup>68</sup> Mais informações em: <https://caainternational.com/course/just-culture-team/>

<sup>69</sup> Informação extraída em: <https://caainternational.com/just-culture-aviation-organisations/>

<sup>70</sup> Mais informações: <https://www.aviation.govt.nz/about-us/what-we-do/operational-policies/just-culture-what-it-means-to-the-caa/>

compartilhamento aprimorado de informações de segurança para prevenir futuros acidentes”<sup>71</sup>.

Para agregar a aplicação da cultura justa, a Agência desenvolveu o Sistema de Gestão de Segurança (SMS) dos participantes, o qual possibilita à autoridade reguladora: identificar os perigos e riscos associados que afetam toda a organização; controlar, monitorar, comunicar e revisar esses riscos; garantir a qualidade dos produtos e serviços, cumprindo com padrões; e melhorar continuamente produtos e serviços.

Assim, a autoridade fornece feedback aos participantes sobre as características acima, bem como incorpora princípios da Cultura Justa nas respostas as deficiências e ocorrências de segurança. Sobre seu método de fiscalização, a autoridade relata:<sup>72</sup>

Em primeiro lugar, procuramos examinar a natureza do evento ou violação, o nível de risco, as causas, os sistemas em vigor e o comportamento das pessoas envolvidas. Examinamos se o próprio participante relatou o evento de maneira oportuna e completa, se o assunto faz parte de um padrão e até que ponto os envolvidos aceitam a responsabilidade e estão dispostos a aprender ou mudar. Além desses fatores, o CAA deve sempre considerar o que é melhor no interesse público. Ao fazer isso, nossa aplicação de Cultura Justa considerará os impactos mais amplos, incluindo relatórios aprimorados, que beneficiam a segurança geral do sistema<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Tradução “order to create an environment where people feel comfortable reporting errors, hazards, and occurrences. Just Culture supports learning from events through enhanced sharing of safety information to prevent future accidents.”

<sup>72</sup> Disponível em: <https://www.aviation.govt.nz/about-us/what-we-do/operational-policies/just-culture-what-it-means-to-the-caa/>

<sup>73</sup> Tradução: “We first seek to examine the nature of the event or breach, the level of risk, the causes, the systems in place, and the behaviour of the people involved. We examine whether the participant self-reported the event in a timely and fulsome manner, whether the matter is part of a pattern, and the extent to which those involved accept accountability and are willing to learn or change. In addition to these factors the CAA must always consider what is best in the public interest. In doing so, our application of Just Culture will consider the wider impacts including enhanced reporting, which benefits overall system safety”.

Por fim, vale ressaltar que questão relevante que se coloca sobre o princípio da Cultura Justa é sobre o limite de sua aplicação e a quem deve competir estabelecer os critérios que distinguem um comportamento aceitável de um não aceitável. Uma cultura justa tem como objetivo equilibrar o aprendizado trazido pelos incidentes e a responsabilidade por suas consequências. Todas as propostas atuais de culturas justas defendem uma linha clara entre o comportamento aceitável e o inaceitável. Isso por si só, no entanto, não pode promover apenas a cultura, pois pressupõe falsamente que a culpabilidade é inerente ao ato, tendo características imutáveis independentemente do contexto, linguagem ou interpretação. A questão crítica não é, então, sobre traçar o limite, mas quem pode fazê-lo em uma complexa estrutura regulatória que pressupõe diversos vínculos e limites de responsabilidade.

## 6.2 Responsividade no Setor Aéreo Comparado

Considerando o interesse no aprimoramento da regulação, diversos foram os sistemas, em especial os mais maduros, que buscaram adotar paradigmas regulatórios responsivos. Essa transição gerou boas práticas que merecem ser conhecidas e eventualmente adaptadas no modelo que se persegue.

Para tanto, foram selecionadas três referências para reflexão, respectivamente, da Agência de Segurança da Aviação Civil da União Europeia (*European Union Aviation Safety Agency - EASA*<sup>74</sup>), das Autoridades de Aviação Civil do Reino Unido (*Civil Aviation Authority - CAA*<sup>75</sup>) e de Singapura (*Civil Aviation Authority of Singapura - CAAS*<sup>76</sup>).

---

<sup>74</sup> Sobre a EASA, vide sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.easa.europa.eu/the-agency/the-agency>. Acesso em: 24/02/2021.

<sup>75</sup> Sobre o CAA, vide sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.caa.co.uk/home/>. Acesso em: 24/02/2021.

<sup>76</sup> Sobre o CAAS, vide sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.caas.gov.sg/>. Acesso em: 24/02/2021.

A escolha dos paradigmas se justifica pela excelência de cada uma dessas entidades nas práticas que serão trazidas a debate. A EASA constitui-se em Agência direcionada à regulação de segurança – elemento fundamental para a estabilidade da aviação civil – desde 2002, contando com 31 países membros (países da União Europeia, Suíça, Noruega, Liechtenstein e Islândia). Deve-se reconhecer a primazia de sua atuação, sobretudo, por harmonizar os standards de segurança em todos os domínios da aviação no seu dilatado espectro de atuação.

A CAA do Reino Unido, por sua vez, tem destacada atuação na defesa de consumidores, não só pela adoção e aplicação do Regulamento (EC) n° 264/2004, mas essencialmente pela desempenho na divulgação das regras de proteção de consumidores e apoio para a resolução de suas demandas e a sua ação contínua junto aos prestadores de serviços para o *compliance* dessas normas, como se verá abaixo.

Afinal, a escolha da CAA de Singapura decorre de uma situação de fato, qual seja a atividade de regulação de um dos aeroportos mais representativos da Ásia (Aeroporto de Changi), o que impôs àquela Agência o desenvolvimento de mecanismos avançados para a defesa da concorrência e para evitar o abuso de posição dominante no setor aeroportuário. A questão sob comentário, apesar de não se submeter integralmente às competências da ANAC, resvala nas regras para alocação de áreas em aeroportos, bem como para um possível olhar sobre eventual esclarecimento das regras de concorrência entre aeroportos, em vista do atual programa de desestatização do Governo Federal.

### 6.2.1 A EASA e os mecanismos de regulação responsiva

A EASA representa o conjunto de países da União Europeia para uniformização das regras e garantia da segurança (*safety*) na aviação civil da União Europeia. Ela promove a padronização da segurança e proteção ambiental em um processo único de regulamentação e certificação. Ela objetiva também

facilitar o mercado interno da aviação, criar condições equitativas de concorrência e compatibilizar regras entre as organizações internacionais de aviação civil e as diversas autoridades de regulação dos países. Para tanto, a EASA fornece apoio aos Estados-Membros, com os quais se relaciona pela competência compartilhada, para promover o uso dos padrões europeus e mundiais e cooperar com atores mundiais para aumentar o nível de segurança. Nesse campo de atuação, passa-se a destacar medidas que apontam para a responsividade.

A primeira delas se relaciona aos meios de comunicação com os regulados. A EASA desenvolveu a plataforma denominada *e-rules*<sup>77</sup>, pela qual disponibiliza documentos regulatórios de forma dinâmica e de fácil acesso, com direcionamento para agentes regulados, para países do bloco europeu e outros interessados em acessar o mercado e para os passageiros. Dessa forma, ela lança pacotes de regras de acesso rápido, com temas como operações aéreas, aeronavegabilidade e aeródromos. Com isso, dispõe de um sistema de informações transparente e abrangente, que permite aos interessados acesso a amplo arcabouço sobre o tema pesquisado de forma consolidada. O desenvolvimento do material foi feito em conjunto com os Estados-Membros da EASA e com representantes da indústria da aviação.

O acesso fácil e direito às regras pertinentes do setor é uma medida essencial de responsividade, pois permite a prestadores de serviços, usuários e países o contato direto com o sistema normativo de forma completa e sem a necessidade de intermediários. É a primeira medida de transparência que merece ser garantida em um ambiente regulatório plural.

Destaque-se, no âmbito nacional, a iniciativa da ANAC de traduzir suas normas para o inglês, considerando as características do setor, dando maior

---

<sup>77</sup> Projeto *E-Rules* disponível em: <https://www.easa.europa.eu/newsroom-and-events/news/easy-access-rules-now-available-dynamic-online-publications>. Acesso em: 24/02/2021.

acesso aos interessados em acessar o mercado, sendo interessante ainda que possam ser, em seu conjunto, disponibilizadas aos interessados.

Outra ação da EASA a merecer destaque é o prêmio de Segurança da Aviação Civil (General Aviation Safety Award<sup>78</sup>), que seleciona o aplicativo de *smartphone* ou *tablet* mais útil para apoiar nos procedimentos de *safety* por parte de pilotos de aviação geral. O objetivo deste prêmio é promover ferramentas confiáveis para melhorar a segurança, incentivar o investimento na área, apoiar e aumentar a visibilidade de produtos e tecnologias úteis e aumentar ainda mais o envolvimento da comunidade de aviação geral com a segurança. Em 2019, chegou a bonificar com 8.000 Euros o desenvolvedor de uma plataforma unificada de identificação de planadores, drones e aeronaves, para evitar principalmente riscos de colisão durante o voo.

O empreendimento demonstra o campo para fomento de tecnologias colaborativas à aviação civil que a Agência pode avolumar, facilitando que terceiros interessados possam participar de maneira ativa de processo que apoia a regulação, gerando ganhos para toda a sociedade.

Em outra frente, a EASA também se empenhou em estruturar uma robusta coleção de órgãos consultivos<sup>79</sup>, valendo menção: o Conselho dos Estados-Membros (Members States Advisory Body - MAB); os Corpos Técnicos, que contam com representantes dos Estados-Membros e da Comissão Europeia (Technical Bodies - TeBs); e, por fim, o Conselho de Partes Relevantes (Stakeholder Advisory Body - SAB). Este último merece um olhar mais acurado, pela sua relevância para o tema abordado.

---

<sup>78</sup> Sobre o prêmio GA Safety Awards, disponível em: Para mais informações do prêmio: <https://www.easa.europa.eu/newsroom-and-events/news/easa-announces-winners-first-ga-safety-award>. Acesso em: 24/02/2021.

<sup>79</sup> Sobre órgãos consultivos, disponível em: <https://www.easa.europa.eu/the-agency/other-easa-boards-and-bodies/advisory-bodies#group-easa-related-content>. Acesso: 24/02/2021.



O SAB (Stakeholder Advisory Body), criado por decisão da EASA<sup>80</sup>, é um fórum de consulta de atores relevantes do setor e das autoridades nacionais sobre as prioridades da EASA, tanto no nível estratégico quanto no nível técnico. A consulta aos regulados cobre todos os aspectos do processo de regulamentação, que acabam por constituir o fundamento para o estabelecimento das prioridades de segurança. Entre as funções desse órgão, ressalta-se a de sugerir à EASA a implementação e padronização de medidas de natureza estratégica e linear do setor, inclusive de alto nível e múltiplos domínios (por exemplo, a política de aceitação dos padrões da indústria<sup>81</sup>).

Um dos produtos da SAB é o Plano Europeu para a Segurança da Aviação (*European Plan for Aviation Safety - EPAS*<sup>82</sup>), que traça estratégias regulatórias e recebe colaboração dos países e regulados. O plano estabelece regras de segurança na aviação para o período de cinco anos, definindo prioridades, com foco em três tipos de problemas: os sistêmicos, os operacionais e os emergentes. Há a possibilidade de partes interessadas enviarem uma comunicação a agência, via formulário virtual, para contribuir com o plano. Portanto, a construção do plano é compartilhada e aberta.

Interessante documento que se depreende deste contexto é o Relatório Anual de Segurança (*Annual Safety Review - ASR*), no qual se consolidam as bases de dados da ICAO, EASA, Estados-Membros, Eurocontrol e da indústria da aviação, com vistas a acompanhar as principais áreas de risco e problemas de segurança da aviação.

---

<sup>80</sup> Decisão nº 20, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho de Administração da EASA. Disponível em: <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/EASA%20MB%20Decision%2020-2015%20Stakeholder%20Advisory%20Board%20%28SAB%29.pdf>. Acesso em: 24/02/2021.

<sup>81</sup> Artigo 3, Funções da SAB, item 1 *d*, da referida decisão: *provide advice to the Agency on implementation/standardisation issues of strategic or horizontal nature (including high-level, cross-domain implementation policies, such as the policy on acceptance of industry standards)*;

<sup>82</sup> Disponível em: <https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/european-plan-aviation-safety-2019-2023>. Acesso: 24/02/2021.

As ações com participação dos terceiros interessados acima exemplificadas denotam colaboração extremamente profícua para o mercado e seus usuários, até mesmo para indicar a função pragmática que pode desempenhar um conselho de *stakeholders*. Com efeito, os integrantes do setor necessariamente dispõem de valiosas informações que podem ser utilizados na produção de dados úteis, especialmente para a fiscalização. Essa forma de cooperação, que não ofende as estratégias individuais da indústria, é capaz de gerar um conjunto de ações e um banco de dados integrado, linearizando o conhecimento e tornando as intervenções da Agência mais palatáveis e colaborativas para o mercado.

Sem a pretensão de esvaziar as atribuições e ações da EASA, teve-se por intenção, neste capítulo, apontar três ferramentas da regulação de segurança da aviação civil (*safety*) relacionadas à transparência das normas (consideradas em conjunto), fomento do desenvolvimento de novas tecnologias e mobilização de terceiros interessados em prol do setor. Tais instrumentos, de notórios contornos responsivos, compõe um sistema orientado para aprimoramento contínuo da regulação.

### **6.2.2 A Autoridade de Aviação Civil do Reino Unido e a regulação das relações de consumo**

A CAA foi constituída em 1972 pelo Parlamento Inglês como regulador independente especializado em aviação. Entre outras atividades, seu esforço é direcionado para assegurar que: a indústria da aviação atenda aos mais altos padrões de segurança (*safety standards*); a proteção dos consumidores, para que tenham direito de escolha e recebam o devido atendimento e tratamento digno nas suas viagens aéreas; regulamentar o uso eficiente do espaço aéreo, com vistas à redução de emissões de CO<sub>2</sub> e gerenciamento do impacto ambiental da aviação;

regulamentar a atividade aeroportuária, os serviços de tráfego aéreo e as companhias aéreas; e fornecer orientações sobre política de aviação<sup>83</sup>.

A CAA publicou em 2012 sua política de cumprimento regulatório (*Regulatory Enforcement Policy*<sup>84</sup>), voltada a induzir comportamentos de custo-benefício positivo para o setor. Conforme se declara no referido documento, um ponto específico de atenção dessa Autoridade é a proteção dos consumidores e do público interessado, incentivando o acatamento às normas e coibindo a falta de *compliance*. Em 2016, a CAA publicou o Guia do Cumprimento Regulatório das relações de Consumo (CAP1018 - *Guidance on Consumer Enforcement*<sup>85</sup>). Entre as ações elencadas, incluem-se:

- Prover orientações informalmente aos regulados e interessados;
- Publicar guias de direcionamentos para a indústria
- Desenvolver meios de autorregulação e correção;
- Fiscalização dos serviços prestados;
- Emitir avisos informais;
- Exigir informações de regulados e interessados;
- Garantir os acordos celebrados;
- Pleitear perante as Cortes Judiciais determinações para cumprimento das normas;
- Manejar processos criminais e civis para penalização de condutas irregulares, que podem chegar a até £ 5.000 por infração.

Para atingir estas ações, a CAA utiliza-se de pirâmide de enforcement assim disposta:

---

<sup>83</sup> Disponível em: <https://www.caa.co.uk/Our-work/About-us/Our-role/>. Acesso: 24/02/2021.

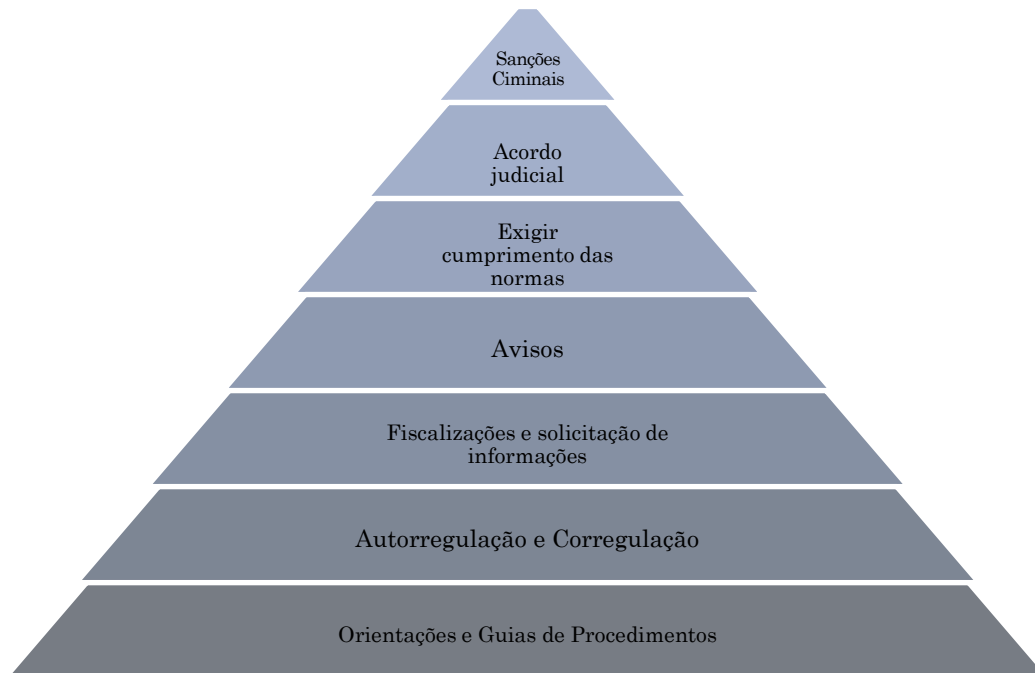
<sup>84</sup> Disponível em:

<https://publicapps.caa.co.uk/docs/33/CAP1326RegulatoryEnforcementPolicy.pdf>. Acesso: 24/02/2021.

