



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thales Donato

A legalidade na regulação responsiva

Florianópolis

2025

Thales Donato

A legalidade na regulação responsiva

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis

2025

Donato, Thales

A legalidade na regulação responsiva / Thales Donato ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2025.
180 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2025.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Regulação responsiva. 3. Direito administrativo sancionador. 4. Consensualidade administrativa. 5. Agências reguladoras. I. Niebuhr, Pedro de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Thales Donato

A legalidade na regulação responsiva

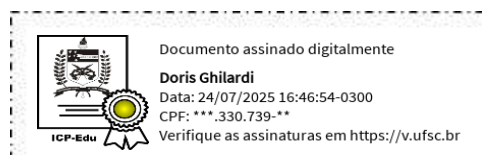
O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 24 de abril de 2025, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr
Universidade Federal de Santa Catarina

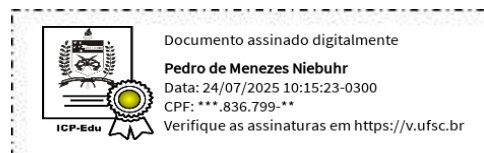
Profa. Dra. Juliana Bonacorsi de Palma
Fundação Getúlio Vargas

Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
Universidade do Vale do Itajaí

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Sociedade.



Coordenação do Programa de Pós-Graduação



Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr
Orientador

Florianópolis, 2025.

Ao Oscar e à Adriane, meu norte.

AGRADECIMENTOS

Se finalizei a pesquisa, foi por estar sobre ombros de gigantes. À minha família, agradeço pelo amor incondicional e compreensão ao longo de toda a maratona do mestrado. Nos momentos de cansaço, foram o meu porto seguro.

Aos amigos (gaúchos, manezinhos, paranaenses, paulistas, cariocas, de todo o canto, sorte e tipo): obrigado pela descontração e pelos recorrentes questionamentos (indignados!) quanto ao término da dissertação. Aos leais amigos de infância do Vale do Paranhana, aos queridos mensalistas do Paula Ramos e aos parceiros inabaláveis de triathlon, agradeço com especial carinho: foram alento constante em tempos de fôlego curto. Estendo minha gratidão aos amigos da Ressacada, que me acolheram com generosidade em Florianópolis, bem como a cada colorado que já existiu, por fazer ecoar as façanhas do maior do Sul.

Aos colegas do Grupo de Estudos em Direito Público, pela partilha de valiosas reflexões a respeito do nosso estimado Direito Administrativo, reconhecimento que expressei na pessoa do professor José Sérgio Cristóvam, docente de instigantes disciplinas que enriqueceram minha formação no Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC.

Aos guerreiros da pós-graduação Fernando Sartori e Nelson Tonon Neto, com quem dividi a trincheira no terceiro andar do Centro de Ciências Jurídicas, minha profunda gratidão

Aos professores Juliana Bonacorsi de Palma e Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, por me brindarem com uma banca de qualificação profícua, cujas contribuições — frequentemente revisitadas — foram decisivas para a estruturação da pesquisa, e pela disposição em integrar, também, a banca de defesa final.

Ao professor Pedro de Menezes Niebuhr, meu orientador, pelo permanente incentivo à pesquisa acadêmica, desde os tempos da graduação, e pelos valiosos ensinamentos transmitidos ao longo desta jornada. Não fosse o exemplo de excelência cultivado desde a iniciação científica, quiçá sequer cogitaria cursar o mestrado.

Minhas maiores deferências ficam à Universidade Federal de Santa Catarina, que, se não minha casa, certamente um abrigo que me acolhe, como *alma mater*, desde o primeiro semestre da graduação em Direito.

A highly punitive mining inspectorate will spend more time in court than in mines (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 20).

RESUMO

A dissertação investiga a compatibilidade entre os instrumentos administrativos que operacionalizam a regulação responsiva e a legalidade administrativa no âmbito das agências reguladoras brasileiras. O problema subjacente a tal desafio consiste em deduzir se existem fundamentos normativos para a estruturação de uma abordagem responsiva no âmbito das agências reguladoras brasileiras. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, sob a conjectura inicial – a ser falseada ou confirmada no decorrer da pesquisa – de que o ordenamento jurídico vigente comporta a estruturação de uma abordagem de regulação responsiva no seio das agências reguladoras, com fulcro nas recentes reformas legislativas atinentes ao Direito Administrativo. Assim, a partir da crescente adoção de estratégias persuasivas e negociais como alternativa ao modelo tradicional de comando e controle, analisa-se se e como tais práticas podem ser implantadas sem violar o regime jurídico de Direito Público. O objetivo do trabalho insere-se no contexto em que a regulação responsiva, embora amplamente estudada sob a ótica da economia comportamental, carece de fundamentação jurídica robusta no contexto brasileiro. A pesquisa divide-se em três capítulos. O primeiro estabelece o marco teórico da regulação responsiva, apresentando seus conceitos fundamentais e elementos-chave. O segundo capítulo analisa experiências da aplicação dessa abordagem no Brasil, especialmente nos setores da aviação civil, das telecomunicações e de energia elétrica, avaliando a implantação do instrumental administrativo compatível com a regulação responsiva no âmbito das respectivas agências reguladoras. O terceiro capítulo consiste na testagem da hipótese inicial, a partir da análise de compatibilidade dos instrumentos administrativos inferidos dos capítulos anteriores com o regime jurídico-administrativo, perpassando controvérsias doutrinárias, como a viabilidade jurídica da delegação de funções públicas, da instituição de margens de tolerância administrativa e do tratamento assimétrico dos administrados. A pesquisa conclui que a estruturação de uma abordagem responsiva é juridicamente viável, mas encontra limites formais, especialmente referentes ao asseguramento da segurança jurídica dos administrados, à hierarquia normativa, aos mecanismos de participação social do processo normativo das agências reguladora, bem como materiais, decorrentes do conteúdo do regime jurídico-administrativo. Assim, ao oferecer critérios para a legalidade desses instrumentos, o trabalho contribui para solidificar os limites legais à estruturação da regulação responsiva, visando fornecer segurança jurídica à matéria na prática.

Palavras-chave: regulação responsiva; legalidade; direito administrativo sancionador.

ABSTRACT

This dissertation investigates the compatibility between the administrative instruments that operationalize responsive regulation and the principle of legality within the framework of Brazilian regulatory agencies. To this end, the hypothetical-deductive method is employed, under the initial conjecture — to be falsified or confirmed throughout the course of the research — that the current legal system allows for the structuring of a responsive regulatory approach within regulatory agencies, grounded in recent legislative reforms related to Administrative Law. Thus, in light of the increasing adoption of persuasive and negotiated strategies as alternatives to the traditional command-and-control model, the study analyzes how such practices can be implemented without violating the legal framework of Public Law. The objective of this study lies within the context in which responsive regulation, although widely examined from the perspective of behavioral economics, still lacks a robust legal grounding in the Brazilian context. The study is structured in three chapters. The first establishes the theoretical foundations of responsive regulation, presenting its core concepts and key elements. The second chapter analyzes the implementation of this approach in Brazil, focusing on the civil aviation, telecommunications, and electric energy sectors, and assessing the use of administrative instruments consistent with responsive regulation by the respective regulatory agencies. The third chapter consists in testing the initial hypothesis, evaluating the legal compatibility of the administrative instruments identified in the previous chapters with the legal-administrative regime, including doctrinal controversies such as the legal feasibility of delegating public functions, establishing administrative tolerance margins, and applying asymmetrical treatment to administrative agents. The dissertation concludes that structuring a responsive approach is legally feasible, subject to formal limits, especially regarding legal certainty, the normative hierarchy, the mechanisms of social participation in the regulatory agencies' rulemaking processes, as well as material limits derived from the content of the legal-administrative regime. By offering criteria for the legality of such instruments, this work consolidates the legal boundaries of responsive regulation and provides legal certainty for its practical application.

Keywords: responsive regulation; legality; administrative sanctioning law.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 –	Variação dos valores de multas constituídas e arrecadas pela Anatel (em R\$ milhões)	78
Figura 2 –	Pirâmide de incentivos da Anatel	94
Figura 3 –	Fluxo de atividades fiscalizatórias, serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica da Aneel	103
Figura 4 –	Modelo de fiscalização prioritária dos serviços de geração de energia elétrica da Aneel	105

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Poupança em conta corrente das administrações públicas em relação ao PIB	51
Tabela 2 – Evolução do quantitativo de procedimentos para apuração de descumprimento de obrigações instaurados e encerrados pela Anatel	77

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACI	Aviso de Condição Irregular
AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
Anac	Agência Nacional de Aviação Civil
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Ancine	Agência Nacional do Cinema
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Arsesp	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo
BRE-UK	Better Regulation Executive
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEIS	Empresas Inidôneas e Suspensas
CGU	Controladoria-Geral da União
CNEP	Cadastro Nacional de Empresas Punidas
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária
CTA	Central de Teletendimento
CVM	Comissão de Valores Imobiliários
DEF	Dispositivo Eletrônico para Fumar
Detran	Departamento Estadual de Trânsito
EAQ	Entidade Aferidora de Qualidade
ESAQ	Entidade de Suporte à Aferição da Qualidade
IAEA	Agência Internacional de Energia Atômica
ICAO	Organização da Aviação Civil Internacional
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
ISO	Organização Internacional de Normalização

LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MEI	Microempreendedor Individual
MPF	Ministério Público Federal
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PAC	Procedimento de Acompanhamento e Controle
PADO	Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações
PAS	Procedimento Administrativo Sancionador
PcD	Pessoas com Deficiência
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PND	Programa Nacional de Desestatização
PNSO	Plano Nacional de Segurança Operacional para a Aviação Civil
PSAC	Provedores de Serviços de Aviação Civil
PSO-BR	Programa Brasileiro para a Segurança Operacional da Aviação Civil
PSOE-Anac	Programa de Segurança Operacional Específico da Anac
PSSO-Anac	Plano de Supervisão da Segurança Operacional
RASA	Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas
RBAC	Regulamento Brasileiro da Aviação Civil
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SFE	Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade
SGSO	Sistemas de Gerenciamento de Segurança Operacional
SRCI	Solicitação de Reparação de Condição Irregular
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TAP	Termo de Abertura de Processo
TCU	Tribunal de Contas da União
UNHCR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
WADA	Agência Mundial de Antidoping

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
1	REGULAÇÃO RESPONSIVA	18
1.1	ACORDO SEMÂNTICO SOBRE A REGULAÇÃO	18
1.1.1	Pluralidade de objetivos regulatórios	19
1.1.1.1	<i>As falhas de mercado enquanto motivadoras da regulação</i>	20
1.2.2.2	<i>A solidariedade social enquanto motivadora da regulação</i>	22
1.1.2	Regulação externa às autoridades públicas	23
1.1.3	Elementos-chave da regulação	25
1.2	A REGULAÇÃO RESPONSIVA	28
1.2.1	A problemática do comando e controle	29
1.2.2	Uma alternativa ao sancionamento genérico: <i>tit-for-tat enforcement</i>	33
1.2.3	O <i>locus</i> da fiscalização na teoria responsiva recente	41
1.3	SÍNTESE DO CAPÍTULO I	48
2	A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA BRASILEIRA	50
2.1	O ESTADO REGULADOR SOB O COMANDO E CONTROLE	51
2.2	A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANAC	60
2.2.1	Antecedentes à regulação responsiva na ANAC	61
2.2.2	Instrumental responsivo na modificação de comportamentos	66
2.3	A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANATEL	76
2.3.1	Processo regulatório	77
2.3.1.1	<i>Identificação da necessidade de regulamentação</i>	77
2.3.1.2	<i>Consulta interna</i>	80
2.3.1.3	<i>Participação social</i>	82
2.3.1.4	<i>Revisão jurídica, deliberação e publicação</i>	84
2.3.2	Instrumental responsivo da Anatel	92
2.3.2.1	<i>Resolução Anatel n.º 746/2021</i>	92
2.3.2.2	<i>Instrumental esparso da Anatel</i>	97
2.4	A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANEEL	99
2.4.1	Fiscalização responsiva prévia à normatização	100
2.4.2	Positivação da fiscalização responsiva	107
2.5	SÍNTESE DO CAPÍTULO II	111
3	BALIZAS DE LEGALIDADE	114

3.1	ESTABELECIMENTO DE PADRÃO	116
3.1.1	Poder normativo das agências reguladoras	117
3.1.2	Autorregulação (regulada)	118
3.2	COLETA DE INFORMAÇÕES	121
3.2.1	Fiscalização assimétrica	122
3.2.2	Delegação de atos da fiscalização	126
3.3	MODIFICAÇÃO DE COMPORTAMENTOS	133
3.3.1	Sanções premiais	134
3.3.2	Margem de tolerância administrativa	138
3.3.3	Acordos substitutivos de sanção	145
3.3.4	Naming and shaming	150
3.4	SÍNTESE DO CAPÍTULO III	154
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
	REFERÊNCIAS	160

INTRODUÇÃO

A proposta central deste trabalho é investigar a estruturação de uma abordagem responsiva no âmbito das agências reguladoras brasileiras, especialmente no que concerne à compatibilidade dessa abordagem com o princípio da legalidade. Essa configuração temática não ocorre ao acaso. Desde a década de 1990, o modelo responsivo é considerado um proeminente arquétipo regulatório nos países do norte global, razão pela qual vêm crescentemente migrando dos textos acadêmicos à prática das entidades administrativas.

Em apertada síntese, a regulação responsiva consiste em um modelo regulatório que prioriza a utilização de medidas persuasivas e negociais para lograr conformidade junto aos regulados, reservando os atos propriamente sancionatórios às situações de estrita necessidade, por via de um raciocínio de progressividade da resposta regulatória ao particular. Entende-se que o mérito responsável por tornar a regulação responsiva a “menina dos olhos” de uma diversidade considerável de sistemas regulatórios consiste na sofisticação empregada pela teoria de base na análise dos incentivos que conduzem cada agente regulado à tomada de decisão, partindo de concepções advindas da economia comportamental – especialmente após a popularização da lógica de incentivos (ou *nudges*) a partir dos anos 2010.