<sup>85</sup> Disponível em:

<https://publicapps.caa.co.uk/modalapplication.aspx?appid=11&mode=detail&id=5473>. Acesso: 24/02/2021.

Figura 1. Pirâmide de Enforcement da CAA/UK



Fonte: CAP1018 - Guidance on Consumer Enforcement

Vale distinguir que a pirâmide representa, ilustrativamente, um conjunto de ações disponíveis para aplicação, sem a intenção de representar uma ordem fixa de escalada, ressaltando-se no referido guia, no entanto, que as medidas mais extremas constituem exceções. O indicativo da ação será pautado pela seriedade do evento, a resposta do regulado e informação inteligente, pautada na verificação dos motivos e ações pretéritas do regulado.

O modelo representa um sistema responsivo de tratamento das regras referentes aos consumidores. Sua base está na transparência da informação, sobretudo acerca da conduta esperada do prestador de serviços.

Além da transparência, o compromisso de orientação das empresas sobre eventuais novos negócios ou padrões a serem adotados se faz extremamente pertinente para evitar a quebra das normas. Neste cenário, a autorregulação e a correção são essenciais para estabilizar as relações do mercado – as empresas aéreas têm condições de dar soluções mais satisfatórias e econômicas ao

consumidor, daí a importância de um código de conduta da indústria da aviação civil, que oriente os regulados sobre as expectativas da Agência.

Ainda se destaca que as ações de fiscalização detêm por principal objetivo a obtenção de informações e a orientação. Na mesma linha, os Avisos se direcionam a explicar os caminhos que o prestador de serviços deve seguir para cumprir corretamente a norma. Contudo, em face de condutas menos cooperativas e avaliado o histórico daquele regulado, medidas mais duras, voltadas a obrigar ações ou impor punição pecuniária estão à disposição da CAA.

O indicado Guia do Cumprimento Regulatório das Relações de Consumo ainda relata três cenários que exemplificam como o processo de *enforcement* funciona, relativo a casos de atrasos e cancelamentos de voos, transparência de preços e situações com passageiros com deficiência.

Com efeito, tanto a estruturação do sistema com notórias características de responsividade, como a prática de exposição clara deste método regulatório em guia aberto ao público devem ser considerados para a regulação brasileira.

### 6.2.3 A Autoridade de Aviação Civil de Singapura e o Código de Concorrência Aeroportuária

A Autoridade de Aviação Civil de Singapura (Civil Aviation Authority of Singapore) é um Conselho Administrativo submetido ao comando do Ministério dos Transportes daquele país. Tem por missão desenvolver um sistema de aviação civil seguro e dinâmico de forma a contribuir significativamente para o sucesso de Singapura. Entre as atribuições desta autoridade estão a impulsão do *hub* aeroportuário e da indústria da aviação civil, monitorar e promover segurança (*safety*), prover serviços de navegação aérea e desenvolver Singapura com centro

de excelência para o conhecimento da aviação e desenvolvimento de recursos humanos para o setor<sup>86</sup>.

A Autoridade de Singapura se divide em seis áreas de trabalho, voltadas a: desenvolver do *hub* aéreo internacional; garantir serviços de navegação aérea seguros e eficientes; manter meio seguro de aviação civil (*safety*); aprimorar a indústria aeroportuária; contribuir para a aviação internacional; e o planejamento de contingências e administração de crises. Cabe perceber, contudo, que o Aeroporto de Changi, pelo seu porte, dirige, em certa medida, as ações da CAAS, levando esta unidade de regulação a ter seu foco centrado na indústria aeroportuária. Justamente esta característica essencial que impulsionou a ação regulatória que ora se quer colocar luz.

Na área de regulação econômica de aeroporto, a CAAS detém então interessante instrumento de orientações para a concorrência entre aeroportos e para as ações dos gestores aeroportuário perante seus usuários, com atividades nas dependência aeroportuárias. Logo, o documento que ora se passa a analisar também se relaciona com critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias, que hoje são dispostos pela Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, em regulamentação ao art. 39 a 42 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986).

Assim, vale referenciar a coleção de orientações que a CAAS emitiu sobre concorrência aeroportuária, quais sejam, o Código de Concorrência de Aeroportos (*Airport Competition Code*), o Guia de orientações sobre as normas (*Advisory guidelines on the provisions relating to anti-competitive agreements and abuse of dominance*) e o Guia de orientações sobre as normas de Atos de Concentrações (*Advisory Guidelines on the Merger Provisions*), lançados em 2009<sup>87</sup>. Este arcabouço constitui um expressivo passo no sentido de instruir os

---

<sup>86</sup> Disponível em: <https://www.caas.gov.sg/who-we-are>. Acesso: 24/02/2021.

<sup>87</sup> Tradução livre. Disponível em: [https://www.caas.gov.sg/docs/default-source/pdf/caas\\_airport\\_comp.pdf](https://www.caas.gov.sg/docs/default-source/pdf/caas_airport_comp.pdf). Acesso: 24/02/2021.

aeroportos constituídos sobre as condutas esperadas nesta seara das relações concorrenciais, deixando claros os seus encargos e obrigações na matéria, com fundamento na seção 44 do Ato nº 17 de 2009, da CAAS. Consubstancia-se em um meio preventivo de dirimir este tipo de questão.

O item 2 do Código de Concorrência de Aeroportos assim enuncia seu objeto:

- a) Regular e promover a concorrência e a condução equitativa e eficiente do mercado nas operações do aeroporto do oferecimento de serviços, instalações e equipamentos ou, no caso de inexistência de mercado competitivo, prevenir o exercício abusivo do monopólio ou poder de mercado;
- b) Regular, incentivar, promover, simplificar e apoiar o uso, desenvolvimento e o aprimoramento dos aeroportos de Singapura;
- c) Assegurar a prestação por todos os concessionários do aeroportos de serviços adequados e eficientes conforme disposto pela Autoridade Aeroportuária;
- d) Assegurar a estabilidade do fornecimento de quaisquer serviços aeroportuários ao público;
- e) Assegurar a condução equitativa e eficiente do mercado por todos os concessionários de aeroportos;
- f) Assegurar que todos os concessionários sejam capazes de operar eficientemente nos aeroportos de Singapura enquanto mantém a viabilidade de sua independência financeira; e
- g) Fomentar o desenvolvimento e a expansão de Singapura como um hub internacional da aviação.

Como se observa, é um código geral que vem para dispor as condutas em matéria de concorrência, visando o serviço que será prestado, o regular comportamento do gestor da infraestrutura aeroportuária perante seus usuários e o desenvolvimento do próprio país (KASARDA e GREG, 2012). Esses três elementos, tem especial importância para Singapura, um país de pouco mais de 720 quilômetros quadrados e 5,6 milhões de habitantes, que teve o Aeroporto de Changi eleito o melhor do mundo durante seis anos seguidos (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2019).

O referido Código ainda dispõe sobre a proibição de acordos anticompetitivos, deveres dos aeroportos dominantes e procedimentos para a realização de atos de concentração. De fato, o documento tem funções informativa, pedagógica e prescritiva.

Como mencionado, a iniciativa mostra valerosa ferramenta em prol da estabilidade das relações havidas entre aeroportos e entre estes e seus usuários, leia-se, exploradores de serviços aeroportuários não diretamente providos pelo gestor aeroportuário, estes geralmente instalados na infraestrutura pontual de transportes, conforme regras da Resolução nº 302/2014. Os traços de responsividade deste modelo se escora, em muito, na transparência das normas e na declaração da conduta esperada.

Apesar das regras da defesa da concorrência não estarem, exclusivamente, entre as atribuições da ANAC, mas também guardarem pertinência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos dos arts. 25 a 28 da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, é de se reconhecer que qualquer ação de proteção do mercado no Brasil contará necessariamente com a participação da Agência setorial.

Ademais, considerando as concessões aeroportuárias já realizadas e a pujança do programa parcerias e investimentos da Presidência da República<sup>88</sup>, faz-se mister refletir sobre este tipo de ação, que tem função, sobretudo, de prevenir casos como o Inquérito Administrativo nº 08700.001831/2014-27, em curso no CADE, de representação da Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda., no qual se discute a prática de anticompetitivas por Air BP Brasil Ltda., BR Distribuidora S.A., Raízen Combustíveis S.A. e GRU Airport, no sentido de limitar o acesso de terceiros ao mercado de combustíveis de aviação. No caso, parte da alegação tem escora no direito ao acesso ao mercado, em vista dos regulamentos da ANAC e do contrato de concessão do aeroporto, assim, permeando a questão regulatória incidente.

---

<sup>88</sup> Vide Decreto nº 9.972/2019, que lista 22 aeroportos, e Decreto nº 10.635/2021, que lista mais 24 aeroportos, todos para outorga. Disponível em: [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br). Acesso: 24/02/2021.



## 6.3 Responsividade no Setor Aéreo Brasileiro

A regulação dos ciclos de produção de aviação civil se aproxima, em maior ou menor grau, da perspectiva responsiva. A princípio, as áreas de regulação econômica de aeroportos e de acompanhamento de serviços aéreos indicam maior aderência a mecanismos de responsividade, enquanto as de aeronavegabilidade e pessoal da aviação civil tendem a uma fiscalização mais rígida direcionada ao comando e controle mais tradicional. Com efeito, reconhecendo os significativos avanços carreados pela Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, a implantação de um sistema de regulação responsiva em todos os setores da regulação da aviação civil exige um esforço comum de todas as áreas da ANAC.

É de se enaltecer, todavia, que atualmente a Agência já se utiliza de ferramentas que, em alguma medida, detém elementos de responsividade. Neste capítulo serão trazidos alguns desses instrumentos de modo a expor boas práticas regulatórias reconhecidas.

### 6.3.1 Regulação das relações de consumo e elementos de responsividade

A regulação pelo equilíbrio nas relações de consumo toca à ANAC desde o dia de sua gênese. O processo de desregulamentação das tarifas aéreas, seguido do das bagagens foi marcada por este diálogo com uma sociedade ansiosa por maior acesso ao serviço. Ainda nesse processo de crescimento do mercado, em razão de sua abertura, eventuais falhas nos serviços ficaram mais evidentes, o que chamou a atenção da Agência para uma regulação mais presente.

Em relação ao transporte aéreo de passageiros, o período de 2003 a 2010 pode ser caracterizado pelo relacionamento intenso entre a ANAC e os órgãos do Sistema Nacional de Defesa dos Consumidores, nomeadamente os Procons,

Defensorias Públicas, Ministérios Públicos de defesa do consumidor e Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (atualmente, Senacon/MJSP).

Retomando a evolução histórica do setor, a ANAC foi criada para assumir as competências antes exercidas pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), órgão de cunho militar, então vinculado ao Ministério da Defesa. De fato, os anos iniciais da ANAC foram marcados por três situações de grande repercussão na sociedade, relacionados à abertura do mercado, com a desregulação das bandas tarifárias, acidentes aéreos e apagão.

Inicialmente, por força da Portaria nº 248/2001, do Ministério da Fazenda, inaugurou-se o período denominado de liberdade tarifária doméstica, passando-se a permitir a livre flutuação dos preços dos serviços, o que viria a criar um ambiente competitivo, alavancando a oferta e a demanda. A medida propiciou uma diminuição nos valores das tarifas, aumentando o acesso ao serviço. Casado com o aumento da renda das famílias nos anos 2000, isso veio a gerar, em pouco tempo, um aumento substancial do volume do transporte aéreo e uma carência de infraestrutura aeroportuária, dado que o programa de concessões somente seria iniciado em 2011.

Outro ponto a se recordar foram os trágicos acidentes com centenas de vítimas fatais envolvendo o voo 1907 da empresa GOL, em 2006, após choque com outra aeronave, no Mato Grosso, com 154 vítimas fatais, e o acidente envolvendo o voo 3054 da empresa TAM, em 2007, vitimando 199 pessoas, inclusive no solo, no aeroporto de Congonhas, na cidade de São Paulo.

Além disso, entre os anos de 2006 e 2007 viveu-se um período caracterizado pelo que os meios de comunicação denominaram “caos ou apagão aéreo”. Em grande parte, a crise foi provocada por uma carência de estrutura do setor, que não acompanhou o forte crescimento da demanda pelo serviço, conforme acima mencionado. De fato, os atrasos e cancelamentos de voos foram especialmente sentidos pelos consumidores, causando tumulto nos aeroportos do

Brasil e situações incômodas aos passageiros com a falta de informação e assistência durante esses atrasos e cancelamentos.

Essas circunstâncias fizeram com que órgãos de defesa dos consumidores demandassem soluções à ANAC, inclusive via Ação Civil Pública<sup>89</sup>, como a promovida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor-Idec, pelo Procon/SP, e outros, em 2006. Todo esse processo culminou com a publicação da Resolução nº 141/2010 (revogada pela Resolução nº 400/2016), que regulamentou o dever de prestação de assistência material pelas transportadoras em casos de atrasos e cancelamentos.

Após esse período inicial nas relações entre agências reguladoras e SNDC, percebe-se o início de um diálogo institucional, tendo a Senacon como principal interlocutora entre SNDC e Agência. Em 2012, a ANAC e a Senacon promoveram, em conjunto, uma oficina temática sobre transporte aéreo de passageiros, no âmbito da programação da Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC). Após essa oficina, a ANAC passou a estabelecer uma agenda técnica com a Senacon, havendo discussões e trocas de informações de forma contínua. Em 2013, o Governo Federal lançou o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (Plandec), por meio do Decreto nº 7.963, de 15 de março de 2013, divulgado como uma política de Estado de defesa do consumidor, dotado de três eixos: prevenção e redução de conflitos; regulação e fiscalização; e fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

No âmbito do Plandec, a ANAC e a Senacon iniciaram um projeto piloto que consistia na melhoria da participação dos órgãos do SNDC em audiências ou consultas públicas, de forma a promover um entendimento da perspectiva dos

---

<sup>89</sup> Ação Civil Pública no. 2006.61.00.028224-0, 6a Vara Federal de São Paulo, impetrada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/SP, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, pela Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECON e pelo Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais - MDC-MG em desfavor da União, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e de diversos transportadores aéreos.

consumidores. A ANAC já havia previsto em sua agenda regulatória a publicação das Condições Gerais do Transporte Aéreo, e iniciou um diálogo técnico, a partir de 2013, com diversos órgãos de defesa do consumidor, como também com as empresas, de forma a expor e explicar as principais questões da proposta que viria a ser formalmente colocada na Audiência Pública nº 3/2016, em março de 2016.

Em 2014 a Senacon lançou a plataforma de resolução alternativa de conflitos Consumidor.gov.br, de forma a disponibilizar aos consumidores uma ferramenta de resolução de demandas que fosse mais ágil e menos onerosa, tanto para consumidores quanto para os fornecedores, cujos conflitos antes contavam apenas com os atendimentos presenciais nos procons ou a via judicial.

Em dezembro de 2016, a ANAC assinou um Acordo de Cooperação Técnica (ACT) com a Senacon/MJ, aderindo à referida plataforma, de forma a potencializar a ferramenta de resolução de conflito para os consumidores do setor de transporte aéreo. A ANAC tinha um canal próprio de atendimento mas que não proporcionava solução para o caso individual, o que se configura no objetivo da referida plataforma tecnológica.

Após dois anos de vigência do ACT, a ANAC, por intermédio da Instrução Normativa nº 134, de 28 de fevereiro de 2019, adota o Consumidor.gov.br como seu canal oficial de atendimento aos consumidores, disponibilizado aos usuários para apresentarem suas manifestações, que devem ser respondidas pelos transportadores no prazo de 10 (dez) dias, conforme disposto no art. 39 da Resolução nº 400/2016. O advento do Decreto nº 10.197/2020 que estabeleceu *o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo* veio para pontificar essa parceira, indicando o alinhamento da ANAC, já em 2016, com políticas públicas do Estado.

A ampla introdução à ferramenta serve para demonstrar que o diálogo estabelecido proporcionou o amadurecimento da regulação da ANAC, sobretudo

pela adesão a esse modelo de correção, combinada com pressões de terceiros (*peer pressure*). Com isso, a Agência antecipou-se àquela que viria a ser uma política de Estado, com adoção do Consumidor.gov.br como plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para registro e solução de conflitos consumeristas, conforme o Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020. Ressalte-se que a disponibilização de informação transparente para os consumidores, para seu entendimento dos serviços que estão adquirindo, conforme obrigação disposta na Resolução nº 400/2016, representa pressuposto para o funcionamento do instrumento de negociação, sem o qual não se pode pleitear eventuais direitos ignorados.

De fato, o Consumidor.gov.br consubstancia-se em plataforma de resolução de conflitos, pelo qual o consumidor que se sinta prejudicado durante a prestação de um serviço pode pleitear diretamente o ressarcimento ao prestador, em um ambiente supervisionado pelo Poder Público. Como *outputs* desse processo tem-se a negociação realizada diretamente entre consumidor e prestador de serviços, deslocando o eixo de cobrança sobre uma atuação punitiva imediata da Agência, o relato da demanda em ambiente público e acessível pela internet e a avaliação dos consumidores sobre a resolução dada para o caso.

Tanto o relato como a avaliação da resolução podem ser utilizados para um acompanhamento da conduta do prestador de serviços, inclusive para estabelecer um ranqueamento sobre o desempenho da resolução das reclamações dos consumidores. Como medida para mitigar eventuais *outliers* na avaliação, decorrentes de reclamações não respaldadas pelas normas de relações de consumo dispostas pela ANAC, é feita uma classificação das demandas, para que sejam consideradas no referido ranqueamento.

Dentre os elementos de responsividade na adoção deste modelo, destaca-se a transparência das transportadoras sobre os direitos dos passageiros e a educação desses consumidores sobre os serviços contratados (TRUXAL, 2017, p. 112), o que justamente permite as negociações na plataforma. Outrossim, a

rigor, a busca da efetiva resolução do problema do consumidor, que pode ser dada pelo prestador de serviços, por deter melhores meios e condições para tanto, também se consubstancia em boa prática nesse contexto.

Outro ponto notável reside na transição que a ANAC vem fazendo de uma regulação mais incisiva, baseada em multas imediatas ou exigência de solução do prestador de serviços no calor da reclamação dos passageiros no aeroporto, o que poderia eventualmente até gerar situações de abuso de autoridade, para um regime de *softlaw* (WOODLOCK e HYDEN, 2020) em que os diferentes casos se acomodam numa situação bilateral que decorre do contrato de transporte. De outra sorte, a criação de uma cultura de satisfação no pós-venda, ainda que para se beneficiar de uma boa posição em ranqueamento, constitui um incentivo sadio à competição entre prestadores, que, inclusive, subsidia a escolha dos consumidores.

Aplica-se, *in casu*, precisamente a racionalidade reflexiva que representa o Estado Regulador em sua função de coordenação dos diversos atores sociais e, priorizando-se meios indiretos de controle, bem como a compreensão da regulação como um método de planejamento setorial com base em evidências, ao invés da Administração Pública ver-se refém do tratamento individual, pontual, irrefletido de demandas, que, no mais das vezes, a impedem de entregar a desejada conformidade em moldes regulares.

Neste sentido, pode-se entrever na adesão ao Consumidor.gov.br por parte da Agência a migração para um modelo de atuação com mais elementos responsivos, em que o incentivo dado aos operadores aéreos serve para melhorar a condição de passageiros em algum momento desassistidos e reforçar o acatamento aos regramentos de relações de consumo, pautando-se mais pela efetividade do direito do que pela exclusiva crença nos efeitos da ameaça (incentivo extrínseco).

Agregando-se a prática regulatória acima descrita com o conjunto de ações voltadas a garantir o cumprimento dos direitos dos consumidores do transporte aéreo, pode-se entrever uma potencial pirâmide de *enforcement*, que encontraria na sua base as orientações e manuais dos direitos dos passageiros<sup>90</sup> e divulgação de dados sobre o sistema consumidor.gov.br. Eles permitem um raqueamento das transportadoras que melhor atendem as demandas dos consumidores, conforme divulgado pela ANAC (em que se excluem as reivindicações que não têm respaldo nos regulamentos<sup>91</sup>). No nível imediatamente acima, caberia o voluntarismo das empresas, em face dos resultados divulgados. Ainda no âmbito da softlaw, podem ser identificadas as solicitações de informações e justificativas para eventual elevação dos índices do consumidor.gov.br, em relação a determinada ação do prestador de serviços. No terceiro estágio, podem ser alocadas as ações dos parceiros de pressão (peer pressures), notadamente exercidos pelos Procons, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas<sup>92</sup>. Identificada a não correção por ações volutárias ou pela intervenção dos parceiros, procede-se com a fiscalização *in loco*, para acompanhamento dos procedimentos da transportadora e verificação de eventuais condutas lesivas aos passageiros, apurando a intencionalidade na ação que o prejudica, com a finalidade preponderante de coleta e levantamento de informações. E os dois últimos estágios seriam identificados pelos avisos para a cessação da prática e a imposição de multas administrativas, nos montantes que podem ser escalados, conforme o anexo da Resolução nº 400/2016.

A pirâmide regulatória pertinente tem aspectos responsivos, embora careça de um elemento fundamental para sua caracterização como modelo verdadeiramente responsivo, qual seja, a reserva de conjuntos de providências a perfis de conformidade de conduta dos regulados. A escalada na pirâmide ocorre

---

<sup>90</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/passageiros>. Acesso: 15.03.2021.

<sup>91</sup> Disponível em: [https://www.gov.br/anac/pt-br/canais\\_atendimento/consumidor/boletim-de-monitoramento](https://www.gov.br/anac/pt-br/canais_atendimento/consumidor/boletim-de-monitoramento). Acesso em: 15.03.2021.

<sup>92</sup> Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil/anexos/sistema-nacional-de-defesa-do-consumidor-sndc>. Acesso: 15.03.2021.

por descumprimentos pontuais, o que desprestigia o pressuposto comportamental da teoria da regulação responsiva, qual seja, a existência de um tratamento distinto não somente para aqueles que adotam comportamento cooperativo em casos concretos, mas para aqueles regulados que demonstram consistência em cooperar, solucionar defeitos de organização causadores da desconformidade pontual e, portanto, que demonstrem conformidade regular de conduta.

Nesta esteira, poder-se-ia conceber a referida pirâmide com traços responsivos, mas ainda deficitária de modelagem responsiva, conforme figura abaixo.

**Figura 13 - Pirâmide de Enforcement das Relações de Consumo**



Fonte: Elaboração própria

### 6.3.2 Aspectos responsivos na fiscalização do uso dos Slots

O conceito de slot aeroportuário está intrinsecamente relacionado com a utilização de infraestruturas públicas escassas e, em especial, com o



congestionamento aeroportuário<sup>93</sup>. O slot pode ser configurado como uma permissão concedida por um aeroporto coordenador para que uma operação planejada use o conjunto completo da infraestrutura aeroportuária para chegar e partir, em data e horário específicos (INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION, 2019, p. 42).

Não se trata, portanto, somente do pouso e da decolagem, mas sim do uso de todas as facilidades oferecidas pelos aeroportos para que a empresa aérea possa executar de maneira efetiva o transporte (serviços de comunicação, utilização de pista, estacionamento, providencias de desembarque e embarque etc). É um instrumento destinado a garantir o acesso ao serviço aeroportuário para os operadores aéreos, de maneira isonômica.

No caso da regulação da aviação civil no Brasil, o tema dos slots colocou-se como suficientemente relevante desde a criação da ANAC. Não por acaso, a segunda resolução<sup>94</sup> emitida pela Agência tratou dos mecanismos de alocação de horários de partida e chegada em aeroportos congestionados, que à época se destinava à coordenação de slots no Aeroporto de Congonhas (SBSP), na capital de São Paulo.

Com a evolução do instituto, a ANAC fez publicar a Resolução n° 338, de 22 de julho de 2014, pela qual regulamentou o procedimento de alocação de horários de chegadas e partidas em aeroportos coordenados (slots) e dispôs sobre os aeroportos coordenados e os de interesse<sup>95</sup>. Atualmente são coordenados:

---

<sup>93</sup> O Worldwide Slot Guidelines (INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION, 2019) indica os instrumentos para que se considere o congestionamento de uma infraestrutura, classificando os aeroportos em 3 níveis, sendo que no nível 1 a capacidade é adequada, no nível 2 incide potencial de congestionamento em determinados horários e no nível 3, a nova demanda não pode ser mais atendida por razões de escassez.

<sup>94</sup> Resolução ANAC n° 2, de 3 de julho de 2006.

<sup>95</sup> A Resolução n° 338/2014 define o aeroporto coordenado como o aeroporto cujo nível de saturação comprometa qualquer um dos componentes aeroportuários críticos (pista, pátio ou terminal), seja em determinadas horas do dia, ou dias da semana, ou períodos do ano, bem como em outras hipóteses previstas nesta Resolução, e que tenha sido declarado como tal pela ANAC (art. 2º, I). Por sua vez, o aeroporto relevante é definido como aqueles considerados relevantes para a aviação civil (art. 51).

Aeroporto de Congonhas (SBSP), Aeroporto de Guarulhos (SBGR), Aeroporto da Pampulha (SBBH), Aeroporto de Recife (SBRF) e Aeroporto Santos Dumont (SBRJ). Por sua vez, são de interesse: Aeroporto de Brasília (SBBR), Aeroporto de Confins (SBCF), Aeroporto de Florianópolis (SBFL), Aeroporto de Fortaleza (SBFZ), Aeroporto do Galeão (SBGL), Aeroporto de Porto Alegre (SBPA), Aeroporto de Salvador (SBSV) e Aeroporto de Viracopos (SBKP).

Interessa, entretanto, considerar a atual sistemática de fiscalização da utilização de slots conduzida no âmbito da área de serviços aéreos, sob a regulamentação da Resolução nº 338/2014, alterada pela Resolução nº 487, de 22 de agosto de 2018<sup>96</sup>, que mudou substancialmente a dinâmica da coordenação. Com isso, constituiu-se um novo modelo de monitoramento, no qual transparecem elementos de responsividade.

Vale repisar que o slot é um insumo fundamental para a prestação de serviços do transportador aéreo e que certa quantidade de slots em horários mais demandados nos aeroportos coordenados pode, eventualmente, influenciar nos percentuais de mercado detidos pelos *players*. Mais do que uma necessidade, a boa gestão dos slots pelo operador pode significar uma estratégia de sobrevivência comercial.

Entre os critérios para a alocação dos slots figuram o histórico de slots detidos e a continuidade da temporada anterior. A utilização regular deste insumo pressupõe que a transportadora execute o serviço, respeitando a janela de data e horários que lhe foi concedida. Ressalte-se que, desde 2018, a fonte primária das informações sobre a utilização regular do slot passou a ser o aeroporto coordenado,

---

<sup>96</sup> A motivação desta alteração foi bastante centrada na busca de informação mais precisa, na estruturação de um modelo de monitoramento baseado na produção de dados para avaliação crítica das operações realizadas (visando eliminar inconsistências e inexatidões), bem como na identificação e tratamento sistemático dos casos de utilização perversa da infraestrutura aeroportuária em aeroportos coordenados. A proposta de ação regulatória também foi respaldada em monitoração piloto no Aeroporto de Guarulhos (SBGR). Vide documentos da Audiência Pública 02/2018. Disponível em <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/audiencias-publicas-encerradas-de-2018>. Acesso: 24/02/2021.

que tem interesse direto na pontualidade das operações aéreas para melhor gerir a sua infraestrutura.

O monitoramento do uso dos slots alocados em cada temporada serve para a determinação do histórico de slots detidos e seu uso (sobretudo nos casos de desvios) e fornece parâmetros para a medida da manutenção ou retirada deste direito do operador aéreo. Em especial, observam-se as operações realizadas sem prévia alocação, em desacordo com as características do slot e canceladas (art. 38-A da Resolução nº 338/2014). Os itens monitorados abastecem índice de regularidade da série de slots e o índice de eficiência operacional total, utilizados para um ranqueamento das empresas, com vistas à distribuição de novos slots. Insta salientar que o monitoramento é realizado por sistemas informatizados, que permitem um registro mais seguro das informações.

Para a empresa aérea, são atribuídas metas de regularidade para a avaliação da eficiência de utilização das séries de slots, que não pode ser inferior a 80%, considerado um desvio máximo de 15 minutos. Cumpre notar os arts. 43 e 44 da Resolução nº 338/2014, que fixam, respectivamente, os critérios para que a transportadora aérea não tenha reconhecido o histórico de slots para a próxima temporada e as regras para que esta empresa perca a série de slots. São parâmetros para estas determinações, que mais sobressaltam, o não atingimento das metas de regularidade, mau uso intencional dos slots alocados, a não detenção ou não elegibilidade efetiva para o histórico e a devolução de slot que descaracteriza a série. Afinal os artigos 45 a 49 da Resolução nº 338/2014 definem as infrações à norma e indicam os elementos a serem considerados para a dosimetria da penalidade, que poderá inclusive ser pecuniária, conforme Tabela Anexa à referida resolução.

Pois bem, o descrito modelo de regulação de slots tem vários elementos que merecem destaque. Em princípio, parte-se do pressuposto da segregação de responsabilidades entre os players da produção aérea e aeroportuária, que tem interesse na boa utilização do aeródromo, sob perspectivas diversas. Em razão

disso, extrai a matéria prima de suas ações na informação de fontes que têm interesse em colaborar para o bom uso do slot. Incide, ainda, a experiência das melhores práticas internacionais, que pode ser verificada na conferência anual de slots promovida pela IATA<sup>97</sup>, da qual a ANAC participa.

Verifica-se que a estruturação dessa fiscalização poderia servir de base para o desenho inicial de uma pirâmide de *enforcement*, porque delinea uma escalada de ações, que oportuniza a correção de não conformidades por parte do regulado (art. 43, § 2º) antes de ação mais drástica. Ato contínuo, parte-se para retirada inicial de alguns slots, que pode chegar até a perda de uma série, conforme o grau do descumprimento, que, no limite, exclui o prestador de serviços do aeroporto coordenado. A continuidade intencional na conduta atrai, inclusive, a aplicação de penalidades pecuniárias.

Para a construção desse monitoramento, utiliza-se de informações de partes interessadas, que atuam no caso como uma espécie de parceiros de pressão, bem ao gosto da modalidade de governança em rede recomendada pela teoria da regulação responsiva, em especial para países em desenvolvimento (BRAITHWAITE, 2006). A informação coletada é transformada em dados, excluindo-se elementos que não devem influenciar na avaliação, e serve efetivamente para compor as evidências da conduta cooperativa ou não do regulado.

Sobretudo, é de se ressaltar o risco de perda de slots estratégicos, pelo seu mal uso, como incentivo fundamental para o *compliance* da norma. Com isso, constrói-se um contexto em que a qualidade do uso da infraestrutura e seus desvios podem ser apurados, dosando-se o grau da conduta, que virá a gerar a ação da Agência. A conduta não cooperativa, por sua vez, abre a possibilidade de

---

<sup>97</sup> Vide 147ª Conferência de Slots. Disponível em: <https://www.iata.org/en/events/sc147/>. Acesso: 24/02/2021.

destinação do slot ou da série a um operador que virá a aproveitá-lo de maneira mais eficiente para o sistema.

É de se recordar que há duas décadas, antes da criação da ANAC, as regras de alocação e fiscalização de slots perpassavam critérios muito discricionários, que não visavam a eficiência do uso inteligente da infraestrutura aeroportuária. Por esse motivo, cumpre reconhecer os enormes avanços pelos quais passou o instituto na regulação brasileira.

A ação regulatória atualmente constituída para coibir o mau uso dos slots, mediante acompanhamentos sistemáticos das operações aéreas realizadas em infraestrutura aeroportuária coordenada aproxima-se, de seu modo, de perspectivas responsivas. Não se quer, com isso, afirmar que o modelo atual incentiva a entrada de novos concorrentes, visto que não foi esse o viés da presente análise<sup>98</sup>. É fato que se evidencia um caminho sendo trilhado no sentido de regulação mais inteligente e menos centrada no comando e controle automático, com incentivos para que o regulado acate a norma em prol da qualidade do desenvolvimento sistêmico da aviação civil.

Essa abordagem regulatória também pode ser representada em uma pirâmide de *enforcement*, que teria por alicerse justamente a coordenação nacional de slots e a disponibilização de dados sobre o desempenho das operadoras aéreas<sup>99</sup>, conforme monitoramento do aproveitamento dos slots. Essas duas ações, que teriam natureza de acordo de utilização da infraestrutura pública e transparência sobre seu cumprimento, abrem a possibilidade de uma cobrança social sobre o aproveitamento da infraestrutura escassa, o que pode vir a atrair, inclusive, parceiros de pressão para esse contexto. Em decorrência disso, tem-se,

---

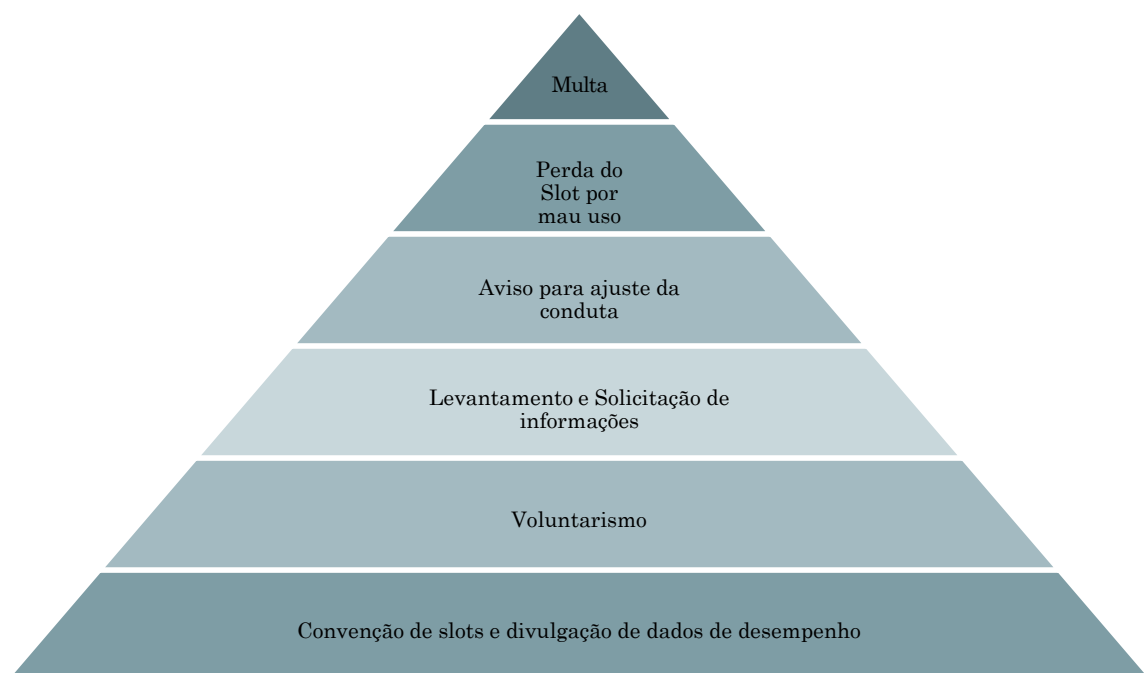
<sup>98</sup> Sobre o tema, vide NOTA TÉCNICA Nº 5/2019/GTRC/GEAM/SAS (SEI ANAC nº 3729517), que indicou a fundamentação do processo de Tomada de Subsídios sobre a Revisão da Resolução no 338/2014.