A regulação responsiva contrasta com o modelo de comando e controle que pautou, em larga medida, a abordagem das agências reguladoras no cenário pátrio. A regulação tradicional de comando e controle, caracterizada pela imposição uniforme de sanções (geralmente pecuniárias) aos administrados, revelou limitações em termos de incentivo à conformidade voluntária. Além disso, cresceram o número de acórdãos dos órgãos de controle versando sobre a ineficiência do modelo em nível de fiscalização, controle e arrecadação. Somado a isso, a doutrina administrativista passou a conceber a flexibilização de dogmas antes inarredáveis, como a indelegabilidade do poder de polícia e a inviabilidade de negociação pela Administração. As reformas legislativas nos diplomas incidentes sobre o Direito Administrativo, assim como a tomada de decisão das gestões das agências reguladoras, despontaram no sentido de dar espaço à consensualidade administrativa.

Nesse cenário, como não poderia deixar de ser, os postulados da regulação responsiva acabaram por despertar o interesse das agências reguladoras brasileiras. Atualmente, o país se encontra em pleno processo de estruturação de abordagens responsivas em variados setores econômicos – aviação civil, telecomunicações, energia elétrica etc. –, o que se evidencia pela presença crescente de referências ao modelo responsivo em planejamentos estratégicos, planos plurianuais e metas institucionais das agências nacionais.

Além disso, já é possível observar a implantação, ainda que dispersa, de instrumentos responsivos nos campos da fiscalização e da aplicação de sanções.

Ocorre que as principais concatenações teóricas da regulação responsiva se concentraram na análise da sua efetividade para promover mudanças comportamentais dos agentes econômicos (microeconomia). Afinal, se trata de uma “teoria sobre regulação, e não sobre Direito Público”¹. Assim, a estruturação de uma abordagem responsiva no Brasil passa pelo inarredável filtro da legalidade, o que exige a edificação de fundamentos normativos sólidos para tanto. Até porque as análises acadêmicas mais numerosas quanto a experiências de operacionalização jurídica da regulação responsiva são predominantemente estrangeiras, com destaque para países de tradição *common law*, em especial a Austrália, berço da teoria de base. E é aqui que reside a problemática que se busca responder nesta dissertação.

O presente trabalho estabelece interlocução com os principais autores responsáveis, no contexto jurídico brasileiro, tanto pela consolidação conceitual da regulação responsiva quanto pelos esforços de sua compatibilização com os institutos do Direito Público e com os marcos estruturais da tradição de civil law. Embora ainda em estágio mais incipiente em comparação às experiências estrangeiras, os estudos brasileiros têm consolidado uma vertente teórica consistente e fecunda no âmbito da regulação responsiva, destacando-se, sem pretensão de exaurimento, nomes como Márcio Iorio Aranha, Juliana Bonacorsi de Palma e Alice Voronoff. Esta investigação insere-se, assim, no escopo das agendas institucionais voltadas à promoção da cultura do compliance e à incorporação de mecanismos de regulação responsiva por entes reguladores nacionais, como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), entre outros.

Cumprê sublinhar que, embora a pesquisa utilize como objeto de análise concreta as experiências das agências reguladoras e adentre as especificidades do regime jurídico dessas autarquias especiais — por terem sido o ponto de contato inicial entre os entes administrativos nacionais e a regulação responsiva —, não por isso sua concepção central quanto à adoção de mecanismos responsivos na prática deixa de ser válida para outras entidades administrativas e mesmo privadas. Seguramente ecossistemas privados ou componentes dos três Poderes também podem beneficiar-se da prática responsiva.

Nesse contexto, a atenção se volta à prática administrativa e aos limites que o ordenamento jurídico impõe à adoção de estratégias regulatórias menos ortodoxas. À primeira

¹ Essa frase, a qual sintetiza um dos nortes exploratórios da pesquisa — isto é, balizar a teoria econômica com elementos de legalidade —, é de autoria dos professores Oliveira e Segundo (2022).

vista, a flexibilidade inerente à regulação responsiva – com margens ampliadas de discricionariedade na escolha de sanções e incentivos concedidos a administrados cooperantes – poderia conflitar com a exigência de estrita vinculação da atividade administrativa às previsões legais. Afinal, pode-se questionar se um órgão regulador teria competência para, por exemplo, deixar de aplicar de imediato uma penalidade prevista em lei a um infrator e optar por um acordo de correção voluntária. Da mesma forma, surge a dúvida se a introdução de novas etapas de diálogo ou monitoramento diferenciado, não expressamente previstas na legislação setorial, feriria o princípio da legalidade ou se, ao revés, poderia acomodar-se nos espaços de discricionariedade legítima conferidos ao administrador público.

Diante dessa problemática jurídico-normativa, o presente estudo delimita seu foco na análise do balizamento jurídico dos referidos instrumentos responsivos à luz do ordenamento pátrio. Busca-se examinar como as práticas da regulação responsiva podem ser implementadas sem transgredir os limites impostos pela legalidade, identificando quais ajustes interpretativos, inovações normativas ou garantias procedimentais devem ser requeridos para se harmonizar a busca por uma maior efetividade regulatória com a segurança jurídica.

O problema subjacente a tal desafio consiste em oferecer uma resposta adequada à seguinte pergunta: há fundamentos normativos para a estruturação de uma abordagem responsiva no âmbito das agências reguladoras brasileiras? Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, sob a conjectura inicial – a ser falseada ou confirmada no decorrer da pesquisa – de que o ordenamento jurídico vigente comporta a implementação de uma abordagem de regulação responsiva no seio das agências reguladoras, com fulcro nas recentes reformas legislativas atinentes ao Direito Administrativo – Lei n.º 13.655/2018 e Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 2018b, 2019a).

Considerando que a regulação responsiva se concretiza, na prática, por meio de um instrumental administrativo diversificado — composto por mecanismos de distintas naturezas jurídicas —, a análise de sua legalidade deve ser conduzida de forma individualizada, conforme a espécie de instrumento examinada. Nessa perspectiva, a investigação acerca da variável da legalidade na regulação responsiva contemplará três eixos analíticos para cada instrumento: Primeiramente, será avaliada a viabilidade jurídica de sua adoção na prática administrativa, ou seja, se o ordenamento vigente e sua base axiológica vedam ou desaconselham a utilização desse tipo de instrumento no contexto regulatório nacional. Em um segundo momento, caso superada essa etapa, buscar-se-á identificar o ato jurídico apto à sua implementação — seja ele normativo legal, infralegal ou mesmo não normativo. Por fim,

pretende-se delimitar o conjunto de normas que disciplinam e conferem contornos à aplicação desse instrumento administrativo.

Com isso, a dissertação percorrerá o trajeto apresentado a seguir.

Na seção 1 serão apresentados os fundamentos teóricos da regulação responsiva, começando por estabelecer um consenso semântico sobre os principais termos, métodos e objetivos próprios da disciplina regulatória. Em seguida, a apresentação do arquétipo responsivo será aprofundada, tratando-se sobre seus fundamentos e lógicas operacionais, e explorando seus desenvolvimentos mais recentes, enriquecidos por conceitos oriundos da regulação inteligente, da regulação baseada em riscos e da regulação verdadeiramente responsiva.

A seção 2 tratará sobre o Estado regulador brasileiro desde a sua inauguração por ocasião do plano de reforma do aparelho estatal, visando compreender o cenário social e os objetivos institucionais que moldaram o arquétipo das agências reguladoras pátrias e suas práticas regulatórias. Após isso, será analisada uma seleção de experiências recentes de implantação da regulação responsiva por agências reguladoras federais – Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) –, com vistas a compreender as nuances da operacionalização dessa estratégia regulatória no Brasil e os meios jurídicos pelos quais foram levadas a cabo as alterações no modo de regular, além dos pontos nebulosos que cercaram o processo de estruturação das abordagens em algumas dessas agências. Com isso, busca-se subsidiar de concretude o arquétipo teórico proposto na seção anterior, compreendendo quais categorias de instrumentos administrativos adequam-se às necessidades setoriais nacionais. Trata-se, em verdade, de um mapeamento empírico da introdução da regulação responsiva no Brasil, tendo na legalidade a sua variável de destaque.

Com base nos instrumentos regulatórios inferidos dos dois capítulos iniciais, que materializarão a abordagem responsiva como objeto de análise na seção final desta pesquisa, a seção 3 procederá ao falseamento científico da hipótese inicial por meio da análise da legalidade de cada gênero de instrumentos regulatórios responsivo, individualmente considerado, buscando, se possível, delimitar os contornos normativos dessa abordagem à luz do ordenamento jurídico brasileiro, na forma delineada acima, sem olvidar dos debates doutrinários que permeiam parte da matéria, como os limites da consensualidade administrativa, a (in)viabilidade de criação de margem de tolerância administrativa, a (in)delegabilidade de funções públicas etc.

A categorização da regulação responsiva em diferentes espécies de instrumentos regulatórios será construída com base no arcabouço teórico apresentado na primeira seção e nas experiências práticas analisadas na seção seguinte, especialmente nos casos da ANAC, ANATEL e ANEEL. A partir dessa sistematização, (i) em um primeiro momento, será examinada a compatibilidade jurídica de cada instrumento com a legislação vigente, considerando seus fundamentos normativos e axiológicos; (ii) superada essa análise, serão propostos critérios jurídicos que orientem a adoção de estratégias responsivas pelas agências reguladoras, com vistas à sua aplicação legítima e eficiente no contexto institucional brasileiro; (iii) por fim, buscar-se-á compreender em que medida é possível compatibilizar essa abordagem regulatória — inspirada na microeconomia e historicamente dissociada das balizas do ordenamento jurídico nacional — com o regime jurídico de Direito Público e, em particular, com o paradigma da legalidade administrativa.

1 REGULAÇÃO RESPONSIVA

A presente seção dedica-se à exposição dos fundamentos teóricos da regulação responsiva. Parte-se, inicialmente, da delimitação conceitual dos principais termos, elementos e objetivos característicos da disciplina regulatória, a fim de estabelecer um campo semântico comum. Na sequência, procede-se à apresentação da regulação responsiva, com destaque para seus pressupostos estruturantes e lógicas operacionais, bem como para suas construções teóricas mais recentes, com aportes teóricos de outras abordagens regulatórias, com vistas a empreender uma delimitação conceitual dos mecanismos que compõem essa regulação responsiva.

1.1 Acordo semântico sobre a regulação

O intuito desta subseção é, antes de tudo, introduzir o leitor à regulação, assentando determinadas conceituações – por que se regula, o que se regula, como se regula – que serão utilizadas no decorrer do trabalho. Uma vez esclarecidos esses conceitos basilares, procede-se à elaboração da regulação responsiva enquanto arcabouço teórico, para, no próximo capítulo, apresentá-la a título de nova prática regulatória das agências reguladoras brasileiras.

O esforço preliminar de delimitação conceitual da regulação advém da considerável abertura semântica da disciplina regulatória. Afinal, não são poucos os objetos suscetíveis à regulação, conforme se depreende tanto da variedade de disciplinas que empregam o conceito² quanto da polissemia decorrente das experiências recentes de espraiamento da regulação no Estado Social – as chamadas ondas regulatórias³. Logo, a importação dos conceitos da teoria regulatória desenvolvida em âmbito estrangeiro implica a necessidade de compatibilização dos seus elementos ao regime jurídico de Direito Público ao qual o ordenamento jurídico brasileiro é submetido.

² Além dos campos da Economia e do Direito, “o termo ‘regulação’ é utilizado na Biologia desde o final do século XIX, a partir de trabalhos de embriologistas [...]. Ainda, é a partir do conceito de economia animal, apresentado no século XVII, que os fisiologistas introduziram o vocábulo regulador na Biologia” (Oliveira, 2014, p. 1200).

³ Enquanto a primeira onda de regulação é caracterizada como a intervenção estatal destinada unicamente a suprir as deficiências e insuficiências do mercado privado – ou seja, exclusivamente econômica, com vistas a garantir o direito concorrencial –, a segunda é identificada com a “regulação social”. Isso diz respeito à realização de fins de natureza sociopolítica, não se restringindo a preocupações meramente econômicas, pois constatou-se que o mercado, ainda que em seu adequado funcionamento, poderia não conduzir à realização de fins de interesse geral. Nessa onda, inserem-se a garantia de valores políticos, culturais e sociais, como o direito das minorias (Justen Filho, 2012, p. 658-660).

Considerando-se que a tônica do trabalho é voltada ao balizamento de legalidade do instrumental regulatório que, não raro, tem gênese conceitual em sistemas jurídicos anglo-americanos, mesmo com as recentes intersecções entre os regimes e institutos jurídicos de *common law* e *civil law*, é mister segmentar quais técnicas regulatórias se enquadram no debate proposto, quais instrumentais localizam-se em terreno jurídico incerto – a merecerem análise pormenorizada de compatibilidade com o regime jurídico-administrativo – e quais são aquelas que, sem sombra de dúvidas, se encontram fora da lógica operacional do Direito Público. Sendo assim, a definição de regulação, a qual é defendida neste trabalho, é ampla e visa garantir que nela se contemplem tanto a regulação externa às autoridades públicas⁴ quanto a pluralidade de objetivos regulatórios⁵ – fatores a serem aprofundados mais adiante.

Nesse sentido, o professor Black⁶ propõe que a regulação é “[...] a tentativa sustentada e focada de alterar o comportamento de outros de acordo com padrões ou propósitos definidos com a intenção de produzir resultados identificados externamente” (Baldwin; Cave; Lodge, 1999, p. 20), envolvendo mecanismos de definição de padrões, coleta de informações e modificação de comportamento.

A partir disso, analisemos a seguir mais detalhadamente tal conceituação.

1.1.1 Pluralidade de objetivos regulatórios

Antes de efetivamente adentrar as técnicas que materializam a regulação na prática, é indispensável enunciar a orientação finalística desse instrumental, em decorrência da simples aceção lógica segundo a qual se elencam, de início, os objetivos pretendidos para, somente então, se inventariar os atos de persecução otimizada à meta originalmente proposta. Tendo isso em mente, a seguir, será delineado o que, de fato, se busca com a regulação.

⁴ Diversamente da definição anunciada por Selznick (1985, p. 363), segundo o qual a regulação é “[...] o controle sustentado e focado exercido por uma autoridade pública sobre atividades valorizadas pela comunidade”, o fenômeno regulatório pode, inclusive, “[...] promover a governança do mercado privado por meio de delegações de funções regulatórias” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 4, tradução minha).