<sup>99</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulados/empresas-aereas/slot>. Acesso em: 15/03/2021.

no segundo nível, as ações de voluntarismo, que podem ser acompanhadas na evolução dos dados dispostos. No terceiro estágio, podem ser alocados os levantamento de dados específicos e novas solicitações para confirmar a conduta não cooperativa do operador, que uma vez confirmada pelas evidências, ensejará a perda de slots no nível seguinte. Afinal, no ápice, incidiria a multa administrativa, que, como indicado acima, eventualmente pode representar um incentivo menor que a perda de uma sequência de slots em um aeroporto estratégico. A mesma crítica apresentada de ausência de modelagem responsiva descrita na seção anterior aplica-se a este caso.

Pode-se conceber uma pirâmide de *enforcement* conforme os traços da figura abaixo.

Figura 14 - Pirâmide de Enforcement da Regulação de Slots



Fonte: Elaboração própria

### 6.3.3 O Diário de Bordo e sua utilização como fonte de informações para iniciativas de regulação responsiva

O Diário de Bordo é um instrumento obrigatório, destinado ao registro das operações aéreas e de situações específicas determinadas no Código Brasileiro de Aeronáutica (arts. 20, III, 74, IV, 84, Lei nº 7.565/1986) e constitui elemento do próprio Registro Aéreo Brasileiro. Atualmente sua regulamentação está disposta na Resolução nº 457, de 20 de dezembro de 2017, sendo certo que operação aérea sem diário de bordo ou corrupção de seus registros pode até ensejar a suspensão cautelar do Certificado de Aeronavegabilidade da aeronave e sua cassação, o que, na prática, inviabiliza a utilização do veículo aéreo.

*O Diário de Bordo compõe o registro primário referente aos seguintes elementos de cada operação aérea (art. 4º, da Resolução nº 457/2017), cuja responsabilidade ou o conhecimento deve ser do comandante da aeronave:*

- I - o número sequencial cronológico que identifique o registro daquele voo;
- II - identificação dos tripulantes, contendo função à bordo e horário de apresentação;
- III - data;
- IV - locais de pouso e decolagem;
- V - horários de pouso, decolagem, partida e corte dos motores;
- VI - tempo de voo IFR;
- VII - total de combustível por etapa de voo;
- VIII - natureza do voo;
- IX - quantidade de pessoas a bordo;
- X - carga transportada;
- XI - ocorrências;
- XII - discrepâncias técnicas e pessoa que as detectou;
- XIII - ações corretivas;
- XIV - tipo da última intervenção de manutenção (exceto trânsito e diária);
- XV - tipo da próxima intervenção de manutenção (exceto trânsito e diária);
- XVI - horas de célula previstas para a próxima intervenção de manutenção; e
- XVII - responsável pela aprovação para retorno ao serviço.

De fato, a vocação do Diário de Bordo sempre teve por propósito o conhecimento das condições de aeronavegabilidade do aparelho e seus componentes, o que explica efetivamente a sua obrigatoriedade. Contudo, da lista acima disposta, pode se depreender que muitos desses registros teriam utilidade

não só para procedimentos de segurança (*safety*), mas também para a indústria aeronáutica. Entretanto, há de se reconhecer que a coleta e organização de todas essas informações de diários de bordo em papel demandaria muito esforço com grande risco de fragmentação das informações.

Não obstante, com o advento da Resolução nº 458/2017, admitiu-se a possibilidade do operador aéreo utilizar-se de versão eletrônica do diário de bordo, desde que atenda integralmente aos requisitos da Resolução nº 457/2018 e receba o aval da Superintendência de Tecnologia da Informação da ANAC. A Portaria nº 3.220/SPO/SAR, de 15 de outubro de 2019, estabelece modelo de referência de diário de bordo eletrônico (eDB), para indicar *os procedimentos mínimos a serem observados no uso e fiscalização dos sistemas informatizados para registro e guarda de informações relativas ao voo e à situação técnica de aeronave doravante denominado diário de bordo eletrônico*. Identifica-se valiosa padronização dos registros disposta pela referida portaria.

Esse precedente cria uma boa oportunidade para que a Agência reflita sobre eventuais formas de coleta dessas informações, resguardado o sigilo das fontes que queiram cooperar e as perspectivas de uso. Na verdade, cuida-se de uma fonte primária apta a revelar não só dificuldades ou erros mais comuns dos operadores, como falhas típicas do aparelho, uso adequado de slots, tipos de cargas transportadas, médias de passageiros por voos, entre outros. Outra utilidade seria a dupla checagem de informações vindas de outras fontes.

Para tanto, vale chamar atenção de que se faz aconselhável a criação de um ambiente regulatório que não só incentive a migração para o modelo eletrônico, bem como propicie condições mínimas para o compartilhamento de informações padronizadas do Diário de Bordo para um centro de inteligência da ANAC, para seu emprego nos mais amplos espectros, e não somente de forma a manter o histórico da aeronave ou aprimorar ações de *safety*.



Em outro sentido, este reporte, em seu conjunto, pode indicar temas relevantes para o tratamento da regulação, como problemas crônicos ainda não identificados. Acerca da fiscalização, os dados decorrentes de um trabalho sobre a informação disponível podem instruir futuros pontos de atenção e procedimentos essenciais, ora não visualizados. Sob a perspectiva mais direta da responsividade, este debate aberto entre regulador e regulado em torno do Diário de Bordo, em ambiente não punitivo, pode dar margem a uma maior transparência das ações da Agência e uma conduta de correção voluntária por parte do operador aéreo, confirmando-se a vocação do Diário de Bordo para contribuir para a implantação de uma regulação responsiva.

#### 6.3.4 Plano de Segurança Operacional Específico e Gerenciamento de riscos

Outra iniciativa que detém evidentes elementos de responsividade pode ser percebida nos trabalhos desenvolvidos para a implantação do Plano de Segurança Operacional Específico, desenvolvido pela ANAC, em especial na questão de gerenciamento de riscos de segurança da aviação.

Faz-se importante uma breve retomada do histórico recente que fundamentou essa atividade. Com o advento do Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil (PNAC), também se veiculou a necessidade de estabelecimento do Programa de Segurança Operacional (PSO-BR), consoante recomendações da OACI, que tem desdobramentos tanto para a ANAC, como para o COMAER/MD, conforme o anexo da Convenção de Aviação Civil Internacional.<sup>100</sup> O PSO-BR foi então segmentado em dois Programas de Segurança Operacional Específicos (PSOE),

---

<sup>100</sup> Também conhecida como Convenção de Chicado, foi regulamentada no direito pátrio pelo Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Considerando as competências das entidades, os Anexos 1 (Licenciamento de Pessoal - parte), 6 (Operação de Aeronaves), 8 (Aeronavegabilidade) e 14 (Aeródromos) são pertinentes à ANAC e os 1 (Licenciamento de Pessoal - parte), 11 (Tráfego Aéreo) e 13 (Investigação de Acidentes Aeronáuticos), ao COMAER.

para cada uma das unidades responsáveis pelas atividades designadas. Uma das ações estratégicas da segurança operacional que se destaca no mencionado Decreto (item 3.1) é exatamente o gerenciamento do risco.

Em 2015, a ANAC regulamentou a matéria pela Resolução nº 352, de 10 de fevereiro, para dispor sobre o *Programa de Segurança Operacional Específico da Agência Nacional de Aviação Civil (PSOE-ANAC)*. Em 2017, deflagra-se a implementação do PSOE, com a sua inserção na Carteira de Projetos da ANAC, com previsão de envolver diferentes áreas da Agência e ter sua execução materializada por 12 projetos, com previsão de entrega de 50 produtos, até 2022 (cinco anos inicialmente previstos).<sup>101</sup> Entre esses projetos figura materialização do Projeto 1 – Implementação Gerenciamento de Riscos.<sup>102</sup>

Trilhando este curso, é de se enaltecer as ações produzidas para atingir os objetivos estratégicos delineados nesse sentido. Observa-se que a Agência construiu um conjunto de documentos para conhecimento e aprofundamento na matéria, chegando inclusive a produzir uma concepção geral de Fiscalização baseada em risco, que ora se passa a relatar.

Nesse ponto, a Agência trata do processo de desdobramento dos objetivos estratégicos de alto nível trazidos do Plano de Segurança Operacional para a Aviação Civil Brasileira para aumentar o nível de segurança e facilitar sua abordagem pelas Unidades Organizacionais da ANAC, especialmente na elaboração dos planos de fiscalização. A identificação dos pontos críticos, ao que chama a atenção esse documento, é extremamente relevante para o delineamento das ações da Agência, sempre pautadas nos indicadores de acompanhamento da

---

<sup>101</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/seguranca-operacional/programas-de-seguranca-operacional/psoe-anac>. Acesso em: 15.03.2021.

<sup>102</sup> Gerenciamento de risco da atividade não se confunde com a regulação e fiscalização baseada em riscos, sendo certo que estas é uma escolha da Agência para direcionar seus recursos para os elementos mais sensíveis do mercado tutelado e aquele consubstancia uma ação do operador aéreo ou aeroportuário para o nosso cenário, para mitigar problemas decorrentes em sua operação. Ambas questões se entrelaçam no que viremos a tratar nesta subseção.

atividade operacional. A metodologia de desdobramento indicada ainda orienta a criação desses indicadores atrelados a metas, a estratégia de atuação, monitoração e análise crítica dos resultados, em termos gerais.

Ato contínuo, vale mencionar o Processo de Gerenciamento de Riscos, elaborado no âmbito do referido Projeto 1. Constitui-se em documento bastante robusto, destinado a orientar as unidades organizacionais envolvidas na segurança operacional, com metodologia indicada para entendimento e gestão dos riscos inerentes e residuais. Essa cartilha tem valor intrínseco à Instituição Reguladora por indicar, em seis etapas, como se deve promover o gerenciamento do risco, passando por: a) análise do sistema; b) identificação de perigos; c) análise de riscos; d) avaliação de riscos; e) tratamento de riscos; e f) monitoramento e análise crítica. Ademais, o documento ainda comenta pontos de enlace entre o Processo de Gerenciamento de Riscos com a Garantia da Segurança Operacional e a Certificação. A didática utilizada serve ao fomento da cultura institucional e ao incentivo da adoção da prática, incluindo exemplos das principais ferramentas de análise de risco, aplicadas de forma referencial (tabelas e diagramas).

Outros três documentos, que integram esse arcabouço, são a Metodologia para o Monitoramento do Desempenho de Segurança Operacional, o Desenvolvimento de perfil de risco setorial e a Elaboração de quadro de risco a partir de eventos de segurança operacional.

A Metodologia expõe as diretrizes e boas práticas para o estabelecimento de indicadores de monitoramento de desempenho de segurança operacional, no âmbito das ações da ANAC, que servem para a tomada de decisão do agente público. Também de maneira bastante clara, esse documento orienta a elaboração de parâmetros para a medição do desempenho dos operadores, determinação de metas e alertas, documentação de indicadores, sua validação, coleta de dados e interpretação.

O desenvolvimento do perfil de risco setorial tem especial importância ao indicar o mapeamento da indústria como elemento central para o conhecimento dos pontos sensíveis da atividade privada. Portanto, registra que conhecer o funcionamento do setor é fundamental para assentar uma regulação direcionada a: identificar os perigos e analisar e avaliar os riscos setoriais; definir os possíveis tratamentos e instituir um sistema de monitoração; e analisar os resultados obtidos nesse acompanhamento contínuo e modelar sua supervisão.

Com isso, incentiva-se a aproximação do setor regulado, com destaque para a segurança operacional dos provedores de serviços de Aviação Civil. A partir dessa cognição, foca-se no desenho do curso da produção operacional, realizado com a participação de *stakeholders*, para retratar melhor a realidade da atividade, sobretudo em relação ao dados setoriais mais representativos a serem utilizados para tanto. Sobre este supedâneo, deflagra-se então a cognição dos perigos e tratamento dos riscos, cravando um ciclo que se encerra com uma consciência crítica dos problemas de segurança, abordagens e formas de mitigação.

Já a elaboração do quadro de riscos a partir de eventos de segurança operacional apresenta metodologia baseada no ARMS Methodology for Operational Risk Assessment in Aviation Organisations - Aviation Risk Management Solutions (ARMS) e na experiência da Autoridade de Aviação Civil da Finlândia, para expor um quadro de risco pertinente aos eventos de segurança registrado. Constitui um direcionamento para o emprego inteligente das informações captadas, para que sejam convoladas em dados que integrem os arquivos estratégicos da Agência. Em outras palavras, trata-se de um meio para traduzir as ocorrências aeronáuticas em um painel que permita avaliar o risco envolvido no evento e as formas de tratá-lo, ferramenta igualmente útil enquanto instrução interna para aproveitamento das informações às quais a ANAC tem acesso e que, se corretamente trabalhadas, podem revelar novas fontes para o desenvolvimento de mecanismos de regulação responsiva.

Chega-se então ao documento que, produzido no bojo do Projeto 1, tem maior pertinência com a conjuntura do presente estudo, compreendido no cerne do esforço para a implantação do gerenciamento de riscos, que é a Fiscalização baseada em risco e apoiado em informações confiáveis. Como característica desta orientação, o eixo anunciado é o direcionamento dos recursos da Agência para o combate de problemas que afetariam de maneira mais preponderante a prestação dos serviços. Ele estabelece como pressuposto que o delineamento da fiscalização se dê em consonância com o PSOE e com as diretrizes de qualidade regulatória estabelecidas pela ANAC.

O modelo de fiscalização que se propõe, então, por dito manual interno, indica um modelo conceitual que se deve iniciar pela formação do perfil de risco do regulado, inclusive visando agregar aqueles que tenham características similares de operação. A seleção dos dados objetivos confiáveis é fundamental, combinado com o julgamento de especialistas, para que se estabeleça um padrão de operação (que deve ser debatido, considerada a importância da troca de experiências). Encontrado o paradigma ou uma forma de avaliação do desempenho das operadoras aéreas, propugna-se atenção para a atualidade do modelo em relação à realidade das práticas da aviação.

A fiscalização, com isso, há de se conformar aos diferentes perfis de risco identificados, para considerar o desempenho de segurança na elaboração de sua atividade, em especial para o planejamento dos ciclos de supervisão. O histórico dos ciclos alimentam os futuros planejamentos de fiscalização, adequando sua incidência consoante os riscos encontrados em sistema, portanto, que se retroalimenta. A execução do ciclo se assentaria tanto na conformidade, quanto na capacidade da equipe disponível do regulador de gerenciar os riscos identificados. Indica-se, também, o aprimoramento das habilidades dos inspetores, a interatividade entre unidades organizacionais que fiscalizam diferentes perfis de risco, para identificar pontos em comum e meios de sua mitigação e a interação com o gestor do regulado, mostrando com transparência o

processo de fiscalização a ser executado e buscando compreender a gestão de riscos conduzida por esse agente. Afinal, destaca-se a importância do armazenamento de informações de perfil de risco e do desempenho de segurança apurado.

Feita esta descrição das peças, cabe o entendimento dos elementos de responsividade que podem ser depreendidos dos trabalhos conduzidos no bojo do Projeto 1 do PSOE-ANAC.

Inicialmente, é relevante ter-se em mente que uma fiscalização baseada em risco se justifica pelo uso racional de recursos e pessoal disponíveis no regulador. Há inúmeras formas de regulação baseada em risco, mas elas compartilham de um denominador comum: *elas se concentram nos riscos; não em normas*. Elas partem da consciência de que os reguladores são, em geral, sobrecarregados e incapazes de fiscalizarem todas as condutas previstas nas normas e que, portanto, devem selecionar o que fiscalizar. A principal contribuição da forma regulatória de regulação baseada em risco está, portanto, em tornar evidente o que antes já se praticava – a seleção do que fiscalizar e com que intensidade –, bem como prover o arcabouço de análise que justifica dita seleção (BLACK e BALDWIN, 2010, p. 184).

A regulação baseada em risco justifica o critério de seleção do que será fiscalizado, mas não impõe que se apliquem nuances de regimes de tratamento do regulado para fins de reorientação do seu comportamento, o que se configura no aspecto responsivo da regulação. Enfim, uma regulação baseada em risco somente será responsiva se servir ao fim de reorientar o regulado para regimes atraentes, em um sistema de incentivos extrínsecos e intrínsecos que fazem uso do risco mas que não se restringem a ele.

Significativo esforço institucional já vem sendo feito no sentido de criar no mercado uma cultura de gerenciamento de riscos para a segurança

operacional.<sup>103</sup> Além disso, as peças estudadas também denotam a dimensão e a profundidade com que o assunto vem sendo tratado internamente, o que torna o ambiente propício para o conhecimento do mercado e da utilidade do gerenciamento de risco para o seu melhor funcionamento. Ademais, as instruções direcionadas para levantamento de informações e construção de indicadores constituem ferramentas essenciais para a estruturação de uma regulação responsiva, baseada em evidências. A divulgação transparente de indicadores de conformidade permitiria mesmo uma competição por um novo mercado de performance regulatória entre os prestadores de serviços, incentivando aos de performance reduzida a busca voluntária pelos melhores índices. Logo, já há um contexto montado que viabiliza o diálogo entre as propostas regulatórias, denotando traços de responsividade nas ações realizadas.

A título de contribuição científica para o referido alinhamento de técnicas regulatórias, valeria buscar um padrão das não conformidades gerais da segurança operacional (fundados em normas), considerada a operação modelo e os principais riscos da atividade. Pré-estabelecido o conhecimento do funcionamento e o arquétipo do mercado, seria viável mapear o comportamento dos regulados e sua tendência ao *compliance*, o que pode ser obtido mediante alertas baseados na tendência de rebaixamento de classificação do regulado. Um ambiente de interações regulatórias continuadas, principalmente de cunho instrutivo, eliminaria o descumprimento da regulação por desconhecimento ou não compreensão. Com isso, podem ser arquitetadas respostas por instrumentos regulatórios escalados em pirâmide de *enforcement* para as operadoras, com base no seu desempenho comparado. Isso viabilizaria a avaliação comparada dos resultados obtidos e a adequação das ações de fiscalização, que devem obrigatoriamente acompanhar a dinâmica do mercado, quanto a novas práticas e

---

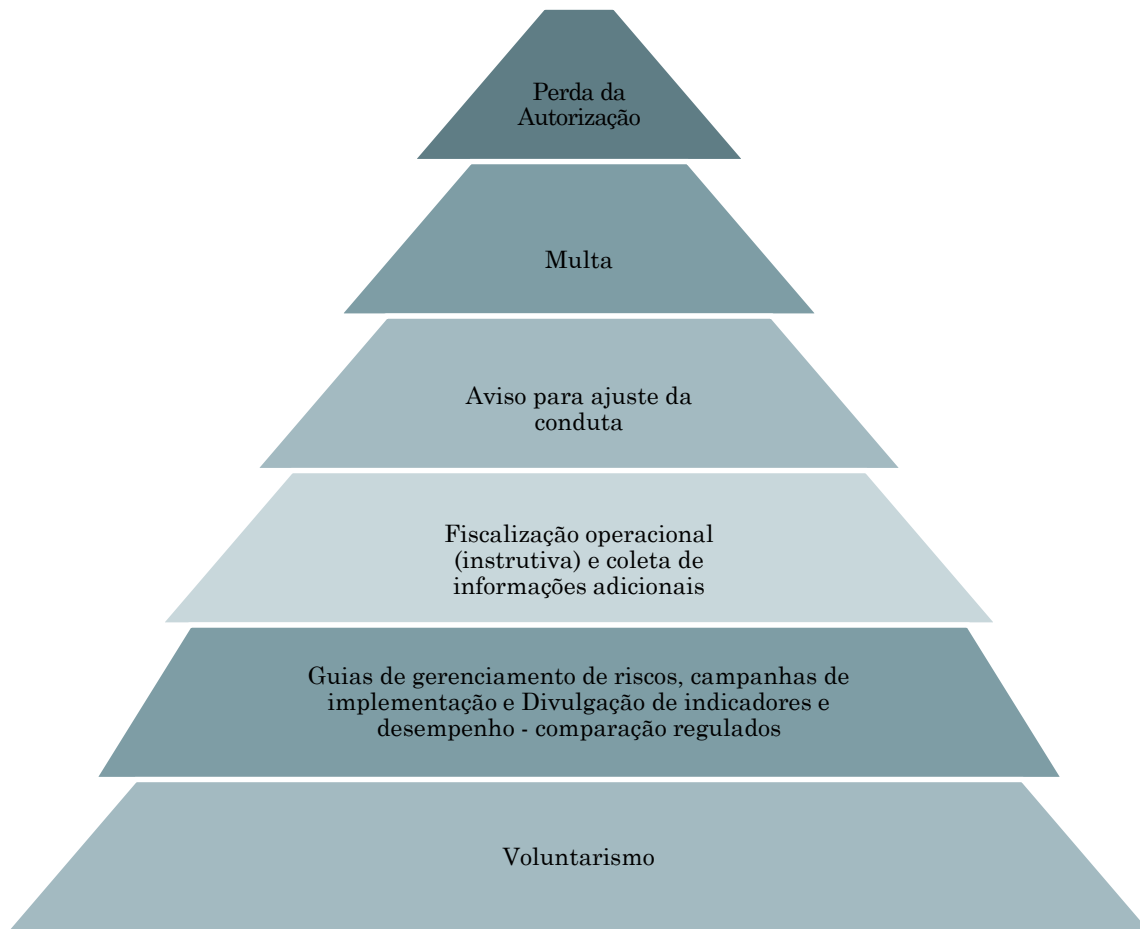
<sup>103</sup> Merecem destaque o Guia de Gerenciamento de riscos da aviação (disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/gerenciamento-da-seguranca-operacional/Gerenciandoriscos\\_SGSONaprtica.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/gerenciamento-da-seguranca-operacional/Gerenciandoriscos_SGSONaprtica.pdf); acesso em: 15.03.2021) e o Guia PSOE-ANAC e SGSO/SAR (disponível em: [https://www.anac.gov.br/publicacoes/publicacoes-arquivos/psoe\\_anac\\_sgso\\_sar\\_definitivo.pdf](https://www.anac.gov.br/publicacoes/publicacoes-arquivos/psoe_anac_sgso_sar_definitivo.pdf); acesso: 15/03/2021)

tecnologias. Assim, constituem-se respostas sensíveis à performance real dos regulados (ajustadas com eliminação da influência de eventos extraordinários), baseadas em riscos e alinhadas com preceitos de regulação responsiva.

Uma possível representação desta concepção, em pirâmide de *enforcement* aberta à modelagem responsiva, teria como base a conformidade voluntária às normas, seguida dos guias de gerenciamento de riscos da segurança operacional e as campanhas de sua implementação pelas operadoras (fomento contínuo da cultura setorial). Ainda no piso, os indicadores do setor e a comparação entre os prestadores de serviços aéreos no quesito de segurança operacional, em plataforma aberta. O reconhecimento de perfil de regulado regular descumpridor das normas geraria a escalada para fiscalizações operacionais de cunho instrutivo e para coleta de informações e impressões complementares, seguido de aviso para ajuste de conduta. Afinal, no ápice, se vislumbrariam as multas e a medida extrema de perda da autorização para a prestação do serviço, por desrespeito intencional reiterado dos critérios mínimos da segurança operacional.



Figura 15 - Pirâmide de *Enforcement* da Segurança Operacional



Fonte: Elaboração própria

A pirâmide de *enforcement* acima, entretanto, embora pautada pelo pressuposto responsivo de abertura de espaço ao comportamento espontâneo de conformidade à norma e de cooperação para o cumprimento da regulação, bem ao gosto de um moderno direito administrativo sancionador baseado em consensualidade, não detém ainda conformação responsiva precisamente por se abster em reservar as etapas de *enforcement* a determinados perfis de regulados. Em outras palavras, uma pirâmide de *enforcement* somente será obediente à teoria da regulação responsiva – ao invés de meramente ter aspectos responsivos nela insertos – se estiver pareada com a pirâmide de perfis de regulados, reservando uma atuação mais cooperativa ao ator virtuoso – dotado do perfil de regular cumpridor da norma, assim demonstrado por sua atuação pretérita aferida pela Agência –, uma atuação mais apreensiva da Agência usualmente

mediante formas de correção regentes do comportamento do ator racional – dotado do perfil de regular cumpridor/descumpridor da norma segundo um juízo de custo-benefício e risco de ser punido, e finalmente uma atuação repreensiva da Agência apoiada em comando e controle, processos sancionadores e sanções as mais diversas e poderosas dirigidas ao ator contumaz – dotado do perfil de regular descumprimento das normas e postura infensa à retomada da conformidade normativa.

Outro aspecto relevante para o recorte regulatório de segurança operacional está no fato de que a teoria da regulação responsiva não recomenda uma categorização apriorística de gravidade ou risco da atividade. Ela recomenda, pelo contrário, a contínua (re)classificação do regulado em virtude de seu comportamento de conformidade à norma, o que pode ser visto como um tipo de regulação baseada em risco, mas que adquire formato responsivo somente quando correlata a medidas escalonadas de persuasão e punição que atraiam o regulado a um regime de maior cooperação e o repilam de um regime de maior controle e punição.

Isso não impede que se apliquem duas camadas de risco para obtenção da responsividade, quais sejam: a) uma camada indiferente à teoria da regulação responsiva, de gerenciamento de atuação fiscalizatória por categorias de risco de cada atividade regulada, independentemente da procura pela categorização do perfil de risco do regulado; b) uma segunda camada responsiva de gerenciamento de atuação fiscalizatória segundo o perfil de risco de cada regulado – não de cada atividade regulada – decorrente de indicadores de conformidade de segurança operacional. A regulação baseada em risco passa a ser, no âmbito da teoria da regulação responsiva, uma “porta de entrada e um meio” (BLACK e BALDWIN, 2010, p. 183) para se enfrentar o conjunto das questões regulatórias. A regulação baseada em risco transforma-se, assim, em uma forma regulatória útil à regulação responsiva quando, ao invés de servir de fim em si mesma unicamente voltada a eficiência administrativa regulatória, sirva também à finalidade responsiva de

tratamento do regulado conforme sua obra para incentivá-lo a perseguir o regime mais ameno de regulação reservado ao comportamento virtuoso.

### **6.3.5 A Resolução ANAC nº 472, de 6 de junho de 2018 e a tentativa da Agência de estabelecer um novo modelo de *enforcement* regulatório**

Conforme mencionado anteriormente, o principal produto resultante do Projeto *Enforcement*, conduzido pela ANAC, foi a publicação da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, a qual estabeleceu as providências administrativas a serem adotadas em decorrência das atividades de fiscalização sob competência daquele órgão regulador, excetuada a fiscalização do cumprimento dos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, da regulamentação editada para discipliná-las e dos processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração às mesmas, criando medidas preventivas e disciplinando, de maneira mais clara, o rito de aplicação de providências sancionatórias e acautelatórias.

Assim, além de medidas eminentemente punitivas – quase sempre a multa, a Agência passou a dispor a partir da publicação da Resolução nº 472, de 2018, de outras medidas de *enforcement*, que devem ser aplicadas, conforme critérios de avaliação de risco do requisito normativo infringido e histórico do regulado infrator, como argumentar-se-á adiante.

O principal objetivo da adoção do novo modelo fiscalizatório foi, também consoante analisado em outra parte deste Relatório, o desenvolvimento de uma nova abordagem para a fiscalização regulatória, mais baseada na cooperação e menos na punição, oferecendo ao regulador diversos instrumentos, e não apenas a sanção, para que ela possa buscar a conformação da conduta do regulado, oportunizando ao regulado corrigir a situação fática de inconformidade apontada, a qual, exatamente por se configurar como de baixo impacto sobre terceiros, pode ser reparada, constituindo-se essa a providência mais eficaz para o atingimento

dos objetivos regulatórios. Em contrapartida, as medidas sancionatórias passam a ser empregadas quando as irregularidades representarem maior impacto à segurança e nos casos em que não se verificar a efetiva colaboração por parte do regulado. As medidas acautelatórias, por sua vez, são utilizadas quando se verifica risco iminente e independem das anteriores.

Ou seja, por meio da Resolução nº 472/2018, a ANAC instituiu a figura da "providência administrativa preventiva" que não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz, sendo aplicável quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas. Nesse caso, a Agência notifica o regulado, conferindo-lhe prazo para corrigir a infração constatada.

Observe-se que a regularidade jurídica da adoção da medida preventiva não-sancionatória, aplicável quando constatada um indício de infração, foi, inclusive, atestada pelo Parecer nº 00005/2018/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, elaborado pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, que faz referência a disposições similares estabelecidas pela Instrução Normativa IBAMA nº 10/2012. Transcreve-se, a título informativo, um pequeno trecho do mencionado Parecer:

33. Especificamente em relação às chamadas "medidas preventivas", e apenas a título de exemplo e esclarecimento sobre o tema, temos que a Instrução Normativa IBAMA nº 10/2012, instituiu disposições semelhantes às aqui tratadas, lá denominadas "notificações", em que não houve necessidade de previsão de recurso:

#### CAPÍTULO IV - DA NOTIFICAÇÃO

Art. 25. O Administrado será notificado quando:

I - houver incerteza sobre autoria ou algum elemento que componha a materialidade da infração, para que apresente informações ou documentos ou para que adote providências pertinentes à proteção do meio ambiente;

II - houver impossibilidade ou recusa de nomeação de depositário de bens apreendidos, para comunicação da proibição de remoção pelo proprietário desses bens, pelo proprietário do imóvel em que estejam localizados ou pelos presentes no momento da fiscalização.

§ 1º A Notificação consiste em documento da fiscalização destinado a formalizar as medidas adotadas pelo agente autuante, com vistas a aprofundar o conhecimento de detalhes, regularizar, corrigir, prestar esclarecimentos ou obter documentos e informações acerca de circunstâncias sobre o objeto da ação fiscalizatória e que dá início à apuração de infrações contra o meio ambiente.

§ 2º A Notificação será utilizada ainda quando seja necessário o atendimento imediato de determinações do agente autuante no momento da ação fiscalizatória e nas demais hipóteses previstas nesta Instrução Normativa.

Art. 26. A Notificação será registrada nos Sistemas Corporativos e autuada como procedimento próprio.

Art. 27. Atendida ou não a Notificação, o processo deverá ser encaminhado à autoridade competente para homologação das providências decorrentes.

§ 1º Não atendida a notificação no prazo estipulado, o agente ambiental federal responsável pela fiscalização lavrará o auto de infração, ficando dispensado o procedimento previsto no caput.

§ 2º O auto de infração deverá ter seguimento preferentemente no mesmo processo da Notificação, podendo, entretanto, ser desmembrada a análise da sanção pecuniária, quando as sanções e demais atos não pecuniários demandarem maior dilação probatória ou análise de outras providências, extraindo-se cópias dos autos principais que instruirão o processo desmembrado.

§ 3º Quando da notificação atendida não decorrer a lavratura de Auto de Infração, o setor de fiscalização deverá informar nos autos respectivos, consignando essa circunstância no relatório de fiscalização. (grifos nossos)

34. Observe-se que, no caso do IBAMA, a medida prévia é adotada antes que a administração verifique a existência de efetiva "infração" (esta sim, que pode resultar em sanção ao administrado e situação de litígio). No caso da "notificação", a administração ainda está a apurar os fatos, embora já possa exigir o cumprimento imediato de determinações. Nesse regramento está claro que no momento da "notificação" não há, ainda, decisão administrativa pela ocorrência de infração contra o meio ambiente.

Passando-se à análise da Resolução, vale destacar, inicialmente, os conceitos fundamentais previstos na norma, relacionados à fiscalização e *enforcement* regulatório, que importam para o estudo empreendido neste Relatório:

## CAPÍTULO II

### DA FISCALIZAÇÃO E DOS SEUS RESULTADOS

Art. 2º Para fins do exercício das atividades de fiscalização, adotam-se as seguintes definições:

(...)

III - fiscalização: conjunto de atividades de competência da ANAC destinadas a verificar se os requisitos aplicáveis a atividades reguladas pela ANAC estão sendo cumpridos, podendo ser de 2 (duas) naturezas:

- a) vigilância continuada: fiscalização voltada ao acompanhamento do desempenho de serviço outorgado ou profissional, produto, empresa e processo certificados pela ANAC, objetivando verificar a manutenção do cumprimento aos requisitos e aos parâmetros previstos nos processos de certificação e outorga; e
- b) ação fiscal: fiscalização voltada aos regulados que atuam no setor sem a devida certificação ou outorga, aos casos de ineficácia das medidas

- recomendadas em providências de vigilância continuada, bem como às atividades de proteção da sociedade;
- IV - Plano de Ações Corretivas - PAC: documento apresentado pelo regulado, contendo minimamente a descrição das ações a serem adotadas para correção da condição irregular, cronograma para implementação das ações e a indicação de responsável.
- V - regulado: pessoa física ou jurídica que exerce atividade regulada pela ANAC, sendo possuidora ou não de certificado ou outorga;
- VI - Relatório de Ocorrência - RO: é o ato administrativo pelo qual o agente da ANAC descreve as circunstâncias em que foram constatadas possíveis violações à legislação de aviação civil, com o objetivo de instruir o Processo Administrativo Sancionador - PAS com os elementos necessários à decisão;

Do exposto acima, observa-se, primeiramente, que a Resolução nº 472, de 2018, estabeleceu o conceito de fiscalização como gênero e, em seu âmbito, instituiu duas espécies de atividades voltadas à verificação dos requisitos aplicáveis a atividades reguladas: a vigilância continuada e a ação fiscal propriamente dita. Debruçando-se sobre as definições adotadas pela norma para cada tipo de fiscalização, depreende-se que a vigilância continuada possui caráter claramente preventivo de supervisão e monitoramento permanente da atuação do regulado, oportunidade em que o regulador tem a nítida possibilidade de dialogar e interagir com o regulado de modo a manter-se atualizado sobre o funcionamento do mercado regulado, sobre as motivações que influenciam o comportamento conforme e desconforme do regulado e de adotar as medidas adequadas e verdadeiramente responsivas, que garantam a conformação de sua conduta.