⁵ “The need for regulation to be open to its environment [...] there is no single set of values which can be imposed by regulators on the regulated; rather, what we will want will depend on the context of the regulation and the particular values which we may wish to promote in that particular situation [...] I am suggesting here that sensitivity to the environment can be combined with the selection of fundamental regulatory values whose appropriateness will each depend on the situation in question. After all, environments are notoriously tricky conceptual tools; there are many different aspects of any environment and inevitably we shall have to perform a process of selection of what is relevant from them” (Prosser, 2006, p. 370).

⁶ “Regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing abradely identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification” (Baldwin; Cave; Lodge, 1999, p. 20).

O âmbito regulatório lastreia a sua prática na contraposição entre ser e dever ser. A princípio, a regulação emerge do ser, isto é, da constatação de aspectos materialmente lesivos ao tecido social que merecem correção ou aprimoramento. Costuma-se argumentar que as problemáticas do meio social são a razão de fundo pela qual se opta por regular enquanto política de Estado. Assim, os objetivos regulatórios – ou o que se busca por via da adoção da regulação – são diretamente ligados às disfuncionalidades práticas; antes de proativa, a atividade regulatória é “responsiva”, ou seja, surge da necessidade de correção de algum aspecto da realidade.

Por essa razão, Aranha (2024, p. 38) conceitua que a regulação é uma “[...] força de coerência sistêmica – de resgate da ordem – quando as contradições internas em determinado sistema social revelam uma disfuncionalidade”. Então, as disfuncionalidades identificadas pelos autores da temática são, em maior ou menor grau, divididas entre duas categorias principais: de um lado, argumenta-se que a atividade regulatória norteia-se com vistas a corrigir falhas de mercado; de outro, sugere-se que a bússola da disciplina regulatória consiste no avanço da solidariedade social e na garantia de direitos fundamentais.

1.1.1.1 As falhas de mercado enquanto motivadoras da regulação

Em que pese as problemáticas que motivam o agir regulatório digam respeito a uma variedade considerável de causas e setores, o contexto dado pelo advento da sociedade de mercado⁷ – ou mercado de Direito⁸ – atrai em larga medida a incidência da intervenção estatal sobre as chamadas falhas de mercado. Nesses casos, a regulação se justifica à medida que o livre mercado (não controlado) não logra produzir comportamentos ou resultados convergentes com o interesse público (Baldwin; Cave; Lodge, 1999).

São numerosos os exemplos dessa vertente de disfuncionalidade que atrai o agir estatal. Em circunstâncias de deficiência na competição, a dar azo à criação de monopólios,

⁷ “I give the name market society to this new kind of social order that arises when a society is organized around the activities of economic exchange. The culture of such a society has a particular physiognomy that is not entirely unfamiliar. It is, as we all know, a society of relativist values. It is a society increasingly regulated, on the work side, as a deadening prison of measured time by the industrial form of production and, on the leisure side, as an onanistic fantasia of unsatisfied desires in consumption” (Cooper, 2004, p. 8).

⁸ “O mercado existe como instituição protegida nos dias de hoje desde que referido por elementos constitutivos básicos, entre eles, a concepção de se afigurar como espaço regrado de atores econômicos em igualdade de condições. O mercado é um bem jurídico a ser protegido porque decorre do direito à igualdade, mas o inverso – o de se proteger a igualdade em virtude do mercado – não é verdadeiro. O original dessa relação repousa no lado do direito à igualdade enquanto declaração constitucional inaugural da vida política em um Estado de Direito. Nessa relação, o mercado é um produto derivado do direito, ou seja, é um mercado de direito” (Aranha, 2024, p. 7).

ou mesmo formação de cartéis e implantação de margens de lucro predatórias, o Estado atua por intermédio da regulação da concorrência – representado, em âmbito pátrio, pela atividade exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Nos casos em que as falhas de mercado induzirem os agentes econômicos a deixarem de transmitir informações de modo satisfatório aos consumidores acerca de seus produtos, a regulamentação estatal pode tornar a informação mais amplamente acessível, precisa e efetiva – como é o caso do estabelecimento da rotulagem nutricional obrigatória pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por exemplo⁹.

Do mesmo modo, diante da realidade de setores e comunidades em situações de escassez de mercado, sem os desejáveis níveis de continuidade e disponibilidade de determinados serviços, nada impede que o Estado regulador incentive¹⁰ os agentes econômicos, por intermédio de instrumentos regulatórios, a oferecer continuamente os bens e serviços que considerar essenciais¹¹.

Portanto, usualmente, a carga significativa do termo “regulação” advém da sua associação ao adjetivo “econômica”. Aliás, a regulação aludida pela Constituição da República Federativa do Brasil¹² e pela legislação vigente é, via de regra, uma regulação da economia. Igual como se infere, a título demonstrativo, da promulgação da Lei n.º 13.874/2019, que estabeleceu normas de proteção ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente regulador¹³, com vistas a

⁹ A Anvisa, por intermédio de resolução, aprovou o Regulamento Técnico sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos Embalados no Brasil, tornando obrigatória a rotulagem nutricional, devendo ser declarados expressamente no rótulo os nutrientes constantes na norma administrativa – valor energético, carboidratos, proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e sódio –, a fim de alertar os consumidores quanto ao elevado conteúdo de um determinado nutriente (Brasil, 2003).

¹⁰ A concepção de “incentivos”, na seara regulatória, abrange modulações de comportamento positivas e negativas, assemelhando-se ao *nudge* predicado pelos autores Thaler e Sunstein (2008), pois não se consubstancia, necessariamente, em punição ou prêmio direto, mas em alterações no ambiente de escolha que tornam o comportamento indesejado menos atraente ou mais difícil, sem restringir diretamente as opções disponíveis ao agente. Trata-se, portanto, de um “[...] estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de *nudge*. Simplesmente proibir a *junk food*, não” (Thaler; Sunstein, 2008, p. 6).

¹¹ “Onde a demanda é cíclica (por exemplo, como no transporte aéreo de passageiros para uma ilha de férias), o desperdício pode ocorrer à medida que as empresas passam pelos processos de fechamento e reabertura de operações. A regulamentação pode ser usada para sustentar serviços em períodos de baixa – por exemplo, estabelecendo preços mínimos em níveis que permitam cobrir custos fixos em períodos de escassez. Isso seria justificado quando os custos extras impostos aos consumidores pelas regras de preços fossem menores do que aqueles causados pelos processos de fechamento e abertura de serviços em resposta ao ciclo de negócios” (Baldwin; Cave; Lodge, 1999, p. 19).

¹² O art. 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988, atribui ao Estado o exercício das funções de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, na forma da legislação vigente (Brasil, 1988).

¹³ “Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como

salvaguardar a livre concorrência¹⁴ (Brasil, 2019b), bem como do marco das agências reguladoras¹⁵ (Brasil, 2019a). Por essas razões, Sundfeld (2014, p. 98) argumenta que há uma imediata vinculação da regulação “[...] aos debates fundamentais da teoria econômica, especialmente os relativos à liberdade econômica, ao poder econômico e à eficiência econômica”.

1.1.1.2 A solidariedade social enquanto motivadora da regulação

Por outro lado, parte da doutrina não atribui às falhas de mercado a integridade dos objetivos regulatórios, buscando extrapolar a análise meramente concorrencial para justificar o maior alcance da regulação em determinadas situações externas à otimização do livre mercado. O argumento apresentado por Prosser (2006) sugere que a identificação da finalidade da regulação com a mera remediação de imperfeições concorrenciais a remete a um papel de segunda opção (*second-best*) se comparada à alocação de mercado (*first-choice*), minorando a legitimidade da função regulatória tão somente a um corretivo técnico das falhas do mercado.

Nessa toada, o autor indica a relevância de duas outras razões de fundo para o esforço regulatório: (i) a proteção dos direitos humanos – ou *fundamentais*, em terminologia mais adequada ao ordenamento pátrio – e (ii) o avanço da solidariedade social, a fim de atribuir à regulação uma função de primeira ordem (*first-choice*), tocante à organização social. Segundo Prosser, a valia, que deriva do reconhecimento da diversidade de razões de fundo que impulsionam a regulação, é, essencialmente, a adaptabilidade – ou pluralidade – da resposta regulatória a depender do contexto. Nesse sentido, segundo o autor,

A resposta (regulatória) dependerá de quais valores desejamos promover em um ambiente regulatório específico. Assim, onde a competição é viável e onde estamos predominantemente interessados em maximizar a eficiência e, especialmente, a escolha do consumidor, provavelmente adotaremos uma versão de regulação que se

agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal” (Brasil, 2019b).

¹⁴ “Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento à previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado” (Brasil, 2019b).

¹⁵ Em que pese não seja adstrito a considerações afetas à liberdade concorrencial, haja vista o zelo legislativo pela defesa do consumidor e do meio ambiente – ou mesmo a participação popular nas decisões administrativas –, o marco das agências reguladoras possui notável atenção pela defesa da concorrência nos variados setores, dedicando um capítulo da legislação a esse fim.

preocupa apenas com a falha do mercado. Esta regulação estará especialmente preocupada com o abuso de uma posição dominante. [...] Por outro lado, onde direitos estão em questão ou preocupações de solidariedade social sobre acesso igualitário a serviços essenciais em termos geográficos ou sociais predominam, então uma abordagem diferente para a regulação será mais apropriada; saúde e educação forneceriam exemplos frutíferos onde padrões iguais de serviço e fornecimento garantido são necessários (Prosser, 2006, p. 383).

Essa perspectiva, que também identifica nas violações a direitos fundamentais uma razão de ser da regulação, é plenamente compatível com a sistemática de vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionalmente salvaguardados, quer na forma do art. 37 da Constituição Federal, quer em um sentido mais amplo – posto que, se tratando de direitos fundamentais de defesa, prevalece a aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia, eis que dispõem de suficiente normatividade independentemente da concretização legislativa (Sarlet, 2003).

Essa espécie de racionalidade converge com o ordenamento jurídico pátrio, haja vista que as agências reguladoras, assim como o restante da Administração, submissa à normatividade constitucional – sem olvidar do rol de direitos fundamentais inserto na Magna Carta –, hão de conciliar a supremacia do interesse público com os interesses privados, às vezes contraditórios, “[...] garantindo a máxima realização possível de ambos, com a maior realização dos direitos fundamentais e a menor ingerência da atuação estatal” (Wacheleski, 2016, p. 227).

Aliás, o pressuposto do Estado regulador é “[...] a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais” (Aranha, 2024, p. 11), quer sejam prestações de serviços públicos ou de serviços privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação.

1.1.2 Regulação externa às autoridades públicas

Tendo em vista a necessidade de salvaguardar os valores elencados acima, o Estado efetua opções regulatórias para atingir o padrão desejado de mundo. Acontece que, em parte das situações, há também a opção sobre quais sujeitos exercerão o *munus* regulatório na ponta da lança.

O ordenamento jurídico brasileiro, a teor do art. 175 da Constituição da República, comporta a livre deliberação a respeito da estrutura de mercado pelo ente federativo respectivo (Brasil, 1988). Assim, são “[...] juridicamente viáveis tanto a opção pela exploração monopolista, estatal (uma empresa estatal como única prestadora do serviço) ou

privada (via concessão com direito à exclusividade na exploração), como a preferência por uma exploração concorrencial” (Sundfeld, 2014, p. 102).

Embora costume-se atribuir a faceta normativa da regulação tão somente ao ente público, as possibilidades de incorporação de entidades privadas à regulação são diversificadas em âmbito nacional. Além das associações privadas, das quais se destacam, especialmente, as associações da indústria que exercem autorregulação ou *enforced self regulation*¹⁶ no respectivo setor, também se conta com o terceiro setor, organizações não governamentais, sindicatos, entes privados em exercício de função pública delegada e com os próprios agentes econômicos para fins de monitoramento setorial.

A nível externo, especialmente a partir da emergência de um Direito Administrativo global e do subjacente aumento no alcance e nas formas de regulação transnacional (Kingsbury; Krisch; Stewart, 2005), é possível apontar o exercício da função regulatória – consistente, no mais das vezes, no estabelecimento de normas técnicas e padrões de qualidade internacionais – tanto pelas tradicionais organizações intergovernamentais formalmente constituídas¹⁷ quanto por redes de cooperação transnacional sem estruturação vinculativa¹⁸ e instituições privadas com funções regulatórias¹⁹.

Apesar, disso, no âmbito brasileiro a regulação externa às autoridades públicas relaciona-se em larga medida com procedimentos de fiscalização, certificação e apoio ao poder de polícia – similar à regulação em rede recomendada por Braithwaite (2006)²⁰. Conforme bem apontado por Câmara (2021) em pesquisa voltada à participação privada em

¹⁶ Sob um modelo de *enforced self-regulation*, o governo compeliaria as empresas a escrever um conjunto de regras sob medida para as contingências únicas enfrentadas por elas, ou ratificaria regras pré-existentis elaboradas por associações da indústria. Ao invés de inspeções governamentais para fiscalizar essas regras, a maior parte dos deveres de *enforcement* e custos seriam internalizados pelas próprias empresas, cada qual com seu próprio grupo de inspeção independente. A função primária do Estado, ao menos no caso das grandes empresas, seria a de assegurar a independência desse grupo interno de *compliance*” (Ayres; Braithwaite, 1992).

¹⁷ A exemplo do Banco Mundial, da Agência Internacional de Energia Atômica (IAEA), do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (UNHCR), da Organização Mundial da Saúde (OMS), da Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), entre tantos outros.

¹⁸ Por exemplo, o Comitê de Basileia reúne os chefes de vários bancos centrais, fora de qualquer estrutura de tratado, visando estabelecer padrões de qualidade internacionais e aprimorar as práticas da supervisão bancária. Os acordos não são legalmente vinculativos, mas possuem considerável deferência pelos bancos centrais (Kingsbury; Krisch; Stewart, 2005).

¹⁹ Como se pode inferir da prática de Organizações Não Governamentais, como a Organização Internacional de Normalização (ISO), e de entidades regulatórias privadas, como a Agência Mundial de Antidoping (WADA).