Nesse sentido, constata-se que a Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, avança, de forma bastante paradigmática, na implantação de modelo de regulação responsiva no âmbito da ANAC ao instituir normativamente espécies distintas de fiscalização que possibilitam sejam adotadas, pelo regulador, respostas regulatórias mais amoldadas a cada situação e, portanto, mais aptas a produzir os resultados visados.

Note-se que a responsividade do desenho regulatório adotado revela-se, também, pela opção de se estabelecer escalonamento piramidal que, ao prever que a ação fiscal dar-se-á nas hipóteses de ineficácia das medidas recomendadas em providências de vigilância continuada, conseqüentemente determina que o

regulador lance mão prioritariamente dessa espécie preventiva de fiscalização, embora não tenha avançado sobre a categorização de perfis de regulados e regimes diferenciados por comportamento global.

Ademais, interessante observar que, na Resolução em apreço, a ANAC também optou por direcionar as ações fiscais *strictu sensu* a atividades específicas, quais sejam, as atividades desenvolvidas sem a devida certificação ou outorga e aquelas que entende envolver a proteção da sociedade. Tal comando normativo encerra nítida estratégia de regulação baseada em riscos que, de antemão, aponta prioridades para a fiscalização: determinadas atividades consideradas mais suscetíveis de ocorrer – aquelas desenvolvidas sem a devida certificação ou outorga – e aquelas, cuja ocorrência, podem trazer risco à proteção da sociedade. A regulação baseada em risco ali adotado, entretanto, não se utilizou do risco instrumento de segmentação de perfis individuais de risco associados a regimes jurídicos de tratamento distintos, recomendável por uma abordagem responsiva.

Dando prosseguimento à análise da Resolução nº 472, de 2018, observa-se que, ao tratar da fiscalização e de seus resultados, a norma prevê que, como desdobramento das ações de fiscalização – e, ressalte-se, fiscalização em sentido lato, que envolve, como visto, vigilância continuada e ação fiscal propriamente dita, deverão ser adotadas uma das seguintes providências administrativas: preventivas, sancionatórias e acautelatórias, *in verbis*:

#### DA FISCALIZAÇÃO E DOS SEUS RESULTADOS

Art. 3º O resultado da fiscalização desencadeará a adoção de providência administrativa, caso constatada infração durante ou após a fiscalização. Parágrafo único. As providências administrativas de que tratam o caput deste artigo classificam-se em preventiva, sancionatória e acautelatória.

A figura abaixo, constante do Relatório de Gestão referente ao exercício de 2018 da ANAC, resume bem a finalidade de cada uma dessas espécies de providências:

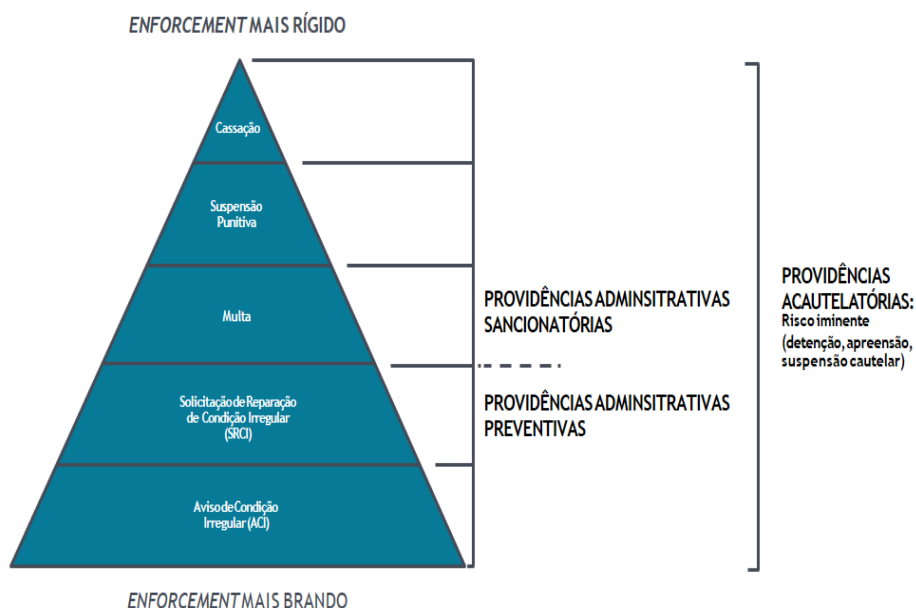


Figura 3 - Pirâmide de Enforcement

Depreende-se, da pirâmide acima, que o claro intuito da ANAC ao desenhar seu novo modelo regulatório, previsto no Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, foi estabelecer um modelo regulatório responsivo, que parte do pressuposto de que medidas cooperativas e dialógicas, caracterizadas como providências administrativas preventivas, devem ser aplicadas de forma prioritária em relação às providências de caráter sancionatório. Nesse sentido, a providência denominada de Aviso de Condição Irregular (ACI) deve ser preferida em relação à medida de Solicitação de Reparação Irregular (SRCI), assim como ambas devem ser privilegiadas em relação à aplicação de multa e suspensão punitiva, providências de natureza sancionatória.

O modelo adotado, entretanto, deixa de aplicar o modelo responsivo quando não diferencia os regulados segundo perfis de comportamento geral para fins de aplicação, ou não, de medidas cooperativas, ou priorização de formas regulatórias de comando e controle. Pelo contrário, as condições para aplicação de providências administrativas preventivas decorrem da qualidade ínsita à infração, seja qual for o comportamento pregresso ou regular do regulado. Nesse ponto, a disciplina



normativa se distancia do preconizado pela teoria da regulação responsiva, que mede a força da regulação não pelo tipo de infração, mas pelo comportamento do regulado em cooperar com o regulador, corrigir falhas, colaborar na reformulação da própria regulação, enfim, adotar comportamento virtuoso. Precisamente por isso, quando se opta por aplicar uma sequência predefinida de etapas fiscalizatórias inicialmente apoiadas em consensualidade e, em seguida, em imposições estatais, independentemente do perfil do regulado, mas dependente do tipo da infração – infração de baixo impacto (art. 7º da Res. ANAC 472/2018) – não se rende homenagem a um pressuposto fundamental da teoria da regulação responsiva, que é o de tratar os regulados segundo sua obra; não segundo cada ato em particular.

A Resolução nº 472, de 2018, ainda prevê expressamente que a aplicação de providência administrativa preventiva, ou seja, do Aviso de Condição Irregular (ACI) e da Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz, reconhecendo, portanto, que, nos termos do quanto preceituado pelas Teorias Jurídicas da Regulação Responsiva, as abordagens regulatórias que privilegiam as ações persuasivas e colaborativas devem ser prioritariamente adotadas quando o comportamento já mapeado e conhecido do regulado o permitir, uma vez que o pressuposto é o de que as medidas preventivas se mostram, em regra, mais eficazes que as medidas punitivas para a consecução dos resultados regulatórios:

#### DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.

#### CAPÍTULO I

#### DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas:

I - Aviso de Condição Irregular - ACI; e

II - Solicitação de Reparação de Condição Irregular - SRCI.

#### Seção I

#### Do Aviso de Condição Irregular

Art. 7º O ACI pode ser emitido quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas.

Parágrafo único. A ANAC emitirá o ACI por meio de notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada.

#### Seção II

#### Da Solicitação de Reparação de Condição Irregular

Art. 8º A SRCI pode ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo.

§ 1º A SRCI conterá a descrição da infração detectada.

§ 2º Da SRCI deverá constar prazo para correção da infração constatada ou concessão de prazo máximo de 60 (sessenta) dias ao regulado para apresentação de Plano de Ações Corretivas - PAC.

§ 3º O PAC será considerado aceito caso não haja manifestação da ANAC no prazo de 60 (sessenta) dias a partir de seu recebimento.

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

Note-se que, como mais um reflexo da adoção de um modelo de regulação responsiva baseada em riscos e que guarda observância aos princípios que devem orientar o exercício do dever-poder persecutório da Administração Pública, a norma em análise cuidou de estabelecer como diretriz, para a tomada de decisão do regulador, sobre emitir um Aviso de Condição Irregular - ACI ou uma Solicitação de Reparação de Condição Irregular – SRCI, a análise do impacto causado pela infração praticada e do risco que essa impôs à segurança das operações aéreas.

Indo além, observa-se que a Resolução nº 472, de 2018, de forma inovadora e convergente com o que preconiza o modelo regulatório responsivo e os princípios da insignificância e da justa causa, que informam o Direito Administrativo Sancionador, estabelece que o processo administrativo sancionatório somente será instaurado quando constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória. Outrossim, o ato normativo restringe aos agentes que atuam nas atividades de fiscalização ou em outras atividades decorrentes do poder de polícia a competência de lavratura do auto de infração no âmbito da ANAC:

Art. 11. Constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS.

Art. 12. O auto de infração será lavrado nas seguintes situações:

I - constatação presencial de infração; ou

II - constatação a partir de elementos formadores de convicção acerca da caracterização de infração, análise documental ou qualquer outra apuração decorrente da fiscalização que aponte o descumprimento da

legislação, mesmo quando ficar comprovada por meio de fiscalização remota.

Art. 13. Havendo conexão entre os fatos apurados, 2 (dois) ou mais PAS poderão ser reunidos visando à prolação de decisão conjunta.

(...)

Art. 16. A lavratura do auto de infração é atribuição exclusiva dos agentes da ANAC no exercício das atividades de fiscalização ou de outras atividades decorrentes do poder de polícia.

Por fim, ressalte-se que, mais recentemente, em 9 de junho de 2020, a Resolução nº 472, de 2018, foi objeto de alteração pela ANAC para proceder à inclusão de dispositivos com sanções pecuniárias relacionadas às condutas infracionais caracterizadas pelo transporte aéreo clandestino (TACA) e manutenção aeronáutica clandestina (MACA), além de providenciar a majoração de valores de multas previstas para as infrações envolvendo pessoas físicas ou jurídicas flagradas nesse tipo de irregularidade e, principalmente, disciplinar o instituto da infração administrativa de natureza continuada no âmbito da Agência.

Ao justificar a propositura do projeto de alteração da norma na Consulta Pública, a ANAC defendeu a necessidade da regulamentação porque haveria falta de parâmetro de aplicação do instituto em outros de seus normativos, inexistência de elemento de definição de infração continuada dentro da regulação do próprio direito administrativo, o que exigia, em alguns casos, a importação de conceitos e regras de direito penal para embasar decisões.

Já o relator da proposta de alteração da Resolução, o Diretor-Presidente Substituto da Agência, Juliano Noman, argumentou, em seu voto, que a construção de metodologia própria, diferente da utilizada no âmbito do direito penal, para o cálculo da infração continuada no âmbito da ANAC, se mostra importante porque a penalidade administrativa imposta por descumprimento aos regulamentos de aviação civil "tem por finalidade resguardar o interesse público na segurança operacional e, no limite, na preservação de vidas".

De fato, embora o instituto da infração administrativa de natureza continuada já fosse previsto norma em comento, o artigo 32, § 2º, condicionava a

sua aplicação à regulamentação da matéria e essa já era há algum tempo objeto de consideração no âmbito da Agência, pois, de fato, o instituto da infração continuada, embora tenha gênese no Direito Penal, não deve ser confundido com o instituto da infração administrativa permanente, sendo esse verificado no caso de uma única ação ou omissão que perdura no tempo. No caso da infração continuada, de acordo com metodologia específica, penaliza-se o infrator pela imposição da respectiva pena, aumentada em razão da continuidade; e na infração permanente, prolongada no tempo, a pena será fixada tendo em vista tratar-se de infração única, mediante apenas uma ação ou omissão, fator esse que deverá ser levado em consideração para a fixação da respectiva pena.

#### Seção IX-A

##### Da Infração Administrativa de Natureza Continuada

Art. 37-A. Poderá ser caracterizada infração administrativa de natureza continuada a prática, pelo mesmo regulado, de mais de uma ação ou omissão que configurem infração administrativa de natureza idêntica, apuradas em uma mesma oportunidade fiscalizatória.

Parágrafo único. Será afastada a caracterização da infração continuada quando constatada a existência de prática ou circunstância que evidencie violação, pelo agente infrator, ao dever de lealdade e boa-fé que rege as relações entre administrado e Administração.

Art. 37-B. Caracterizada a natureza continuada das condutas infracionais, nos termos do art. 37-A desta Resolução, será aplicada multa, considerando-se o patamar médio da tabela constante na Resolução específica vigente à época da infração, calculada de acordo com a seguinte fórmula:

Valor total da multa = valor da multa unitária \* quantidade de ocorrências/f

Em que a variável “f” assume um dos seguintes valores:

f1 = 1,85 quando não verificada qualquer circunstância descrita nos incisos I a V do § 2º do art. 36 desta Resolução.

f2 = 1,5 quando verificada ao menos uma das circunstâncias descrita nos incisos I a V do § 2º do art. 36 desta Resolução.

f3 = 1,15 quando verificadas, cumulativamente, as circunstâncias descritas no inciso

III e no inciso IV do § 2º do art. 36 desta Resolução.

§ 1º A verificação de cada circunstância descrita nos incisos I a III do § 1º do art. 36 desta Resolução ensejará o acréscimo de 0,15 ao valor da variável “f” a ser aplicada.

§ 2º Valores diferentes de f1, f2 e f3 poderão ser definidos em Resolução específica que disciplina a matéria objeto da autuação

Assim, nos termos do novo art. 37-A inserido na Resolução 472/2018, a infração continuada restou configurada como a prática de mais de uma ação ou

omissão que constitua infração administrativa de natureza idêntica, apuradas em uma mesma oportunidade fiscalizatória.

Na prática, o que muda a partir da entrada em vigor da alteração normativa aprovada é que, nos casos em que ficar caracterizada a infração de natureza continuada, o valor da multa será calculado a partir de uma nova fórmula, que poderá gerar uma redução de 50%, ou até superior, do valor que seria aplicado atualmente. O valor final da multa dependerá do caso específico, visto que serão consideradas para o cálculo circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Em números concretos, em casos de infrações administrativas de natureza idêntica, uma multa que hoje seria de um milhão de reais, passaria a ser de quinhentos mil reais ou até menos, a partir da alteração da Resolução 472/18 e da regulamentação da infração continuada pela ANAC.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a alteração vale não só para novos processos, mas para todos os processos em trâmite na ANAC, haja vista a resolução aprovada e publicada estabelecer a aplicabilidade imediata a todos os processos administrativos sancionadores em que não tenha ocorrido o trânsito em julgado administrativo.

Ressalta-se, por fim, que a ANAC também estabeleceu no parágrafo único do novo art. 37-A que será afastada a caracterização da infração continuada quando evidenciada violação da lealdade e da boa-fé. O objetivo é evitar a repetição das infrações e diferenciar a conduta do regulado que opta por infringir a regulação de forma deliberada da conduta daquele que age de boa-fé.

Não obstante o ateste de que a Resolução ANAC nº 472, de 2018, tenha incorporado, de forma inovadora e quiçá sem precedentes entre as Agências Reguladoras brasileiras, novas estratégias responsivas de regulação, capazes de decisivamente contribuir para a melhoria regulatória do setor, o fato é que, ao determinar, em seu art. 4º, que as decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização - CEF, a Resolução acabou por limitar as potencialidades do modelo regulatório responsivo ao vincular a atuação do regulador, obrigando-o a

implementar as medida prescritas para cada uma das situações previamente mapeadas pela norma:

Art. 4º As decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização - CEF, os quais poderão considerar critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela ANAC, ao atendimento aos planos de ações corretivas e aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados.

É verdade que o comando normativo, conforme se constata acima, possibilita muito acertadamente que, na aplicação dos Compêndios dos Elementos de Fiscalização - CEF, sejam considerados critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela ANAC, ao atendimento aos planos de ações corretivas, bem como aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados. Ocorre que, consoante demonstrado anteriormente neste Relatório, os Compêndios dos Elementos de Fiscalização editados pela ANAC seguem, cada um, abordagem própria, que não necessariamente é formulada de modo coordenado com as demais áreas, tampouco se baseiam em estudos prévios e apurados de mapeamento e análise de risco, de modo que as medidas regulatórias, detalhadamente prescritas como elementos a ser fiscalizados, possam funcionar adequadamente como respostas às demandas de regulação.

## BIBLIOGRAFIA

- ABBOT, C. **Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2009.
- AGU. **Parecer nº 00108/2017/PFANEEL/PGF/AGU (Processo 48500.004650/2009-66)**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017.
- ALONSO, G. **Sector Dialogues**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <[http://www.sectordialogues.org/documentos/proyectos/adjuntos/13a487\\_Publication\\_AERO0103\\_EN.pdf](http://www.sectordialogues.org/documentos/proyectos/adjuntos/13a487_Publication_AERO0103_EN.pdf)>. Acesso em: 20 janeiro 2021.
- ANAC. **Relatório ANAC - 10 Anos**. Brasília: [s.n.], 2016.
- ANAC. **Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017**. ANAC. Brasília. 2017.
- ANAC. Radar - Por Dentro das Normas - Enforcement, Brasília, Novembro 2018b.
- ANAC. Mercado de Transporte Aéreo. **ANAC: Dados e Estatísticas**, 04 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/consulta-interativa>>.
- ANEEL. **Nota Técnica 217/2015-SFE/ANATEL: Metodologia para o monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo das Distribuidoras e das Transmissoras de Energia Elétrica**. Brasília. 2015.
- ANEEL. **Nota Técnica nº 07/2018- ASD-SFE-SFF-SFG-SRD-SRG-SRT-SRM-SEL-PF**. Brasília. 2018.
- ANEEL. **Relatório de Gestão do Exercício de 2018**. Brasília. 2019.
- ANEEL. **Relatório de Gestão do Exercício de 2019**. Brasília. 2020.
- ANS. **Relatório Anual de Gestão: Exercício 2018**. Rio de Janeiro. 2019.
- ANS. **Relatório Anual de Gestão: Exercício 2019**. Rio de Janeiro. 2020.
- ANTT. **Relatório Anual: Exercício 2018**. Brasília. 2019.
- ANTT. **Relatório Anual: Exercício 2019**. Brasília. 2020.

- ARANHA, M. I. Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. **Economia Publica**, v. 25, n. 2, p. 83-105, 2016.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Maria da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- ARROW, K. J. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.
- ATIQ, E. H. Why Motives Matter: Reframing the Crowding Out Effect of Legal Incentives. **Yale Law Journal**, v. 123, n. 4, p. 1070-1116, 2014.
- AYRES, I. Responsive Regulation: A Co-Author's Appreciation. **Regulation & Governance**, v. 7, p. 145-151, 2013.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- BALDWIN, R. Why rules don't work. **The Modern Law Review**, n. 53, p. 321-337, 1990.
- BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **LSE Law, Society and Economy Working Papers**, Londres, v. 15, p. 1-47, 2007.
- BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **The modern law review**, v. 71, n. 1, p. 59-94, 2008.
- BALDWIN, R.; BLACK, J. Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem? **JOURNAL OF LAW AND SOCIETY** 43(4), p. 565-95, 2016.
- BALDWIN, R.; CAVE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Great Britain: Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN, R.; CAVE, M. **Undestanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. New York: Oxford University Press, 1999.



- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Regulation: The Field and the Developing Area. In: \_\_\_\_\_ **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 3-16.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Second. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- BARDACH, E.; KAGAN, R. A. **Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982.
- BARROSO, L. R. **Temas de Direito Constitucional (Tomo II)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.
- BARRY, A. O. T. & R. N. **Foucault and Political Reason – liberalism, neo-liberalism and rationalities of government**. Chicago: : The University of Chicago Press., 1996.
- BARRY, B. **Sociologists, Economists and Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- BECKER, G. S. A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 98, n. 3, p. 371-400, Aug. 1983.
- BENKLER, Y. From Greenspan's Despair to Obama's Hope: The Scientific Bases of Cooperation as Principles of Regulation. In: MOSS, D.; CISTERMINO, J. **New Perspectives on Regulation**. Cambridge, MA: The Tobin Project, 2009. p. 65-87.
- BERNSTEIN, M. H. **Regulating Business by Independent Commission**. Princeton: Princeton University Press, 1955.
- BETANCOR, O.; RENDEIRO, R. **Regulating Privatized Infrastructures and Airport Services**. Washington: Banco Mundial, 1999.
- BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

- BINENBOJM, G. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BLACK, D. On the Rationale of Group Decision-Making. **Journal of Political Economy**, v. 56, p. 23-34, 1948.
- BLACK, J. . H. M. . B. C. Making a success of principles-based regulation. **Law and Financial Markets Review**, n. 1, p. 191-206, 2007.
- BLACK, J. **Rules and Regulators**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- BLACK, J. Talking about Regulation. **Public Law**, v. 1, p. 77-105, 1998.
- BLACK, J. Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world. **Current Legal Problems**, 54, February 2001. 103–147. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/30527050\\_Decentring\\_Regulation\\_Understanding\\_the\\_Role\\_of\\_Regulation\\_and\\_Self-Regulation\\_in\\_a\\_'Post-Regulatory'\\_World](https://www.researchgate.net/publication/30527050_Decentring_Regulation_Understanding_the_Role_of_Regulation_and_Self-Regulation_in_a_'Post-Regulatory'_World)>.
- BLACK, J. Critical Reflections on Regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, p. 1-35, 2002.
- BLACK, J. Regulatory conversations. **Journal of Law and Society**, n. 29, p. 163-196, 2002.
- BLACK, J. The Emergence of Risk-based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom. **Public Law**, 512, 2005.
- BLACK, J. The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom. **Public Law**. 510-547.
- BLACK, J.; BALDWIN, R. Really Responsive Risk-Based Regulation. **Law & Policy**, 32, n. 2, April 2010. 181-213.
- BLACK, J.; BALDWIN, R. Really Responsive Risk-Based Regulation. **Law & Policy**, v. 32, n. 2, p. 181-213, abril 2010.
- BORCK, J. C.; COGLIANESE, C. Beyond Compliance: Explaining Business Participation in Voluntary Environmental Programs. In: PARKER, C.;

- NIELSEN, V. L. **Explaining Compliance: Business Responses to Regulation.** Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011. p. 139-169.
- BOWLES, C. **Promises to Keep: My Years in Public Life 1941-1969.** New York: Harper & Row, 1971.
- BRAITHWAITE, J. **Inequality, Crime, and Public Policy.** Londres: Routledge and Kegan Paul, 1979.
- BRAITHWAITE, J. Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control. **Michigan Law Review**, v. 80, n. 7, p. 1466-1507, Jun. 1982.
- BRAITHWAITE, J. **Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry.** Londres: Routledge & Kegan Paul, 1984.
- BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety.** Albany: State University of New York Press, 1985.
- BRAITHWAITE, J. **Crime, Shame and Reintegration.** New York: Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, J. **Restorative Justice & Responsive Regulation.** Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BRAITHWAITE, J. Rewards and Regulation. **Journal of Law and Society**, v. 29, n. 1, p. 12-26, March 2002.
- BRAITHWAITE, J. Rules and principles: A theory of legal certainty. **Austl. J. Leg. Phil.** 27, 2002.
- BRAITHWAITE, J. Meta-Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity. **Law and Policy**, 25(1) , 2003. 1–16.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.
- BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. In: BROWN, D.; WOODS, N. **Making Global Self-Regulation Effective in Developing Economies.** Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 149-174.
- BRAITHWAITE, J. **Regulatory Capitalism.** Northampton-MA: Edward Elgar, 2008.

- BRAITHWAITE, J. **Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.
- BRAITHWAITE, J. The Essence of Responsive Regulation. **University of British Columbia Law Review**, v. 44, p. 475-520, 2011.
- BRAITHWAITE, J. Relational Republican Regulation. **Regulation & Governance**, v. 7, p. 124-144, 2013.
- BRAITHWAITE, J. Evidence for Restorative Justice. **The Vermont Bar Journal & Law Digest**, v. 40, p. 18-22, Summer 2014.
- BRAITHWAITE, J. Types of Responsiveness. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory: Foundations and Applications**. Acton: Australian National University Press, 2017. p. 117-132.
- BRAITHWAITE, J.; HEALY, J.; DWAN, K. **The Governance of Health Safety and Quality**. Canberra: Commonwealth of Australia, 2005.
- BRAITHWAITE, J.; MAKKAI, T.; BRAITHWAITE, V. **Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2007.
- BRENNAN, G.; BUCHANAN, J. M. **The Reason of Rules: Constitutional Political Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BRENNAN, G.; HAMLIN, A. **Democratic Devices and Desires (Theories of Institutional Design)**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- BURCHELL, G. Liberal government and techniques of the self. In: BARRY, A. O. T. & R. N. **Foucault and Political Reason – liberalism, neo-liberalism and rationalities of government**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- BURRIS, S.; DRAHOS, P.; SHEARING, C. Nodal Governance. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 30, p. 30-58, 2005.
- CALABRESI, G. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven, CT: Yale University Press, 1970.

- CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANSO. **Safety Culture Definition and Enhancement Process**. Civil Air Navigation Services Organisation. [S.l.]. 2008.
- CASTELLS, M. Materials for an Exploratory Theory of the Network Society. **British Journal of Sociology**, v. 51, n. 1, p. 5-24, Jan./Mar. 2000.
- CASTRO, D. P. **Auditoria e Controle Interno na Administração Pública: evolução do controle interno no Brasil - Do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CGU. **Juízo de Admissibilidade e a Escolha do Procedimento Disciplinar Cabível. Apresentação no II Encontro de Corregedorias do Poder Executivo**. [S.l.]: Controladoria Geral da União, 2012.
- CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2019.
- CGU. **Relatório da Avaliação - Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) - Exercício 2019**. Brasília. 2020.
- CGU. **Relatório de Avaliação: Processo Sancionatório da Anatel (Projeto e-aud nº 817782)**. Brasília. 2020.
- CÍCERO, M. T. **Dos deveres**. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- COASE, R. H. The Problem of Social Costs. **Journal of Law & Economics**, v. 3, p. 1-44, October 1960.
- COGLIANESE, C.; KAGAN, R. A. (Eds.). **Regulation and Regulatory Processes**. Aldershot, UK: Ashgate, 2007.
- COGLIANESE, C.; LAZER, D. Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals. **Law & Society Review**, v. 37, n. Number 4, 2003.
- COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. Meta-Regulation and Self-Regulation. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 146-168.
- COGLIANESE, C.; NASH, J. Management-Based Strategies: An Emerging Approach to Environmental Protection. In: COGLIANESE, C.; NASH, J. **Leveraging the Private Sector: Management-Based Strategies**

for Improving Environmental Performance. Washington: RFF Press, 2001.

- COHEN, D. (Ed.). **Voluntary Codes: A Guide for their Development and Use.** Ottawa: Office of Consumer Affairs/Industry Canada/Regulatory Affairs Division/Treasury Board Secretariat, 1998.
- COMANDO DA AERONÁUTICA. **MCA 63-15: “Manual de Fatores Humanos no Gerenciamento da Segurança Operacional no SISCEAB”,** Edição aprovada pela Portaria DECEA 109/DGCEA, de 10 de setembro de 2012. Rio de Janeiro: Departamento de Controle do Espaço Aéreo, 2012.
- COSTA, G. C. D. **Palestra sobre Fiscalização Regulatória Responsiva: experiência da ANTAQ no Encontro da Rede de Articulação das Agências Reguladoras (RADAR).** Brasília: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, 2020.
- CROLEY, S. P. **Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government.** Princeton: Princeton University Press, 2008.
- CRONERT, A. When the paper tiger bites: Evidence of compliance with unenforced regulation among employers in Sweden. **Regulation & Governance**, v. no prelo, p. 1-19, 2021.
- DEHART-DAVIS, L.; BOZEMAN, B. Regulatory Compliance and Air Quality Permitting: Why do Firms Overcomply? **Journal of Public Administration Research and Theory**, v. 11, n. 4, p. 471-508, 2001.
- DENT, C. Relationships Between Laws, Norms and Practices. **Griffith Law Review**, v. 21, n. 3, p. 708-727, 2012.
- DEWEY, M.; CARLO, D. D. Governing through non-enforcement: Regulatory forbearance as industrial policy in advanced economies. **Regulation & Governance**, v. no prelo, p. 1-21, 2021.
- DIVER, C. S. The Assessment and Mitigation of Civil Money Penalties by Federal Administrative Agencies. **Columbia Law Review**, p. 1435-1502, 1979.
- DIVER, C. S. The Optimal Precision of Administrative Rules. **Yale Law Journal**, p. 65-109, 1983.
- DOGANIS, R. **The airport business.** Nova Iorque: Routledge, 1992.

- DOWNS, A. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. **Journal of Political Economy**, v. 65, n. 2, p. 135-150, 1957.
- DOWNS, A. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- DRAHOS, P. (Ed.). **Regulatory Theory: Foundations and Applications**. Acton: Australian National University Press, 2017.
- DRAHOS, P. Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Nodal Governance Approach. **Temple Law Review**, v. 77, p. 401-424, 2004.
- DRAHOS, P.; BRAITHWAITE, J. **Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?** Londres: Earthscan Publications Ltd, 2002.
- DWORKIN, R. Hard Cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, Apr. 1975.
- EHRlich, E. **Fundamental Principles of the Sociology of Law**. Tradução de Walter L. Moll. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 2009.
- EWALD, F. Justice, Equality, Judgement: On "Social Justice". In: TEUBNER, G. **Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law**. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 91-110.
- FAIRFAX, J. Recapitulation and Alternatives: Lessons Learned from a Hypothetical Case Study. In: INGELSON, A. E. **Environment in the Courtroom**. Calgary, AB: University of Calgary Press, 2019. p. 752-775.
- FEELEY, M. **Court Reform on Trial: Why Simple Solutions Fail**. New York: Basic Books, 1983.
- FELDMAN, Y. **The Law of Good People: Challenging State's Ability to Regulate Human Behavior**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- FERNANDES, C. D. A. G. **A reforma do modelo de fiscalização do setor elétrico brasileiro (Trabalho de conclusão de curso de Especialização em Gestão Pública)**. Brasília: ENAP, 2018.

- FINNIS, J. **Natural Law & Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FISSE, B.; BRAITHWAITE, J. **The Impact of Publicity on Corporate Offenders**. Albany: State University of New York, 1983.
- FLAGAL, J. The Art of Responsive Regulation: How Agencies Can Motivate Regulated Firms to Become Virtuous. In: INGELSON, A. E. **Environment in the Courtroom**. Calgary, AB: University of Calgary Press, 2019. p. 665-689.
- FOUCAULT, M. **Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977-78**. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2007.
- FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FREITAS, L. C. D. et al. Obrigação de fazer em sanções regulatórias no Brasil: aplicação ao setor de telecomunicações. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, n. 2, p. 71-86, out. 2019.
- FULLER, L. L. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GABROSKY, P. N. Using non-governmental resources to foster regulatory compliance. **Governance**, v. 8, n. 4, p. 527-550, 1995.
- GALLE, B. Why Do Foundations Follow the Law? Evidence from Adoption of the Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act. **Journal of Policy Analysis and Management**, v. 36, n. 3, p. 532-556, 2017.
- GALVÃO, J. O. L. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GATTO, L. **Il Medio Evo Melle Sue Fonti**. Bolonha: Monduzzi Editore, 1996. 303 p.
- GIBSON, D. et al. Evaluating Quality of Care in Australian Nursing Homes. **Australian Journal on Ageing**, v. 11, n. 4, p. 3-9, 1992.
- GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 1, p. 131-146, maio 2019.
- GOMES, S. B. V. A indústria aeronáutica no Brasil: evolução recente e perspectivas. In: (BRASIL), B. N. D. D. E. E. S. **BNDES 60 anos:**



perspectivas setoriais. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2012. p. 138-185.

- GORDON, C. Governmental Rationality: an Introduction. In: GRAHAM, B. & G. C. **The Foucault Effect: studies in governmentality**. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- GOSSUM, P. V.; ARTS, B.; VERHEYEN, K. "Smart Regulation": Can Policy Instrument Design solve Forest Policy Aims of Expansion and Sustainability in Flanders and the Netherlands? **Forest Policy and Economics**, v. 16, p. 23-34, 2012.
- GOYARD-FABRE, S. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRABOSKY, P.; BRAITHWAITE, J. **Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies**. Melbourne: Oxford University Press/Australian Institute of Criminology, 1986.
- GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- GUNNINGHAM, N. Enforcement and Compliance Strategies. In: BALDWIN **The Oxford Handbook of Regulation**. Great Britain: [s.n.].
- GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. **Smart Regulation: Designing Environmental Policy**. New York: Oxford University Press, 1998.
- GUNNINGHAM, N.; JOHNSTONE, R. **Regulating Workplace Safety: Systems and Sanctions**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- GUNNINGHAM, N.; SINCLAIR, D. Smart regulation. In: DRAHOS, P. **Regulatory theory: foundations and applications**. Canberra: ANU Press, 2017. p. 133-148.
- HABERMAS, J. Law as Medium and Law as Institution. In: TEUBNER, G. **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Nova Iorque/Berlim: Walter de Gruyter, 1988. p. 203-220.
- HABERMAS, J. **A crise de legitimação do capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, J. **Facticidad y Validez**. Madri: Trota, 2010.