²⁰ Trata-se de uma estratégia desenvolvida por Braithwaite (2006), como endereçamento às críticas que acusavam a regulação responsiva de limitar-se a contextos de economias desenvolvidas, no intuito de moldar a teoria responsiva à realidade – e aos déficits de “capacidades institucionais” – dos países em desenvolvimento. Em suma, trabalha-se com duas subestratégias: (i) escalonamento em rede, fundado na perspectiva de que “atores fracos podem tornar-se mais fortes quando em rede com outros atores fracos”, e (ii) ações *qui tam*, consistentes no estabelecimento de uma estratégia de “caça de recompensas”, por via da institucionalização da figura do *whistleblower* em torno dos pontos mais deficitários em termos de capacidade fiscalizatória da economia/setor regulado em questão.

funções de autoridade pública, exemplo disso são as empresas operadoras de radares de trânsito²¹, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)²² e as serventias extrajudiciais²³.

Nesse sentido, a jurisprudência das Cortes Superiores vem chancelando a delegação de atos de fiscalização e certos atos de apoio ao poder de polícia (Brasil, 2009b), e mesmo a delegação do poder de polícia administrativa por intermédio da lei (Brasil, 2020d). Neste último caso, apenas a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta, de capital social majoritariamente público, que prestem serviço exclusivamente público, de atuação própria do Estado, em regime não concorrencial.

1.1.4 Elementos-chave da regulação

O estabelecimento de elementos-chave da regulação visa permear a presente pesquisa com categorias delimitadas de instrumentos regulatórios. A despeito da finalidade a qual se atribui, a regulação estatal – enquanto sistema de controle defrontado com problemática aferida no mundo da vida que se busca mitigar – lança mão de três componentes básicos: “o estabelecimento de um padrão; coleta de informações; e modificação de comportamento” (Lodge; Wegrich, 2006, p. 17-31).

Cumprе salientar que a classificação não é estanque em qualquer situação, posto que mesmo o estabelecimento de um padrão e a coleta de informações possuem o potencial de modificar comportamentos – trata-se de uma divisão conceitual, a fim de melhor agrupar mecanismos congêneres ou afetos a similar momento regulatório²⁴.

O estabelecimento de um padrão guarda íntima relação com o estado desejado de mundo (*dever-ser*) e pode, no mais das vezes, ser identificado como o processo normativo das

²¹ “Os ‘pardais’ não aplicam multas, apenas fornecem elementos fáticos para que o Detran lavre o auto e imponha sanções quando comprovadas as infrações” (Brasil, 2006).

²² “A ABNT, ao exigir direitos autorais pelo uso das normas técnicas, atua no âmbito do serviço público federal de metrologia, normalização e qualidade industrial, função tipicamente estatal, e, assim, age por delegação do poder público. [...] Não se pode negar o uso das normas técnicas àqueles que se proponham à sua produção e comercialização industrial. Do mesmo modo, deve ser garantida a liberdade de acesso às informações, a fim de difundir e estimular o conhecimento da normalização à toda coletividade” (Brasil, 2018d).

²³ “Com efeito, esses precedentes indicam que o Supremo Tribunal Federal, nos casos de exercício de função de autoridade pública notarial e registral delegada a particulares, entende que: a) é possível o exercício de poder de polícia por agentes que não ostentam vínculo estatutário com o Estado; b) o Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes delegados; c) a relação entre os usuários e as serventias extrajudiciais é regida por normas de direito público. Ante os poucos precedentes do Supremo tratando de outras hipóteses de exercício de funções de autoridade pública por particulares, não é possível afirmar que essas premissas seriam adotadas para outros casos que não os de serventias extrajudiciais” (Câmara, 2021, p. 90).

²⁴ Ressalva-se, portanto, que a categorização possui sentido diverso da tríade de bases da risk regulation elencada por Hood, Rothstein e Baldwin (2001) na sua obra intitulada *Government of Risk*.

agências reguladoras. Considerados os recentes avanços dos mecanismos de participação do cidadão no processo de tomada de decisão estatal²⁵, isto é, a análise de impacto regulatório – Decreto n.º 10.411/2020 –, a consulta pública – art. 9º, da Lei Geral das Agências Reguladoras; art. 31, da Lei de Processo Administrativo Federal; art. 26 e 29, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) –, a audiência pública – art. 10, da Lei Geral das Agências Reguladoras; art. 32, da Lei de Processo Administrativo Federal – e a resposta às consultas – art. 30, da LINDB –, além dos demais mecanismos setoriais específicos, o debate acerca do padrão a ser estabelecido pelo regulador – ou o *dever-ser* – é essencialmente vinculado à oitiva democrática (Brasil, 1942, 1999a, 2019a, 2020b).

Ainda que os procedimentos de oitiva aos particulares sejam geralmente apenas informadores da decisão administrativa – que pode, se atendendo ao interesse público, divergir da opinião da maioria constituída –, a agência reguladora deve necessariamente posicionar-se a respeito das contribuições dos particulares. No mínimo, as críticas e sugestões serão levadas em consideração, na forma do art. 9º, § 5º, da Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 2019a). Apesar disso, é viável a formação de uma espécie de consenso social em torno das matérias em debate.

Exemplo disso é o processo de regulamentação n.º 25351.911221/2019-74 da Anvisa, cujo objeto foi a regulação sobre os Dispositivos Eletrônicos para Fumar (DEF). Inaugurado pelo Termo de Abertura de Processo Administrativo de Regulação (TAP) n.º 22, o referido processo regulatório contemplou tanto em um plano de participação social, com audiências públicas ocorridas em Brasília e no Rio de Janeiro, quanto em um procedimento de validação científica, por via de pareceres externos e independentes.

Assim, a avaliação dos regimes regulatórios, no que se refere ao estabelecimento de padrões, perpassa, além da qualidade do padrão estabelecido - consistente em um sutil balanceamento entre a qualidade mínima que se busca de determinado setor e os custos de implantação do padrão²⁶ - pela qualidade do processo de estabelecimento do padrão, isto é, o

²⁵ Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa, e a maior proximidade entre Estado e sociedade e, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se, nisso, o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “[...] formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas” (Medauar, 2003, p. 210), que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público, no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e, de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados.

²⁶ “Concordar com a segurança nas viagens aéreas pode parecer algo simples, mas quando chegamos às especificações de tal objetivo as controvérsias começam. Aumentamos a segurança dos voos exigindo que todos os passageiros se submetam a uma revista pessoal invasiva (pecando, assim, pelo excesso de cuidado) ou concentrando todos os recursos nos alvos-chave (desse modo, possivelmente, negligenciando fontes de risco

atributo de legitimidade da tomada de decisão regulatória (Lodge; Wegrich, 2006). Conforme foi salientado anteriormente, isso não significa que todos os envolvidos – ou mesmo a sua maioria – precisam concordar com a decisão, até mesmo porque a oitiva setorial e geral geralmente não vincula a decisão administrativa, mas a competência e o procedimento de quem estabelece o padrão devem ser consideradas legítimas.

O segundo componente-chave da regulação, a coleta de informações, não é menos fundamental ao regime regulatório, ao passo que representa os esforços de monitoramento do “estado do mundo” (ser), sendo usualmente identificado como o processo fiscalizatório das agências reguladoras. Aliás, convém anotar que a especial ênfase sobre esse componente regulatório tem se tornado uma característica da regulação “à brasileira”, especialmente no que diz respeito à teoria de regulação responsiva (Palma, 2023), consoante se verá mais adiante.

Conforme salientado por Lodge e Wegrich (2006), pelo menos três debates parecem inevitáveis ao se tratar da coleta de informações: (i) a discussão a respeito de “quem” colhe a informação; (ii) o debate em relação à intensidade do processo de coleta de informação – frequência e quantidade –; e (iii) os custos incorridos e quem deve arcar com eles. Permeando essas discussões, surgem, também, questionamentos relacionados à confiabilidade, robustez e tempestividade da informação que orientará o regime regulatório.

Por fim, a modificação dos comportamentos, terceiro componente-chave da regulação, consiste no empreendimento de esforços regulatórios para aproximar-se do padrão inicialmente estabelecido, com base nas informações coletadas por ocasião da fiscalização ou monitoramento – em outras palavras, busca abordar qualquer discrepância entre o “estado desejado do mundo” e o “estado real” do mundo diagnosticado (Lodge; Wegrich, 2006).

Os meios pelos quais se intenta modificar a prática dos entes regulados são diversos e comportam uma verdadeira infinidade de instrumentos²⁷, pois são adaptáveis a depender do setor, contexto regulatório e ordenamento em questão, variando entre medidas persuasivas e dissuasivas, de âmbito econômico, reputacional, social, e assim por diante.

A segmentação dos instrumentos regulatórios em categorias de atributos similares importa ao presente trabalho na medida em que, ao fim, pretende-se conferir balizas de

inesperadas)? Cabe discutir se os padrões conseguem atingir os resultados desejados, pois as relações de causa e efeito podem ser incertas. O problema geral subjacente a esse conflito em torno de padrões é que a finalidade da regulação (que é evitar o monopólio, equilibrar as assimetrias de informação e proteger padrões sociais) implica custos, seja para a indústria regulada ou para o contribuinte em geral” (Lodge; Wegrich, 2006, p. 24).

²⁷ A nível de intervenção estatal, eles podem se manifestar por meio dos poderes e ações com objetivos diretamente econômicos – o controle de preços e tarifas, o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica – ou, ainda, por outros, com justificativas diversas, mas que refletem questões igualmente econômicas – medidas ambientais, urbanísticas etc. (Sundfeld, 2014).

legalidade a esses mesmos mecanismos. É por meio dos instrumentos regulatórios, ponto de contato mais notável entre regulador e regulado, que o regulador materializa o seu esforço administrativo no setor regulado. Assim, os instrumentos regulatórios consistem, cada qual, nos átomos que, considerados em conjunto, constituirão a estratégia regulatória de cada setor – a serem agrupados, dispensados e potencializados a depender da sua sinergia e coerência, conformando, assim, um modelo regulatório.

A classificação ora esboçada parte da premissa de que algumas características do instrumental regulatório, individualmente considerado, importam em um regime jurídico similar. Por exemplo, a consulta e a audiência públicas, realizadas para subsidiar a decisão administrativa que regulamenta o padrão qualitativo de determinado produto em dado setor, agrupadas enquanto “mecanismos dialógicos” entre regulador e regulado, ou mesmo pelo momento da cadeia regulatória em que tomam forma – durante o procedimento de estabelecimento de um padrão –, regulam-se por bases normativas bastante similares.

Embora não se negligencie as sofisticadas classificações de instrumentos regulatórios, usualmente empregadas na doutrina, quer por intermédio da função de controle que exercem – comando, competição, consenso, comunicação e arquitetura (Morgan; Morgan, 2007) –, quer por via da forma de regulação – autorregulação, metarregulação e heterorregulação (Aranha, 2024) –, utilizar-se-á a distinção orientada pelo ponto que os instrumentos ocupam na cadeia regulatória para agregar e diferenciar grupos em sede de análise de legalidade, distinguindo-se mecanismos relacionados: (i) ao estabelecimento de normatividade administrativa (anteriores à edição da norma); (ii) à fiscalização (posterior à edição da regulamentação administrativa e anterior à constatação de desconformidade regulatória); e (iii) à repressão ao ilícito (posterior à verificação de comportamento desconforme pelo agente).

Uma vez assentados os pressupostos atinentes aos instrumentos regulatórios e procedida a diferenciação destes em relação às teorias de regulação – as quais visam o ajuste fino entre as técnicas/estratégias regulatórias e modalidade/mecanismo regulatório –, pode-se partir para a análise da teoria da regulação que figura como teoria de fundo deste trabalho: a regulação responsiva.

1.2 A REGULAÇÃO RESPONSIVA

A regulação responsiva, inicialmente concebida sob a forma de teoria, é uma abordagem regulatória que visa otimizar a atuação do regulador sobre a esfera motivacional

dos agentes econômicos, por intermédio de incentivos e desincentivos, para lograr maior conformidade legal e regulamentar nos setores regulados.

Sem pender excessivamente a qualquer um dos “lados” no debate regulatório ocorrido à época da sua formulação – a clássica contenda entre desregulação e maior intervenção estatal –, por compreender que ambos representavam significativas disfuncionalidades, Ayres e Braithwaite (1992) propuseram uma teoria que abarcasse, na maior medida do possível, as vantagens comparativas de cada modelo regulatório.

Por um lado, a teoria da regulação responsiva preza pelo voluntarismo e autoconformidade dos agentes econômicos. Isto é, a relação de custo-benefício é otimizada se os regulados atingirem o padrão desejado pelo regulador sem o empreendimento de dispendiosos esforços por parte deste. Aliás, “a punição é cara; a persuasão é barata. Uma estratégia baseada principalmente em punição desperdiça recursos em litígios que seriam mais bem gastos no monitoramento e persuasão” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 19-20).

Por outro lado, se tratando de agentes que não atingiram voluntariamente o patamar regulatório desejável, nem mesmo após tentativas de persuasão do regulador, a teoria da regulação responsiva não se opõe ao enrijecimento da resposta do regulador – mais do que isso, o recomenda – com vistas a lograr conformidade legal e regulamentar. Assim, a abordagem responsiva utiliza-se da lógica de “progressividade sancionatória” como mecanismo de funcionamento.

No cerne, um sistema responsivo responde à maior parte das interações regulatórias com o instrumental administrativo menos intrusivo, enquanto reserva os procedimentos de maior potencial ofensivo aos infratores contumazes ou agentes não colaborativos. A persuasão figura como regra, enquanto a dissuasão, exceção.

A seguir, adentremos ao âmbito teórico da regulação responsiva, a fim de subsidiar o debate seguinte a respeito da sua implementação prática, sem pretensões de esgotar as explicações intermediárias a seu respeito, cuja temática foi objeto de sofisticções diversas desde os anos 1990.

1.2.1 A problemática do comando e controle

A subsunção da norma ao fato não é um fim em si mesmo, pois se presta a atingir determinado interesse de cunho social. Seja fundamentada na salvaguarda de direitos fundamentais, seja balizada no asseguramento da competitividade de mercado, a norma

proibitiva expedida pelo ente regulatório consubstancia limite às condutas potencialmente lesivas ao padrão de qualidade que se busca em determinado setor.

Ao tratar-se de instrumentos de sanção administrativa em sede de atividade regulatória, algumas das finalidades cumpridas pela cominação de penas a determinadas condutas remetem a concepções fundantes do direito penal, como a prevenção geral da pena – também presente como plano de fundo do Direito Administrativo sancionador.