- HAMPTON, P. **Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement.** Norwich, UK: Controller of Her Majesty's Stationery Office, 2005.
- HAMPTON, P. **Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement.** HM Treasury. [S.l.]. 2005.
- HART, H. L. A. **The Concept of Law.** 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HEALY, J.; BRAITHWAITE, J. Designing Safer Health Care Through Responsive Regulation. **The Medical Journal of Australia**, v. 184, n. 10, p. S56-S59, May 2006.
- HEIJDEN, J. V. D. **Risk governance and risk-based regulation: A review of the international academic literature.** Wellington: Victoria University of Wellington//Government Regulatory Practice, 2019.
- HEIJDEN, J. V. D. **Responsive regulation in practice: A review of the international academic literature.** Wellington: Victoria University of Wellington/Government Regulatory Practice Initiative, 2020.
- HOBBS, T. **Leviatã.** São Paulo: Martin Claret, 2002.
- HOLMES JR., O. W. Natural Law. **Harvard Law Review**, v. 32, p. 40-44, 1918.
- HOLMES, S. Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P.; LUTHER, J. **Il future della costituzione.** Turim: Einaudi, 1996. p. 201.
- HUBBARD, W. Competitive Patent Law. **Florida Law Review**, v. 65, n. 2, p. 341-394, 2013.
- HUME, D. **Tratado da natureza humana.** Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2001.
- HUNTINGTON, S. P. The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest. **The Yale Law Journal**, v. 61, n. 4, p. 467-509, Apr. 1952.
- ICAO. **WORKING PAPER - ASSEMBLY 39TH SESSION - Agenda Item 36: Aviation safety and air navigation implementation support - IMPROVING JUST CULTURE.** International Civil Aviation Organization. [S.l.]. 2016.

- INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION. **Worldwide Slot Guidelines**. 10<sup>a</sup> Edição. ed. Montreal e Genebra: IATA, 2019.
- IVEC, M.; BRAITHWAITE, V. **Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update**. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University, 2015.
- JORDAN, A.; WURZEL, R. K. W.; ZITO, A. The Rise of 'New' Policy Instruments in Comparative Perspective: Has Governance Eclipsed Government? **Political Studies**, v. 53, n. 3, p. 477-496, 2005.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KAGAN, R. A. Understanding Regulatory Enforcement. **11 Law & Pol'y Q**, v. 89, 1989.
- KANT, I. **Fondazione della Metafisica dei Costumi**. Roma: Laterza, 1980.
- KANT, I. **Doutrina do Direito**. São Paulo : Ícone, 1993.
- KASARDA, J. D.; GREG, L. **Aerotropole – o modo como viveremos no futuro**. São Paulo: DVS, 2012.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- KELSEN, H. **Introduction to the Problems of Legal Theory**. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- KELSEN, H. **Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho**. Tradução de Eduardo Vásquez; R. Inés W. de Ortíz, *et al.* Cidade do México: Fontamara, 2003.
- KING, R. **The Regulatory State in an Age of Governance: Soft Words and Big Sticks**. Houndsmills, Basingstoke, Hampshire, UK: Palgrave Macmillan, 2007.
- KOLIEB, J. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, v. 41, n. 1, p. 136-162, 2015.

- KOLKO, G. **The Triumph of Conservatism: A Reinterpretation of American History, 1900-1916.** New York: Free Press, 1963.
- LAFFONT, J.-J. The New Economics of Regulation Ten Years After. **Econometrica**, v. 62, n. 3, p. 507-537, 1994.
- LANDES, W. M.; POSNER, R. A. **The Economic Structure of Tort Law.** Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.
- LENOX, M. Do Voluntary Standards Work Among Corporations? The Experience of the Chemicals Industry. In: BROWN, D. L.; WOODS, N. **Making Global Self-Regulation Effective in Developing Countries.** Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 62-77.
- LEVI-FAUR, D. (Ed.). **Handbook on the Politics of Regulation.** Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.
- LOBEL, O. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. **Minnesota Law Review**, v. 89, p. 342-470, 2004.
- LOWI, T. J. **The End of Liberalism: Ideology, Policy, and the Crisis of Public Authority.** New York: Norton, 1969.
- LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, N. **Teoria política em el Estado de Bienestar.** Madri: Alianza Universidad, 1997.
- LUHMANN, N. **Law as a Social System.** Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MACINTYRE, A. **Depois da Virtude.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001.
- MACRORY, R. B. **Regulatory Justice: Making Sanctions Effective.** London: Chancellor of the Duchy of Lancaster, Cabinet Office, UK, 2006.
- MAJONE, G. The Rise of the Regulatory State in Europe. **West European Politics**, v. 17, p. 77-101, 1994.
- MANDEVILLE, B. **The fable of the bees: or, private vices, publick benefits.** Londres: J. Tonson, 1724.
- MARKELL, D. L.; GLICKSMAN, R. L. A holistic look at agency enforcement. **N.C.L. Rev**, 2014.

- MARKELL, D. L.; GLICKSMAN, R. L. A Holistic Look at Agency Enforcement. **Public Law Research Paper No. 677**, March 2014.
- MARQUES NETO, F. D. A. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 353-370, 2000.
- MARX, C. A. **A CGU e a Dualidade do Papel do Controle Interno no Brasil (Dissertação)**. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2015.
- MASCINI, P. Why was the Enforcement Pyramid so Influential? And what price was paid? **Regulation & Governance**, v. 7, p. 48-60, 2013.
- MAY, P. J. Performance-Based Regulation and Regulatory Regimes: The Saga of Leaky Buildings. **Law and Policy**, v. 25, n. 4, p. 381-401, 2003.
- MAYNEZ, E. G. **Dialogos Juridicos**. México: Editorial Porrúa, 1991. 274 p.
- MCBARNET, D. When Compliance is not the Solution but the Problem: From Changes in Law to Changes in Attitude. In: BRAITHWAITE, V. **Taxing Democracy**. Hants, UK: Ashgate, 2002. p. 229-243.
- MCBARNET, D.; WHELAN, C. The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control. **Modern Law Review**, v. 54, n. 6, p. 848-873, 1991.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MELLO, R. M. D. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDELOFF, J. **An Economic and Political Analysis of Occupational Safety and Health Policy**. Cambridge: MIT Press, 1979.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Como Exportar: Singapura. **Invest Export Brasil**, 31 dezembro 2019. Disponível em: <<http://www.investexportbrasil.gov.br/sites/default/files/artigo/singapura-2019-como-exportar.pdf>>. Acesso em: 24 fevereiro 2021.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ofício nº 113/2016/SE/3CCR, Procuradoria Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e**

**Revisão do Consumidor e da Ordem Econômica (SEI 0641236,  
Processo nº 53500.205186/2015-10). [S.l.]. 11/04/2016.**

- MINOGUE, M.; CARIÑO, L. (Eds.). **Regulatory Governance in Developing Countries**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.
- MORGAN, B.; YEUNG, K. **An Introduction to Law and Regulation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MURPHY, K. The role of trust in nurturing compliance: a study of accused tax avoiders. **Working Paper**, 49, November 2004. p. 2-3.
- MURPHY, K. Turning defiance into compliance with procedural justice: Understanding reactions to regulatory encounters. **Regulation & Governance**, v. 10, n. 1, p. 93-109, March 2016.
- MUSGRAVE, R. A. Leviathan Cometh - Or Does He? In: LADD, H. F. A. T. N. (.). **Tax and Expenditure Limitations**. Washington, D.C.: The Urban Institute, 1981. p. 77-120.
- NIELSEN, V. L.; PARKER, C. Testing Responsive Regulation in Regulatory Enforcement. **Regulation & Governance**, v. 3, p. 376-399, 2009.
- NISKANEN, W. A. The Peculiar Economics of Bureaucracy. **The American Economic Review**, v. 58, n. 2, p. 293-305, May 1968.
- NISKANEN, W. A. **Bureaucracy & Representative Government**. New York: Routledge, 2017.
- NONET, P.; SELZNICK, P. **Law & Society in Transition: Toward Responsive Law**. Abingdon, UK: Routledge, 2017.
- NUCCI, G. D. S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- O'SULLIVAN, K. P. V. F. D. J. A discussion on the resilience of command and control regulation within regulatory behaviour theories., 1 Set 2011. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1927500>>.
- OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Paris. 2014.
- OCDE. **Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit**. OCDE. Paris. 2018b.

- OGUS, A. I. Regulatory Law: Some Lessons from the Past. **Legal Studies**, v. 12, n. 1, p. 1-19, 1983.
- OGUS, A. I.; VELJANOVSKI, C. G. **Readings in the Economics of Law and Regulation**. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- OLSON, M. L. **The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups**. 20. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, v. Harvard Economic Studies, Volume CXXIV, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Guidance on Good Practices in Corporate Governance Disclosure**. New York/Genebra: United Nations Publication, 2006.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD. Regulatory Policy Outlook 2015**. [S.l.]. 2015.
- OSBORNE, E. **Self-Regulation and Human Progress: How Society Gains When We Govern Less**. Stanford: Stanford University Press, 2018.
- OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PALMA, J. B. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, v. 5, n. 8, 2010.
- PARKER, C. **Summary of Scholarly Literature on Regulatory Compliance**. Paris: OCDE, 1999.
- PARKER, C. Restorative justice in business regulation? Australian competition use of enforceable undertakings. **Modern Law Review**, v. 67, p. 209-246, 2004.
- PARKER, C. Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal. **Regulation & Governance**, v. 7, p. 2-13, 2013.
- PARKER, C.; NIELSEN, V. L. **Explaining Compliance: Business Responses to Regulation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

- PARKER, C.; NIELSEN, V. L. Compliance: 14 Questions. In: DRAHOS, P. **Regulatory Theory: Foundations and Applications**. Acton, AU: Australian National University Press, 2017. p. 217-232.
- PATERNOSTER, R.; SIMPSON, S. Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. **Law & Society Review**, v. 30, n. 3, p. 549-584, 1996.
- PATTANAIK, P. K. Limites of Utilitarianism as the Ethical Basis of Public Action. In: ANAND, P.; PATTANAIK, P. K.; PUPPE, C. **The Handbook of Rational & Social Choice**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 323-345.
- PEACOCK, A. **Public Choice Analysis in Historical Perspective**. Milano: Cambridge University Press - Raffaele Mattioli Foundation, 1997.
- PEACOCK, A. T. (Ed.). **The Regulation Game: How British and West German Companies Bargain with Government**. New York: Basil Blackwell, 1984.
- PELLEGRINO, F. **The Just Culture Principles in Aviation Law: Towards a Safety-Oriented Approach**. [S.l.]: Springer, 2019.
- PELTZMAN, S. George Stigler's Contribution to the Economic Analysis of Regulation. **Journal of Political Economy**, v. 101, n. 5, p. 818-832, Oct. 1993.
- PELTZMAN, S.; LEVINE, M. E.; NOLL, R. G. The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. **Bookings Papers on Economic Activity: Microeconomics**, v. 1989, p. 1-59, 1989.
- PINHO, A. L. D. O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**, v. Edição Especial - Correição, p. 15-27, julho 2011.
- POSNER, E. A. **Law and Social Norms**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002.
- POSNER, R. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication. **Hostra Law Review** 487, p. 487-507, 1980.
- PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



- PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PRAKASH, A. Why do Firms Adopt 'Beyond-Compliance' Environmental Policies? **Business Strategy and the Environment**, v. 10, p. 286-299, 2001.
- RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REIS, F. W. Apresentação. In: DOWNS, A. **Uma Teoria Econômica da Democracia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 11-18.
- RICOEUR, P. **Le juste, la justice et son échec**. Paris: Éditions de L'Herne, 2005.
- ROSE, N. Governing “advanced” liberal democracies. In: BARRY, A. O. T. & R. N. F. A. P. R. – L. A. O. T. & R. N. **Foucault and Political Reason – liberalism, neo-liberalism and rationalities of government**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- ROWLEY, C. K. Public Choice and Constitutional Political Economy. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. **Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy**. New York: Springer, 2008. p. 3-29.
- ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. Preface. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. **Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy**. New York: Springer, 2008.
- SALLES, S. et al. Estudo Prospectivo do Setor Aeronáutico. In: MONTORO, G. C. F.; MIGNON, M. N. **Cadeia produtiva aeronáutica brasileira: oportunidades e desafios**. Rio de Janeiro: BNDES, 2009. p. 197-394.
- SAMMECK, J. **A New Institutional Economics Perspective on Industry Self-Regulation**. Heidelberg: Gabler/Springer Fachmedien, 2012.
- SAMPAIO, P. S. **Capital Social nas Entidades de Garantia Mútua de Crédito na Itália e no Brasil: uma análise jurídico-institucional comparada**. Brasília: Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2019.
- SCHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. 18. ed. Cambridge, MA: Harvard University, 2002.

- SCHOLZ, J. T. Cooperation, Deterrence, and the Ecology of Regulatory Enforcement. **Law & Society Review**, v. 18, n. 2, p. 179-224, 1984a.
- SCHOLZ, J. T. Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement. **Law & Policy**, v. 6, n. 4, p. 385-404, 1984b.
- SCHWARTZ, A.; SCOTT, R. E. Theory and Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, v. 113, n. 3, p. 541-620, 2003.
- SCOTT, C. Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State. In: JORDANA, J.; LEVI-FAUR, D. **The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2004. p. 145-176.
- SHLEIFER, A. **The Failure of Judges and the Rise of Regulators**. Cambridge/Londres: The MIT Press, 2012.
- SIGLER, J. A.; MURPHY, J. E. **Interactive Corporate Compliance: An Alternative to Regulatory Compulsion**. New York: Quorum Books, 1988.
- SILVA, A. **Aeroportos e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Villa Rica, 1990.
- SIMITIS, S. Juridification of Labor Relations. In: TEUBNER, G. **Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law**. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 113-161.
- SMITH, A. **The Theory of Moral Sentiments**. Strand: A. Millar, 1759.
- SMITH, A. **A Riqueza das Nações**. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981 e 1983.
- STIGLER, G. J. Public Regulation of the Securities Markets. **The Business Lawyer**, v. 19, n. 3, p. 721-753, Apr. 1964.
- STIGLER, G. J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, Spring 1971.
- STIGLER, G. J. The Optimum Enforcement of Laws. In: BECKER, G. S. E. L. W. M. **Essays in the economics of crime and punishment**. [S.l.]: NBER, 1974. p. 1-54. Disponível em: <<https://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>, acesso em 29/06/2019>.

- STIGLER, G. J.; FRIEDLAND, C. What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity. **The Journal of Law & Economics**, v. 5, p. 1-16, Oct. 1962.
- SUMNER, W. G. **Folkways: A Study of Mores, Manners, Customs and Morals**. Mineola, NY: Dover, 2002.
- SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 9, n. 34, p. 133-151, 2011.
- SUNSTEIN, C. R. **After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.
- SUNSTEIN, C. R. Valuing Life: A Plea for Disaggregation. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 385-445, 2006.
- TEUBNER, G. After Legal Instrumentalism: Strategic Models of Post-Regulatory Law. In: (ORG.), G. T. **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Berlin: Walter de Gruyter, 1986. p. 299-326.
- TEUBNER, G. **Droit et réflexivité**. Paris: L.G.D.J., 1996.
- TEUBNER, G. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THORSTENSEN, V.; JÚNIOR, M. K. A. Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE. **WORKING PAPER 527 CCGI Nº 22**, Maio 2020.
- TOLLISON, R. D. Public Choice, 1972-82. In: BUCHANAN, J. M.; TOLLISON, R. D. **The Theory of Public Choice-II**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984. p. 3-8.
- TOLLISON, R. D. Foreword. In: \_\_\_\_\_ **The Collected Works of James M. Buchanan**. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., v. 3, 1999. p. ix-xi.
- TOLLISON, R. D. The Perspective of Economics. In: ROWLEY, C. K.; SCHNEIDER, F. **Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy**. New York: Springer Science+Business Media, 2008. p. 191-209.
- TORRES, R. L. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, 194, out./dez. 1993. 31-45.

- TRUBEK, D. M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito FGV**, v. 3, n. 1, p. 151-186, jan-jun 2007.
- TRUXAL, S. Air carrier liability and air passenger rights: a game of tug of war? **Journal of International and Comparative Law**, Londres, v. 4, p. 103-122, junho 2017.
- VOGEL, D. **The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility**. Washington, DC: Brookings Institution, 2005.
- WANNACOTT, P.; WANNACOTT, R. **Economia**. São Paulo: Makron Books, 2004.
- WEBB, K.; MORRISON, A. The Law and Voluntary Codes: Examining the 'Tangled Web'. In: WEBB, K. **Voluntary Codes: Private Governance, the Public Interest and Innovation**. Ottawa: Carleton Research Unit for Innovation, Science and Environment, 2004. p. 97-174.
- WEBER, M. **The Theory of Social and Economic Organization**. Glencoe, Ill.: Free Press, 1957.
- WELZEL, H. **Introducion a la Filosofia del Derecho**. Madri: Aguilar, 1977.
- WILSON, W. **The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People**. Garden City, N.Y.: The Country Life Press, 1913.
- WINDEN, F. A. A. M. V. The Economic Theory of Political Decision-Making: A Survey and Perspective. In: BROECK, J. V. D. **Public Choice: A selection of papers presented at the annual conference of the Association of Post-Keynesian Studies at the Erasmus University**. Rotterdam: Springer-Science+Business Media, 1988. p. 9-42.
- WOODLOCK, J.; HYDEN, H. Lex avionica; How soft law serves as an instrumental mediator between professional norms and the hard law regulation of European civil aviation maintenance. **Safety Science**, v. 121, p. 54-63, janeiro 2020.
- YEUNG, K. **Securing Compliance: A Principled Approach**. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- ZIMMERLI, W. C.; RICHTER, K.; HOLZINGER, M. (Eds.). **Corporate Ethics and Corporate Governance**. Berlin/Heidelberg: Springer, 2007.