Em termos generalizantes, a consequência negativa característica da sanção busca demover os agentes regulados rumo a uma posição de maior conformidade relativamente às disposições legais. Segundo o raciocínio clássico da operação do Direito, o peso financeiro ou reputacional da sanção negativa, por coerção, desestimula os regulados a violar as normas setoriais.

Nos termos assentados pelo Superior Tribunal de Justiça, as sanções administrativas aplicadas pela Administração no exercício do poder de polícia “[...] além do seu caráter pecuniário, visam desestimular os particulares de praticarem novos ilícitos de idêntica natureza, com nítido intento pedagógico e prospectivo” (Brasil, 2019e).

Nessa conjuntura, chama-se de comando e controle o modelo de sancionamento genérico que pretende o desestímulo ao comportamento irregular de regulados por via da cominação de sanções, nos moldes da regulação assentada a partir do advento do New Deal (Palma, 2010, p. 109)²⁸. Refere-se, com isso, ao modelo de agências reguladoras caracterizado pela centralização deliberativa no polo da própria Administração, que impunha suas decisões de modo verticalizado aos cidadãos, no qual passou a predominar uma postura adversarial²⁹ na relação entre Administração e administrado (Palma, 2010). Assim, transpondo essa conceituação à contemporaneidade, na definição das estratégias a serem utilizadas para lograr conformidade com o administrado, usualmente, o Estado regulador recorre à tradicional concepção de sanção como remédio jurídico adequado nessa consecução.

A despeito da doutrina administrativista mais crítica, o entendimento de que a intervenção estatal na economia em sede de regulação significa a edição de normas proibitivas, juntamente de suas respectivas sanções, assentou-se largamente, inclusive no cenário nacional. A preponderância das prerrogativas sancionatórias como método

²⁸ “[...] Sob o mandato de alívio, recuperação e reforma, o Estado regulatório moderno foi criado. No contexto da Guerra Mundial e da depressão econômica, o direito era conceituado como nacional, de cima para baixo e sancionador” (Lobel, 2004, p. 344).

²⁹ Em moldes mais recentes, tem-se denominado esse paradigma litigioso de hiperinflação adversarial. As causas dessa tônica dificultosa na relação entre Administração Pública e sociedade civil teria relação com circunstâncias históricas multifatoriais, como “[...] a cegueira voluntária dos governantes, o emprego ardiloso da legalidade de maneira lesiva à Constituição e a gestão contaminada pela rigidez autoritária” (Freitas, 2017, p. 29).

regulatório, de maneira reiterada, unilateral e uniforme³⁰, atribui-se à regulação de comando e controle. Via de regra, os fundamentos da prevenção geral negativa da sanção administrativa servem como base genérica para a aplicação da regulação de comando e controle e aferição de sua potencial efetividade, ao passo que, ao menos em tese, possuem condão de desincentivar condutas danosas à regulação.

Todavia, a crítica à regulação centrada no modelo de comando e controle ganhou vulto, à medida que os indícios advindos da Administração apontaram para a pouca eficácia do aludido método regulatório³¹. No âmbito pátrio, apesar do esforço sancionatório empreendido pelo Poder Público nos últimos tempos, constatou-se um baixo resultado global de arrecadação quanto às sanções aplicadas pela Administração, na figura de suas entidades de fiscalização, agências reguladoras e outros órgãos federais com atribuições de fiscalização e controle, cujo percentual consolidado nunca chegou aos dois dígitos³².

Não que o eventual acréscimo do percentual de adimplência das multas administrativas se prestasse a denotar eficácia absoluta do sistema. Mas merece atenção o fato de que, independentemente do adimplemento pecuniário, a quantidade de irregularidades foi significativa, razão pela qual houve numerosas sanções. O que importa, no caso, é a ocorrência de uma ampla gama de violações regulatórias aptas a ensejar resposta da Administração Pública, denotando a necessidade de consolidação de uma nova abordagem jurídica para se buscar a conformidade dos entes privados. A sanção aplicada uniformemente pela regulação de comando e controle, ao que parece, não figura, por si só, como resolução à questão do *enforcement* legal e regulamentar.

Como ressalta Justen Filho (2012), a solução tradicional, consistente na edição de normas jurídicas proibitivas para, na prática, aplicar sanções, usualmente pecuniárias, de

³⁰ A regulação centrada no comando e controle advoga pela existência de regras precisamente desenhadas às situações casuísticas, a fim de ameaçar penalidades aos entes desconformes e punir os violadores dos ditames legais, sob uma abordagem de “tamanho único” (*one-size-fits-all approach*) (Job *et al.*, 2007).

³¹ Nas palavras do eminente Ministro Bruno Dantas, do TCU, por ocasião da Sessão Ordinária de Julgamento do TAC da Telefônica, realizada em 27 de setembro de 2017: “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” (Brasil, 2020b).

³² Entre 2011 e 2014, o TCU apontou que apenas 6,03% das multas aplicadas pelas entidades de controle foram efetivamente arrecadadas (Brasil, 2017c). No mesmo diapasão, no interstício de 2015 a 2016, o mesmo órgão constatou um percentual consolidado de 2,37% de multas arrecadadas relativamente às impostas pelas entidades e órgãos federais responsáveis pela aplicação de multas administrativas (Brasil, 2020f). Ainda, insta frisar que estes se tratam de dados brutos e, por isso, não segmentam o meio pelo qual foram quitadas as sanções pecuniárias no caso de adimplemento – voluntariamente, execução fiscal etc. –, tampouco a razão fundante de cada inadimplemento.

forma uniforme, nem sempre é a mais adequada, apesar da indispensabilidade desse instrumento regulatório.

Isso porque, ainda que a título de impessoalidade, a uniformidade na cominação de punições ao caso concreto deixa de aproveitar das características do regulado particularmente considerado ao tentar lograr conformidade, do que deixa-se de aproveitar de suas potencialidades e de endereçar suas imperícias em especificidade. Portanto, a postura estritamente adversarial converte-se em perdas aos cofres públicos. Nesse sentido, denota-se um custo-oportunidade significativo a ser arcado pela Administração Pública³³.

Com efeito, a adoção do sancionamento genérico como a predominante abordagem regulatória potencialmente acarreta perdas relativas à conformidade regulatória e ao âmbito econômico-financeiro. Uma abordagem que sanciona agentes regulados indiscriminadamente, quando se está desprovida de considerações sistêmicas quanto à motivação destes, corre considerável risco de “[...] minar a boa-vontade de atores movidos por senso de responsabilidade” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 19), e tende a não agregar os entes econômicos em prol de uma cultura de conformidade. Segundo o argumento de Bardach e Kagan (1982, p. 119), enquanto “o legalismo e outras expressões de rigidez regulatória, por vezes, [figuram] como apropriadas – inevitáveis – para lidar com as maças podres minoritárias”, elas podem ser contraproducentes ao lidarem com a parte majoritária dos regulados, pois a manifestação sancionatória possui condão tanto de fomentar nos entes econômicos ressentimento à abordagem estatal quanto de minar potenciais atitudes virtuosas que poderiam ser aproveitadas, como o compartilhamento de informações (Bardach; Kagan, 1982, p. 117-120). Em outras palavras, com uma abordagem de comando e controle do tipo, se desperdiça o potencial de cooperação e de autorregulação dos entes privados, ao menos até o limite da sua efetividade. Eis o primeiro custo de oportunidade.

Além disso, a aplicação de punições sem mecanismos de suporte e tentativas prévias de composição tende a dar vez a uma “subcultura de resistência à regulação” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 20), em que métodos de evasão às normas regulamentares são incorporados à socialização industrial. Essa postura tem potencial de engendrar um jogo regulatório de “gato e rato”, em que as empresas empenham-se em explorar as brechas legais, e o Estado escreve e aplica regras cada vez mais específicas para cobrir eventuais lacunas (Ayres; Braithwaite, 1992).

³³ Conceito que advém das ciências contábeis: com “custo de oportunidade”, nos referimos ao “[...] valor das oportunidades perdidas em decorrência de uma alternativa de produção em lugar de outra também possível” (Carvalho, 1998, p. 134-135).

Mais do que a frustração advinda da falta de conformidade, também nesse aspecto reside o segundo custo de oportunidade, dessa vez econômico: partindo-se da premissa de que punir é significativamente mais custoso do que persuadir – visto que depende de movimentar (leia-se: arcar com) todo o aparato do processo administrativo e, não raro, judicial –, uma estratégia baseada no sancionamento requer, nesse esforço, recursos que seriam mais bem gastos em monitoramento e persuasão³⁴.

Assim, não se quer dizer que a sanção administrativa é um mecanismo obsoleto de engenharia social (Aranha, 2024); ressalta-se que ela não basta em simplicidade, porquanto desprovida de mecanismos capazes de aproveitar as oportunidades setoriais. A fim de lograr maior êxito regulatório, convém adotar uma metodologia sistemática que não exclua a figura do processo administrativo sancionador, mas que forneça o instrumental apto a levar em conta, no bojo da apuração administrativa, as nuances coletivas – setoriais – e individuais – de cada agente econômico especificamente considerado.

Nesse sentido, a regulação responsiva apresenta recomendações aptas a lidar com a esfera motivacional dos entes regulados, tanto no momento precedente ao processo sancionatório quanto na aplicação e modelagem da sanção ao caso concreto, por via de uma raciocínio de *tit-for-tat enforcement*.

1.2.2 Uma alternativa ao sancionamento genérico: *tit-for-tat enforcement*

A característica mais marcante que usualmente se atribui à regulação responsiva encontra-se no âmbito da “modificação de comportamentos” dos agentes regulados, por intermédio de uma abordagem que se justifica na atuação sobre a esfera motivacional destes.

Conforme mencionado anteriormente, um regulador responsivo empreende esforços no sentido de ajustar a resposta regulatória às especificidades do caso concreto, balizando a sua atuação, primeiro, na primazia das vias menos interventivas – utilizando-se de persuasão, materializada em instrumentos como a orientação, a advertência e demais mecanismos consensuais – e, segundo, no potencial de recrudescimento da intervenção regulatória em caso de desconformidade reiterada.

O raciocínio de adequar a resposta administrativa, a depender do comportamento e histórico do agente regulado individualmente considerado, não soa inovador àqueles habituados à sistemática de dosimetria da sanção. Todavia, essa lógica é aprimorada no

³⁴ “A highly punitive mining inspectorate will spend more time in court than in mines” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 19-20).

âmbito da regulação responsiva para extrapolar a mera minoração ou majoração do valor de sanções pecuniárias, que, não raro, são indiscriminadamente aplicadas sem considerações pormenorizadas sobre o agente infrator, seu histórico de comportamento, a natureza da infração etc.

A expressão “*tit-for-tat*” refere-se à modulação da resposta estatal a depender do padrão de infrações e do histórico do agente regulado em questão (OECD, 2014). Em detrimento de lidar com todas as infrações de modo uniforme com a simples subsunção da norma ao fato. Em tradução livre, o termo designa uma lógica de “olho por olho, dente por dente”. Isso porque seu intuito reside em iniciar o esforço regulatório por mecanismos persuasivos, mantendo-se o baixo grau de intervenção no domínio econômico no caso de verificar-se razoável nível de efetividade. Isto é, de cooperação dos entes privados, com a possibilidade de avultar-se o grau de intervencionismo ao decorrer do processo regulatório, até a utilização de maior rigidez sancionatória àqueles regulados que reiteradamente descumprirem as obrigações regulamentares (Ayres; Braithwaite, 1992). Para tanto, utiliza-se a conjugação de diversas medidas persuasivas e dissuasivas, de modo escalonável.

A premissa responsável por permitir a livre alternância entre mecanismos dialógicos e sanções dissuasivas advém da gênese da teoria de base. A regulação responsiva surgiu como uma alternativa ao debate clássico na seara econômica, ocorrido entre aqueles que partiam de pressupostos virtuosos para definir ações regulatórias e os defensores da teoria da escolha racional. Para os primeiros, os agentes econômicos são cidadãos integralmente responsáveis e suscetíveis à persuasão. Sob essa ótica, comum no estudo sociológico, tende-se a tratar o agente social como tendente à adoção de instrumentos de *compliance*, capaz de optar por soluções dialogadas e conciliadoras no caso concreto, em prol da conformidade legal. É o que se chamou anteriormente de “atores movidos por senso de responsabilidade”.

No entanto, os teóricos da escolha racional partilham de análises típicas do realismo jurídico, segundo o qual o direito não deve se moldar aos “bons homens”³⁵, que possuem na lei sua bússola moral. Segundo esse entendimento, os regulados buscam maximizar seus ganhos, seguindo o fio condutor da racionalidade: frente a uma decisão, o agente econômico irá “[...] inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado

³⁵ “If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience” (Holmes, 1897, p. 459).

desejado e a que custo (valorização)” (Mackaay; Rousseau, 2015, p. 31), de modo a adotar aquela que contribuir mais à consecução dos seus interesses.

Assim sendo, a resposta da regulação responsiva encontra-se entre o *homo economicus* e o *homo sociologicus*, à proporção que age no cálculo racional do primeiro e estimula o senso de responsabilidade do segundo (Ayres; Braithwaite, 1992). Aproveita-se, por meio do *tit-for-tat*, as premissas de ambas as concepções no caso concreto. A ação estatal varia à medida que os regulados optam por enquadrar-se em uma ou outra categoria, abrandando ou agravando a intervenção do regulador a depender do comportamento do ente econômico.

Usualmente, retrata-se o raciocínio de *tit-for-tat*, aplicado ao instrumental sancionatório, como uma pirâmide com medidas persuasivas – educação, orientação, ações cooperativas e de justiça restaurativa – basilares, que devem idealmente pautar, ao menos de início, todos os casos (Braithwaite *et al.*, 2007).

Portanto, a primeira recomendação responsiva ao sancionamento ocorre antes mesmo de cogitar-se a aplicação de sanção. Defende-se que a gênese do esforço regulatório se dê na base da pirâmide, não apenas para lograr economia aos cofres públicos no caso de conformidade “espontânea” – ou autorregulação –, advinda dos meios persuasivos (Braithwaite, 2002). A reserva de sanção, ou a utilização de métodos de controle social mais intrusivos apenas após a primeira tentativa de diálogo, concede ao controle coercitivo do Estado uma maior legitimação perante o agente em questão (Braithwaite, 2002). Nesse caso, uma posterior instauração de processo administrativo, com aplicação de punição, possui menor tendência a engendrar a noção de injustiça na relação regulador-regulado, afinal, trata-se de uma resposta legitimada pela primeira opção obstrutiva da via negocia do próprio ente privado.

Todavia, é comum que a via persuasiva falhe. Esses casos podem ser analisados tanto a partir da ótica dos agentes racionais quanto dos irracionais. Em um contexto de razoável atividade orientativa da Administração Pública, recorrentemente se atribui a frustração dos níveis menos interventivos da pirâmide sancionatória às motivações do aludido *homo economicus*. Ao inventariar os resultados desejados e identificar as opções de que dispõe, o agente econômico pode verificar que a ação que mais contribui ao resultado desejado “lucro” depende da violação das normas regulamentares. Logo, trata-se de um cenário em que o ator racionalmente opta pela via da não conformidade.

Nesse sentido, a precificação de irregularidades é uma possibilidade concreta (Gneezy; Rustichini, 2000) e cuja consideração pelo regulador é indispensável. A fim de lidar

com essa questão, são dois os mecanismos sancionatórios elencados pela regulação responsiva: o escalamento piramidal e, como última medida, as sanções incapacitantes.

O escalamento piramidal designa, basicamente, o enrijecimento da capacidade de intervenção da Administração Pública à medida que não se conquista a conformidade por meio cooperativo. Ao passo que se verifica, em análise da conduta e do histórico do regulado, uma reiterada postura desconforme, dá-se ao Estado mais poder para fazer valer a conformidade pela dissuasão, ao custo de uma regulação cada vez mais inflexível e adversarial. Ao fim, a escalada de penalidades progressivamente mais dissuasivas tende a levar a calculadora racional dos agentes ao ponto em que a conformidade se tornará a opção mais economicamente racional no caso concreto (Braithwaite, 2002).

Conforme determinada ferramenta sancionatória falha em atingir o âmbito motivacional do regulado, recorre-se ao instrumento imediatamente acima na pirâmide, com tons mais dissuasivos. O fomento à conformidade reside no fato de que um bom histórico, por parte do agente privado, significará que o ente regulador será mais leniente, enquanto um padrão contínuo de infrações poderá dar azo a um escalonamento do gradiente sancionatório (Ayres; Braithwaite, 1992).

O ponto-chave para tornar efetiva a conformidade nesse esquema piramidal é a comunicação do regulador com os agentes econômicos, dado que, anunciando antecipadamente – de modo a sinalizar, sem ameaças (Braithwaite, 2008) – que o Estado acentuará a sua intervenção em caso de violação aos deveres por parte dos regulados, incentiva-se, de antemão, a indústria e os agentes interessados a manter a regulação operando em níveis baixos de intervencionismo (Ayres; Braithwaite, 1992).

Além do potencial escalonamento sancionatório, é preciso haver a possibilidade de se abrandar os instrumentos regulatórios quando verificado bom comportamento por parte do regulado, adotando-se, novamente, mecanismos mais persuasivos. O incentivo à reparação de erros por parte do agente reside na atenuação da estratégia regulatória em caso de efetiva correção da sua conduta. A reparação deve ser premiada, assim como a recusa à retificação deve resultar em encorpamento da sanção aplicada (Braithwaite, 2002). Logo, empreendendo esforços regulatórios diretamente sobre a esfera motivacional do agente – leia-se: agindo pontualmente sobre a sua calculadora de custo-benefício –, o escalamento piramidal tende a mitigar as violações perpetradas por regulados racionais.

A interação da Administração Pública com os entes privados, contudo, não é sempre palco de conformidade voluntária. Por vezes, após não se lograr conformidade por meio dos métodos cooperativos, relacionados à justiça restaurativa, igualmente restam frustrados os

empenhos dissuasivos do regulador. Ou seja, o regulado segue infringindo as disposições regulamentares após sancionado. Embora seja plenamente concebível a precificação de sanções pecuniárias por parte do privado, via de regra, tamanho despreço pelas normas de regência não guarda relação com o cálculo racional do agente, tampouco com a sua boa-vontade em adequar-se à regulação. Afinal, pode-se tratar simplesmente de uma gestão desprovida da competência necessária à adoção de uma postura convergente com a regulação (Braithwaite, 2002).

Enfim, seja por se tratar de um agente econômico irracional, regulados que não necessariamente se preocupam com a maximização dos seus valores em âmbito regulatório, seja pela ausência de capacidade técnica em adotar as boas práticas recomendadas pelo regulador – ou até mesmo em função da precificação de sanções advindas das violações às norma regulamentares –, a Administração Pública não está livre de cuidar de situações de reiteradas infrações legais, mesmo após o emprego dos métodos inicialmente conciliatórios e dos instrumentos sancionatórios ordinários. Nesses casos, aos agentes que se recusam a atuar de modo racional no mercado, a teoria da regulação responsiva recomenda a adoção de sanções incapacitantes (Ayres; Braithwaite, 1992).

Segundo a lógica de *tit-for-tat*, essa espécie de punição possui um duplo papel, tanto como plano de fundo quanto como em primeiro plano. Isso acontece porque a estratégia empregada pela regulação responsiva visa, de maneira geral, manter as sanções no *background*, visto que possuem poder de barganha pela via dissuasiva em relação aos agentes privados, mesmo sem serem efetivamente cominadas ao caso concreto, especialmente as mais draconianas, como as punições incapacitantes.

O primeiro papel cumprido pelas sanções incapacitantes goza de fundamento similar à doutrina da dissuasão nuclear, popularizada no âmbito geopolítico durante o século XX: à medida que a teoria preconiza a preferência por não se utilizar das sanções mais gravosas na realidade, mantém-se os armamentos como plano de fundo, apenas como possibilidade de represália remota, no intuito de ilidir eventuais infrações. Trata-se, portanto, de um aspecto relativo à prevenção geral da pena.

Porém, ainda que o *tit-for-tat* figure como uma estratégia tendente a manter a sanção como plano de fundo, atuando preferencialmente pela via dissuasiva, se porventura verificar-se não dispor o regulador de outra escolha – e somente nesse caso –, move-se a sanção incapacitante para o primeiro plano, aplicando-a no caso concreto. Isto é, caso o regulado encarne o ideal irracional quanto à conformidade com os parâmetros regulatórios, resta à Administração o dever de interromper a conduta transgressora de modo a mitigar os

danos futuros. O segundo papel dessa espécie de punição refere-se justamente à incapacitação, ou seja, à atuação do regulador, com vistas a “[...] remover do infrator a capacidade de infringir (novamente)” (Braithwaite, 2002, p. 122), operando unicamente diante do insucesso das demais abordagens, persuasivas e dissuasivas.

Usualmente, no âmbito regulatório da teoria responsiva, se concebem como espécies do gênero “sanção incapacitante” a suspensão temporária da licença do regulado para explorar determinado setor econômico por certo período ou, ainda, a proibição total do exercício da atividade que ensejou as repetidas violações regulatórias (Ayres; Braithwaite, 1992). Trata-se de um raciocínio voltado a “estancar a sangria” decorrente de reiterado comportamento pautado pela desconformidade legal ou regulamentar. Com isso, quer-se demonstrar o potencial agregável ao esforço regulatório, à medida que se rejeita o caráter uniforme das sanções. Ainda que possa obstar a continuidade da atividade empresarial – em especial no caso de regulados irracionais –, a sanção incapacitante não necessita de assim fazer. Sua razão de ser, na verdade, é constituir impeditivo à reiteração de violações às normas regulatórias.

Em síntese, sobre os métodos explanados até então, verifica-se que a regulação responsiva opta por manter o esforço regulatório distante da utilização das sanções na maior medida do possível, priorizando a autoconformidade e as atividades orientativas e preventivas, respeitando a autonomia do ente privado de boa-fé. No caso de não obter êxito no caminho do diálogo, têm-se a dissuasão das sanções como próximo método a intentar conformidade com o regulado. Nesse sentido, a comunicação prévia do Estado acerca da escalada da pirâmide sancionatória tende a atuar na calculadora racional dos agentes econômicos. Assim, tornar cristalino ao ente privado a intenção do regulador em aplicar punições mais gravosas, no caso de reiteração ou de não correição das irregularidades, visa explicitar a perda financeira e reputacional a ser suportada pelo regulado, o desincentivando a divergir das normas em vigência no âmbito motivacional.

Uma vez ciente que a reiteração na infração atrairá a escalada da intervenção regulatória, caso o regulado torne a reincidir no ímpeto infracional após tentativas persuasivas do regulador, há de se cominar, após o adequado processamento administrativo, as sanções adequadas à sua conduta e histórico – quer na forma pecuniária, quer na forma de obrigação de fazer. A aplicação de sanções administrativas consiste em via gravosa de intervenção, já ultrapassada a seara da persuasão, em que preponderam instrumentos negociais, adentrando o âmbito da dissuasão. É de se esperar que, na etapa da dissuasão, a prevenção negativa da sanção administrativa atue na esfera motivacional do regulado.

Na hipótese de falharem os instrumentos negociais em convencer o agente a corrigir a irregularidade e, na sequência, também não lograr êxito o instrumental sancionatório tradicional – multa, obrigação de fazer etc. –, o que usualmente denota uma postura irracional do regulado, parte-se à incapacitação do agente na prática. Em cada etapa da abordagem, é mister o especial prezo pela particularização da resposta estatal à realidade do regulado, adotando-se postura colaborativa sempre que possível.

Muito embora a regulação responsiva parta da premissa de que não há desenho regulatório atemporal (Ayres; Braithwaite, 1992) e, portanto, inexistem igualmente requisitos universais à aplicação da teoria de base, depreendem-se algumas ferramentas para a concretização da abordagem, ainda que com certa elasticidade.

Caso a orientação e a autorregulação não bastem, a tentativa de métodos consensuais e negociais é recomendada por figurarem como as soluções menos interventivas e, assim, com menor tendência a gerar atritos ou posturas adversariais frente ao regulado, podendo, inclusive, se falar em fomento à cultura de conformidade, dado que, nesse interstício, dialoga-se com o agente privado a fim de fornecer a ele recomendações quanto às boas práticas regulatórias a serem adotadas³⁶. Dessa forma, aproveita-se das benesses provenientes de uma postura de agregação do regulado à prática administrativa, pois, “[...] sob a perspectiva do Direito Administrativo Consensual, os particulares [...] devem ser vistos como parceiros” (Brasil, 2011b) na consecução do interesse público, de modo a mitigar a lógica adversarial que impera na regulação de comando e controle. Ainda, a título de benefícios institucionais e procedimentais decorrentes da adoção de mecanismos próprios da Administração Pública Consensual, destaca-se que

a celebração de acordos tende a reduzir o tempo de processamento administrativo, com conseqüente diminuição dos custos relacionados, e restringe a judicialização da decisão administrativa na medida em que decorre de convergência de vontades entre Poder Público e particular (Palma, 2010, p. 311).

Traduzindo a teoria à prática administrativa, sem pretensão de exaurir um instrumental de tamanha amplitude, pode-se entender o esforço menos interventivo, no cenário brasileiro, enquanto a utilização de instrumentos como a margem de tolerância, o

³⁶ Em suas recomendações, que dariam ensejo à criação da BRE-UK, Hampton (2005, p. 26) cita instrumentos regulatórios com caráter responsivo, de incentivo à solução persuasiva em espécie: “To encourage compliance, and to undertake their other roles, regulators use a variety of tools: Inspection carried out on a number of businesses, either on a routine or random basis or targeted at those which pose the greatest risk; advice offered to those companies which fall within a regulator’s remit; data requests through annual returns or form filling; incentives such as award schemes or reputational sanctions such as ‘naming and shaming’ to encourage compliance; and as a last resort, penalty regimes to punish those who are non-compliant”.

aviso, a solicitação de regularização, o plano de conformidade³⁷ e, em situações mais complexas e limítrofes, os acordos substitutivos de sanções – como é o caso do termo de compromisso no âmbito do Banco Central, art. 11 e ss., da Lei n.º 13.506/2017 –, do compromisso de cessação em sede de processo administrativo para apuração de infrações à ordem econômica no âmbito do CADE – art. 85, da Lei n.º 12.529/2011 –, do Termo de Compromisso Ambiental – art. 79-A, da Lei n.º 9.605/1998 – e do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), inicialmente previsto pela Lei n.º 7.347/1985 e recentemente regulamentado na seara do Poder Executivo Federal pela Instrução Normativa n.º 4/2020 da Controladoria-Geral da União (CGU), e, enfim, à diversidade de medidas negociais previstas em seara legal e regulamentar (Brasil, 1985, 1998a, 2017a, 2020a, 2011c).

Vale frisar que a flexibilização da sanção ao caso concreto não significa deixar a cargo da arbitrariedade do regulador para fazer valer a medida que bem entender. Conforme entendimento do STJ, “[...] não se olvida que o Poder Público pode buscar e realizar medidas consensuais, como se observa nos textos das Leis n.º 9.469/1997 (acordo) e n.º 13.140/2015 (mediação)”, todavia, é indispensável a “[...] autorização expressa do órgão competente [...] da estrutura administrativa, o qual deve fixar objetivamente as balizas da transação, evitando, assim, violações aos princípios da isonomia e da impessoalidade” (Brasil, 2019d). A adoção de mecanismos negociais, na prática, deve atender a parâmetros previamente estabelecidos, privilegiando agentes com histórico de boas práticas e conduta virtuosa no cenário setorial, no intuito de adequá-lo de volta à conformidade, sem o emprego da rigidez da sanção administrativa.

Ao eventualmente falharem as vias explanadas a pouco, a regulação responsiva preconiza a utilização da atividade sancionatória da Administração para lidar com os agentes em estado de desconformidade, partindo da simples dissuasão aos agentes que apresentarem racionalidade econômica até a efetiva incapacitação de regulados irracionais. A repressão a ser exercida pela sanção na abordagem responsiva difere do sancionamento genérico da regulação de comando e controle desde a concepção, à medida que (i) dispõe da legitimidade advinda da atividade orientativa e persuasiva inicialmente intentada, (ii) parte de premissas *bottom-up* (Braithwaite, 2011) ao agregar³⁸ o agente privado à regulação, em contraste àquela

³⁷ Vide art. 32 e ss., da Resolução CD/ANPD n.º 1/2021 (Brasil, 2021a).

³⁸ Não são poucos os mecanismos responsivos que objetivam a agregação do regulado e demais grupos interessados à atividade regulatória. Pouco se explorou acerca desse aspecto nesta seção. Algumas das medidas sugeridas pelos autores da teoria de base são a utilização da governança em rede para fins de *enforcement*, especialmente no âmbito dos países em desenvolvimento, e a implantação de um sistema de prêmios e recompensas como espécie do gênero “sanções positivas”, a fim de não apenas desestimular condutas infratoras, mas também incentivar comportamentos virtuosos dos regulados (Braithwaite, 2006, 2007).

top-down, e (iii) lida de modo flexível com o âmbito motivacional dos regulados racionais, em detrimento da mera subsunção uniforme da norma ao fato.

Ademais, a resposta consensual ou sancionatória à irregularidade constatada é o último passo da cadeia regulatória. Os corolários lógicos do sancionamento são (i) a autuação da infração na prática – esforço de fiscalização ou monitoramento do regulador – e, antes mesmo dessa etapa, (ii) a positivação do padrão de mundo desejado, as consequências ao seu descumprimento e das técnicas de fiscalização, monitoramento, diálogo, descentralização, persuasão e repressão, das quais o regulador lançará mão.

O emprego de um raciocínio *tit-for-tat* exige a existência tanto de um arsenal variado de sanções aptas a serem cominadas ao caso concreto³⁹ – de punições leves até aquelas de caráter mais severo, ainda que pouco ou nunca aplicadas – quanto de certa flexibilidade administrativa. Em outras palavras, é necessário que seja juridicamente possível à Administração Pública adequar soluções menos gravosas a agentes colaborativos, modificar a dosimetria de sanções conforme as peculiaridades do caso concreto e, fundamentalmente, escalonar sua atuação, dependendo do comportamento do regulado, por meio de um raciocínio *tit-for-tat*.

Portanto, antes de mais nada, apresenta-se a normatização como condição para aplicar a prática da regulação responsiva, ou seja, a sua estruturação e implementação por intermédio da edição de regras e princípios legais e regulamentares. A viabilidade jurídica é o grande requisito subjacente à prática responsiva. Posterior a essa, a fiscalização é indispensável para a aferição da conduta danosa na realidade fática. Assim, a próxima subseção visa, primeiro, situar as recomendações da teoria da regulação responsiva em relação ao aparato de monitoramento regulatório – etapa de “coleta de dados” –, por intermédio da apresentação dos desenvolvimentos posteriores da teoria por outros autores e, depois, enquadrar o debate sobre a legalidade que permeia a implantação da abordagem responsiva.

1.2.3 O *locus* da fiscalização na teoria responsiva recente

Ainda que sem a pretensão de exaurir a temática acerca das demais abordagens regulatórias, é imperioso destacar que a regulação responsiva não se esgotou nas obras de

³⁹ “Ao longo da minha revisão, recebi evidências e relatos de muitas partes interessadas, incluindo reguladores, empresas, acadêmicos e muitos outros que apoiaram a opinião de que reguladores tem uma gama limitada de sanções em seus kits de ferramentas” (Macrory, 2006, p. 19, tradução minha).

Braithwaite situadas no século XX. A partir das críticas de caráter conceitual⁴⁰, prático⁴¹ e metodológico⁴² à regulação responsiva, feitas por autores como Baldwin e Black (2010), foram edificadas novas construções teóricas para suportar a teoria de base face às disfuncionalidades constatadas. Assim, ao menos duas abordagens proeminentes surgiram desse contexto: a regulação inteligente e a regulação verdadeiramente responsiva.

A regulação inteligente é uma abordagem flexível e criativa que visa subsidiar a implantação de combinações complementares de instrumentos e participantes adaptados para atender aos imperativos de questões ambientais específicas (Gunningham, 2009). Trata-se de um contraponto à tradicional concepção de que a relação regulatória estaria consubstanciada em um diálogo bilateral entre o regulador público (agência reguladora) e o regulado privado (empresa), conforme a *smart regulation* se debruça sobre uma pluralidade de formas regulatórias, abrangendo as nuances advindas da agregação de uma diversidade de atores no processo regulatório.

Assim, a regulação inteligente sugere que o regulador compreenda as influências e interações regulatórias mais amplas, como “[...] organizações internacionais de padrões; parceiros comerciais e a cadeia de suprimentos; instituições comerciais e mercados financeiros; pressão dos pares e autorregulação por meio de associações industriais; sistemas e cultura de gestão ambiental interna; e sociedade civil em inúmeras formas diferentes” (Drahos, 2017, p. 134). O desenvolvimento teórico da regulação inteligente partilha das bases

⁴⁰ As críticas conceituais enfatizam disfunções do modelo de escalonamento sancionatório advindo da lógica de *tit-for-tat enforcement*, como a falta de rigidez do modelo ao tratar de riscos potencialmente catastróficos (Murphy, 2004) e o prejuízo causado à relação regulado-regulador quando da aplicação de sanções mais severas, dificultando a decrescência da rigidez sancionatória (Haines, 1998).

⁴¹ As críticas práticas tendem a focar-se na incompletude da regulação responsiva em contextos de complexidade regulatória. Os proponentes da abordagem da *smart regulation*, Gunningham e Johnstone (1999), apontam que, em determinados segmentos econômicos, não existem repetições suficientes de interação entre regulador-regulado a ponto de permitir a plena aplicação da estratégia responsiva, visto que as relações regulatórias podem ficar ainda mais complexas, extrapolando meros dois atores. Outra crítica prática, entoada por Hampton (2005) e Macrory (2006), expoentes da regulação baseada em riscos, aduz que as agências reguladoras podem não possuir o capital judicial, público e político para levar a cabo a progressividade sancionatória.

⁴² A título de crítica principiológica, e sendo a mais relevante no aspecto jurídico-administrativo, autores como Werhan (1998) e Yeung (2004) apontam que tamanha flexibilidade administrativa, a depender do comportamento dos agentes, ainda que a pretexto de conferir maior racionalidade ao sistema regulatório, carece de formalismo jurídico e acaba por violar o estado de direito – no sentido que, à brasileira, poderia significar uma violação ao princípio da legalidade, hipótese essa aprofundada ao decorrer desta pesquisa.

de flexibilidade e tripartismo⁴³, advindo da regulação responsiva, e – mais do que isso – as aprofunda conceitualmente.

A regulação verdadeiramente responsiva, assim como a regulação inteligente, não descola da tentativa de levar adiante e aprimorar as premissas originalmente engendradas pela regulação responsiva; o faz com duas mensagens centrais. A primeira mensagem consiste na recomendação de que o regulador, ao desenhar, aplicar e desenvolver o sistema regulatório adapte suas estratégias a parâmetros que extrapolam a mera aferição da conduta – conformidade ou infração – dos entes regulados. Assim, a verdadeira responsividade da regulação adviria da consideração de cinco fatores-chave pelo regulador: (i) o comportamento, as atitudes e a cultura dos agentes regulados; (ii) a configuração institucional do regime regulatório; (iii) as interações entre diferentes lógicas das ferramentas e estratégias regulatórias; (iv) a performance do regime regulatório ao decorrer do tempo; e (v) as mudanças em cada um desses elementos (Baldwin; Cave; Lodge, 1999).

Já a segunda mensagem da regulação verdadeiramente responsiva guarda relação com a sinergia e as interações benéficas e maléficas propiciadas no seio do instrumental do regime regulatório. Isto é, consiste na recomendação de que o regulador leve em conta o modo como os desafios regulatórios variam através dos “elementos-chave” da regulação.

Além da definição de padrões, coleta de informações e modificação de comportamentos, Baldwin e Black (2010) também elencam como tarefa basilar da regulação a aferição de sucesso ou fracasso do instrumental regulatório, com a sua correção e aprimoramento contínuos, seja no âmbito de casos individuais, seja em âmbito geral. Assim, busca-se enfatizar como a adoção de determinadas abordagens em cada um dos elementos-chave da regulação impactará a execução de outras tarefas regulatórias, levadas a cabo por diferentes estratégias, como, por exemplo, a alteração dos comportamentos pela via punitiva, que pode afetar os modos cooperativos de monitoramento (Baldwin; Cave; Lodge, 1999).

Em suma, a abordagem da regulação verdadeiramente responsiva se baliza em uma atuação sinérgica e dinâmica do regulador. Infere-se que o ponto mais fulcral desse

⁴³ Segundo a perspectiva de Ayres e Braithwaite (1992, p. 54-57), o tripartismo é uma avançada forma de resolver o dilema político da captura e da corrupção, sendo definido como a política regulatória que promove a participação de terceiros (grupos de interesse público) no processo regulatório de três maneiras. “Primeiro, concede aos grupos de interesse público e a todos os seus membros acesso a todas as informações disponíveis para o regulador. Segundo, dá ao grupo um assento na mesa de negociação com a empresa e a agência quando os negócios são feitos. Terceiro, concede aos grupos de interesse público a mesma posição que o regulador para processar sob o estatuto regulatório”.

aprimoramento, em relação às bases inicialmente estabelecidas à regulação responsiva, seja a sensibilidade à mudança no cerne do desempenho regulatório. Isso porque

em praticamente todos os setores, os desafios regulatórios estão em um estado de mudança constante. Assim, por exemplo, novos riscos e criadores de risco surgem ou são reconhecidos, e as incertezas podem se solidificar em riscos, por exemplo, conforme os eventos ocorrem, o conhecimento se desenvolve, as tecnologias e os mercados mudam, as estruturas institucionais são reformadas, as obrigações políticas e legais se alteram, e as expectativas e preferências públicas sofrem mutações. Se os reguladores não puderem se adaptar às mudanças, eles aplicarão os controles de ontem aos problemas de hoje e, novamente, o desempenho abaixo do esperado será inevitável (Baldwin; Black, 2010, p. 186).

Além disso, as construções teóricas mais recentes da regulação verdadeiramente responsiva dialogam com mecanismos de regulação baseada em riscos (*risk-based regulation*⁴⁴). Dessas abstrações é possível extrair orientações à estruturação de um sistema de monitoramento e exemplos práticos de fiscalização aplicados em regimes regulatórios diversos, conforme se verá adiante, eis que a regulação baseada em riscos logrou considerável aceitação entre governos ao redor do globo (Baldwin; Black, 2010).

A conformação de uma sistemática consistente de monitoramento das atividades setoriais é um corolário lógico da regulação responsiva, especialmente para os fins de modificação de comportamentos supramencionados. Essencialmente, o esforço regulatório de escape à sanção genérica e uniforme inicia-se anteriormente à constatação de irregularidade.

Depreende-se da teoria de base a recomendação de que, a fim de aplicar uma medida adequada ao regulado, haja a prévia consolidação do seu histórico e conduta. Portanto, a modelação da solução ao caso concreto depende de um aparato bem constituído de dados, já operacionalizado, apto a indicar o panorama geral de conformidade do regulado.

Na prática, isso denota a necessidade de afirmação de mecanismos eficazes de monitoramento e avaliação dos regulados durante períodos definidos de tempo – ou durante “ciclos de monitoramento”. Somente com a informação prévia pertinente ao caso pode o regulador tomar uma atitude verdadeiramente responsiva, ou seja, esse conjunto de dados já deve estar disponível ao ente responsável pela fiscalização ao iniciar-se eventual processo administrativo sancionador.

⁴⁴ *Risk-based regulation* (regulação baseada em risco) é uma abordagem regulatória que prioriza a alocação de recursos e ações com base na avaliação dos riscos potenciais para os objetivos regulatórios. Em vez de aplicar regras uniformes a todos os casos, o foco é direcionado para as áreas ou entidades que apresentam maiores riscos, permitindo um uso mais eficiente dos recursos regulatórios e uma proteção mais eficaz. Via de regra, é utilizada em áreas como saúde, meio ambiente, segurança alimentar e regulação financeira, nas quais uma supervisão constante e uniforme seria ineficaz ou custosa demais (Hood; Rothstein; Baldwin, 2001).

Não basta mencionar a indispensabilidade de consistência da metodologia fiscalizatória que precede a resposta do regulador. A generalidade dessa afirmação não abrange os tradicionais debates a respeito (i) do agente responsável pela colheita da informação, (ii) da intensidade do processo de coleta de informação – frequência e quantidade –, e (iii) dos custos incorridos, todos associados a questões como confiabilidade, robustez e tempestividade das informações que balizam a atividade regulatória.

Essas preocupações são especialmente caras a um regime de Direito Público, como se infere do princípio da legalidade estrita que conforma a atividade administrativa brasileira. Aliás, em seara nacional, os recentes mecanismos legislativos afetos ao Governo Digital ainda trazem à lume discussões a respeito da atuação cooperativa dos órgãos governamentais por intermédio de plataformas digitais – interoperabilidade de dados entre órgãos públicos – Seção II do Capítulo V, da Lei n.º 14.129/2021 (Brasil, 2021c) – e da proteção dos dados coletados e tratados pelo Poder Público – Capítulo IV, da Lei n.º 13.709/2018 (Brasil, 2018c).

Apesar das questões delineadas acima, a teoria da regulação responsiva não se filia a métodos de fiscalização fixos, posto que a pedra angular das recomendações reside justamente na adequação da abordagem regulatória ao contexto setorial e no repúdio à importação rígida de metodologias preconcebidas (Braithwaite, 2011). Mas, apesar de não ser viável a definição rígida, *ex ante*, do sistema de fiscalização predicado pela regulação responsiva no tocante aos agentes que colherão as informações, da intensidade do processo fiscalizatório e dos custos incorridos, é possível extrair da teoria de base um par de recomendações generalistas a respeito da fiscalização. Estas, por sua vez, interseccionam especialmente as questões de intensidade do monitoramento e do agente responsável pela coleta de informações.

Primeiro, em relação à intensidade do monitoramento e da fiscalização, por intermédio da adequação da lógica de *tit-for-tat enforcement* à seara da fiscalização, ou seja, utilizando-se a lógica de abrandamento da rigidez fiscalizatória, à medida que infere-se a conformidade como regra do ente regulado (baixo risco regulatório), e o enrijecimento dos mecanismos de avaliação, ao passo que o regulador constata reiteradas infrações de determinado agente econômico (alto risco regulatório) – podendo-se considerar fatores alheios à conduta do agente regulado, haja vista, por exemplo, as variáveis elencadas como fatores-chave da *really responsive regulation* –, é possível extrair uma recomendação similar àquela da *risk based regulation*, nos termos do Código de Práticas para Reguladores do Reino Unido, cuja instauração foi subsidiada teoricamente por Hampton (2005): “os reguladores devem concentrar o seu maior esforço de inspeção nas entidades reguladas onde uma violação

representaria um risco sério para o resultado regulatório e onde há uma grande probabilidade de não conformidade por parte das entidades reguladas” (Reino Unido, 2007, p. 12).

Em síntese, a fim de otimizar o esforço regulatório, é recomendável que não se fiscalize indiscriminadamente todos os regulados na mesma medida e proporção. Depreende-se das recomendações que dariam ensejo à criação da Better Regulation Executive (BRE-UK) que Hampton (2005, p. 25) utiliza dessa espécie de raciocínio em conjunto com o arcabouço da responsividade:

para incentivar a conformidade e desempenhar suas outras funções, os reguladores usam uma variedade de ferramentas: inspeção realizada em uma série de empresas, seja de forma rotineira ou aleatória ou direcionada àquelas que representam o maior risco; aconselhamento oferecido às empresas que se enquadram na competência do regulador; solicitações de dados por meio de declarações anuais ou preenchimento de formulários; incentivos como esquemas de premiação ou sanções de reputação, como ‘naming e shaming’ para incentivar a conformidade; e, como último recurso, regimes de penalidades para punir aqueles que não estão em conformidade.

Nesse sentido é viável, inclusive, a agregação de agentes econômicos em grupos de risco para fins de adequação da fiscalização a cada um dos nichos. A título de exemplo da qualificação dos regulados em categorias específicas ou faixas de tratamento diferenciadas, cita-se o sistema materializado no Mine Profiling Rating System da MSHA⁴⁵, autoridade responsável pelo asseguramento dos parâmetros regulatórios de saúde e segurança no âmbito da mineração estadunidense, e o recém-implantado ciclo de monitoramento no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) brasileira.⁴⁶

Adotado durante a década de 1970, o programa da MSHA tinha por mérito obstar a capacidade infrativa dos regulados por meio do fornecimento de um inspetor residente da agência em tempo integral às minas “reincidentes” – em termos de reiterada desconformidade regulatória e ocorrência contínua de acidentes. Com base no Mine Profiling Rating System, uma metodologia desenhada para classificar as minas de acordo com o seu nível de adequação às políticas de segurança e procedimentos regulatórios, designavam-se profissionais para inspecionar os locais com piores históricos de segurança (Braithwaite, 1985). O método mostrou-se efetivo, à medida que “[...] a presença do inspetor residente reduziu o número de

⁴⁵ “The Mine Profile Rating System was a method for scoring mines according to their hazard level and the adequacy of company safety policies, procedures, and resources for dealing with those hazards” (Braithwaite, 1985, p. 83).

⁴⁶ “Especificamente no caso da ANPD, a atividade fiscalizatória teria início com a atividade de monitoramento e com a classificação dos agentes de tratamento em quatro faixas distintas, sendo que apenas aqueles classificados na quarta faixa, ou seja, que tiveram condutas mais graves, teriam processo administrativo sancionador instaurado contra si” (Brasil, 2021a, p. 21).

mortes e acidentes a taxas inferiores à média nacional” em minas tidas até então como as menos seguras no país (Braithwaite, 1985, p. 83).

Segundo, em relação ao agente responsável pela fiscalização, mesmo que a atribuição legal eventualmente obste a delegação de funções fiscalizatórias a terceiros, a regulação responsiva recomenda que o regulador minimamente “ouça atentamente; estruture um diálogo que dê voz às partes interessadas; fixe resultados negociados e a forma de monitoramento quanto ao seu atingimento e construa compromissos, auxiliando os atores a encontrar a sua própria motivação para melhorar” (Braithwaite, 2011, p. 476).

A agregação de terceiros à função fiscalizatória é chancelada por, ao menos, dois desenvolvimentos mais recentes da teoria responsiva: a *smart regulation*, que vislumbra na interação do regulador com instituições comerciais, associações industriais e sociedade civil um potencial de otimização tanto do tripartismo, inicialmente concebido por Ayres e Braithwaite, quanto da governança nodal, desenvolvida por Braithwaite em trabalho que visava suprir as lacunas na teoria responsiva em contexto de países com déficits de capacidades institucionais. Neste, o autor recomenda que as instituições com menor potencial de *enforcement* ou maior probabilidade de captura, ao invés de intensificarem a intervenção estatal à medida que se infere o crescente risco regulatório, promovam maior aglutinação da rede estatal com “reguladores não estatais”. A ideia central seria que “[...] atores fracos podem se tornar fortes por intermédio da associação com outros atores” (Braithwaite, 2006, p. 892).

Assim, a segunda noção aplicável à seara de monitoramento regulatório que se infere da teoria de base é a estruturação de uma relação de confiança entre regulador e demais entes componentes do setor – nas figuras de empresas, associações, órgãos públicos correlatos e, inclusive, de organizações não governamentais –, quer a nível dialógico, a fim de construir soluções conjuntas ao setor – no mesmo sentido dos mecanismos informadores da decisão administrativa no direito pátrio –, quer a nível de descentralização, isto é, delegando determinados procedimentos do processo de fiscalização a entes cuja especialização funcional aprimore a eficiência da máquina administrativa.

Desse modo, podemos deduzir que a regulação responsiva lega à fiscalização duas recomendações que podem ser sintetizadas da seguinte maneira: (i) a priorização; fiscalização discriminada e variável, de acordo com cada um dos agentes, sendo viável a agregação de regulados por “faixas de tratamento” conforme as variáveis elegidas pelo regulador – por exemplo, histórico de infrações ou risco regulatório –; e (ii) a cooperação; monitoramento dialógico com os agentes que compõem o setor regulado, a fim de colher sugestões para o

aprimoramento do instrumental fiscalizatório, bem como a atuação conjunta em determinados procedimentos de monitoramento e fiscalização.

Como se viu, os meios persuasivos de obtenção de conformidade na etapa da modificação de comportamentos, pelos quais preza a teoria da regulação responsiva, somente são possíveis após consolidada a coleta de dados. O *enforcement* legal, a ser realizado por via de um raciocínio *tit-for-tat*, depende de uma arquitetura fiscalizatória bem assentada. Pode-se afirmar que a fiscalização, a ser continuamente aprimorada como os demais instrumentos regulatórios, é um corolário lógico da modificação de comportamentos – e da obtenção de conformidade dos agentes regulados –, cuja base teórica advém da teoria econômica.

Para além da economia comportamental, a estruturação e aplicação dos postulados da regulação responsiva depende da respectiva viabilidade jurídica, isto é, da previsão anterior de uma ampla gama medidas consensuais e sanções mais gravosas a serem cominadas pelo regulador, da flexibilidade prática que chancela a modificação de sanções de acordo com as peculiaridades do caso concreto – a depender do comportamento do regulado –, dos institutos jurídicos que viabilizem o diálogo regulado-regulador e da agregação de outros *stakeholders* setoriais etc.

A possibilidade jurídica de positivação – legal ou regulamentar – desses instrumentos regulatórios é a condição *sine qua non* para a implantação da regulação responsiva. A teoria, afinal, versa sobre a otimização econômica na regulação e não se debruça especificamente sobre as limitações práticas afetas a um regime de Direito Público, com traços marcados de *civil law*, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro (Oliveira; Ferreira, 2022). Aliás, a regulação responsiva foi desenvolvida em um contexto de *common law*, razão pela qual é indispensável a análise jurídica pormenorizada de sua compatibilidade, por intermédio do instrumental regulatório, com um regime jurídico pautado pela legalidade estrita.

Dessa maneira, já enunciados os postulados gerais que formatam uma regulação adjetivada de responsiva, os próximos passos do trabalho se norteiam à compatibilização prática dessas recomendações ao regime jurídico nacional, primeiro, apresentando o modo pelo qual as agências reguladoras brasileiras aplicam a teoria da regulação responsiva e, depois, analisando os instrumentos regulatórios individualmente considerados.

1.3 SÍNTESE DO CAPÍTULO I

Ao longo do capítulo I, estabeleceu-se um consenso semântico quanto aos conceitos basilares da regulação, definida como o esforço de sintonização do comportamento dos regulados a padrões previamente definidos visando a correção de falhas mercadológicas ou a realização de direitos fundamentais. No âmbito geral, categorizou-se os elementos-chave da disciplina em três categorias de instrumentos regulatórios, a saber, a definição de padrões, a coleta de informações e a modificação de comportamento.

Avançando à teoria de base, verificou-se que o termo regulação responsiva tomou forma na segunda metade do século XX, como terceira via no debate entre desregulação e intervencionismo estatal, e designa uma abordagem regulatória pouco rígida. Viu-se que, em sua acepção tradicional, a regulação responsiva é caracterizada pela (i) modulação da resposta estatal às particularidades de cada regulado, a depender de quão cooperativos os agentes econômicos demonstrarem-se no decorrer das interações regulatórias (“tit-for-tat enforcement”); (ii) preferência ao emprego de instrumentos administrativos menos onerosos e interventivos, a nível de sancionamento; e (ii) utilização de um arsenal diversificado de incentivos (nudges) sobre a esfera motivacional dos agentes regulados.

Constatou-se também que os desenvolvimentos mais recentes da teoria regulatória aplicável à abordagem responsiva debruçam-se sobre a etapa de coleta de informações dos regulados, embora o cerne da regulação responsiva refira-se à etapa de modificação de comportamentos. Extraiu-se da revisão bibliográfica duas diretrizes gerais à atividade fiscalizatória de um modelo responsivo de regulação setorial. A primeira consiste na modulação da intensidade, modo e frequência das atividades fiscalizatórias a depender das particularidades de cada regulado (tit-for-tat enforcement), de modo a priorizar o monitoramento dos agentes cujo risco regulatório seja patente (fiscalização assimétrica). A segunda refere-se à agregação formal de outras entidades no processo de fiscalização, descentralizando procedimentos específicos da etapa de coleta de informações (delegação de atos fiscalizatórios).

Na próxima seção, será demonstrado como os mecanismos regulatórios da abordagem responsiva, abstratamente apresentados no presente capítulo, conformam-se na realidade. Para tanto, será realizada uma análise da implementação de instrumentos responsivos no âmbito das agências reguladoras brasileiras, partindo da sua gênese institucional até os mais recentes desenvolvimentos normativos.

2 A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA BRASILEIRA

O presente capítulo visa percorrer as experiências recentes de aplicação da regulação responsiva em âmbito pátrio, notadamente no seio das agências reguladoras federais, com vistas a compreender as nuances da operacionalização dessa estratégia regulatória no Brasil e os meios jurídicos pelos quais foram levadas a cabo as alterações no modo de regular, a fim de subsidiar as balizas finais de legalidade que se pretende fornecer neste trabalho.

Para tanto, pretende-se partir do princípio. Ainda que diversas circunstâncias, de natureza multifatorial, influenciem o desenrolar da implantação de um projeto responsivo de regulação em nível nacional, não se pode olvidar das influências que o próprio desenho institucional das agências reguladoras exerce sobre a estruturação e operacionalização de uma nova perspectiva regulatória.

Assim, o caminho traçado neste trecho da dissertação, primeiro, atravessa o contexto em que foram erigidas as instituições responsáveis pela regulação pátria. A partir disso, é possível extrair suas características marcantes e transformações ao decorrer dos anos, ou seja, descrever as finalidades com as quais se pretendeu edificar um novo modelo regulatório no Brasil a partir da década de 1990, além de expressar como essas finalidades foram ou não atingidas e quais fatores levaram ao corrente remodelamento da regulação nacional – sob vestes responsivas –, viabilizando a compreensão holística do fenômeno de “responsivação” da regulação brasileira. Isso porque a normatização de regência da regulação em vigência é, antes de tudo, produto do processo político do período posterior à redemocratização brasileira. Nesse sentido, a incursão histórica permite compreender as nuances dos desenhos institucionais escolhidos a cada época.

Posterior à retomada histórica, apresenta-se o processo de responsivização da regulação brasileira por intermédio do estudo da sua estruturação em diferentes setores. Assim, com o objetivo de compreender como a regulação responsiva se inseriu no contexto brasileiro e no respectivo ordenamento jurídico, especialmente no que se refere a (i) quais momentos regulatórios a regulação responsiva têm sido utilizada pelas agências reguladoras – definição do padrão; coleta de informações ou alteração das condutas –, a (ii) quais instrumentos regulatórios a tem conformado, e a (iii) quais os apontamentos e discussões de legalidade pautam a sua estruturação, este estudo se utiliza dos casos da Anac, da Anatel e da Aneel para investigar tais aspectos por intermédio da revisão e incursão nos atos normativos que estruturam abordagens responsivas nas diversas agências.

Enquanto a análise a respeito da Anac tende a centrar-se na etapa de modificação de comportamentos da atividade regulatória, por conta da previsão de instrumentos regulatórios negociais e sancionatórios, a apresentação das experiências de regulação responsiva da Anatel e da Aneel enfatizam, respectivamente, as fases de definição do padrão e a coleta de informações, também em razão das especificidades de cada caso – conforme se verá adiante.

2.1 O ESTADO REGULADOR SOB O COMANDO E CONTROLE

A concepção e estruturação das agências reguladoras independentes, fruto da transformação no modelo de intervenção estatal na economia durante a década de 1990, derivou diretamente, em termos de arquitetura institucional e instrumental regulatório, do diagnóstico de crise do Estado e das soluções pretendidas àquele contexto histórico. As patologias que acometiam o Estado brasileiro entre a década de 1970 e 1990, por sua vez, resultaram de uma política fiscal deficitária cujas causas e efeitos não se circunscreviam exclusivamente ao território nacional, visto que os sintomas eram comungados, se não pela totalidade dos Estados Nação, ao menos, pelos componentes da América Latina⁴⁷.

Após a Era de Ouro do capitalismo (1945-1973) – caracterizada pela reconstrução global do pós-guerra, crescimento econômico acelerado, expansão do Estado de bem-estar social e novos padrões de consumo e tecnologia –, a maior parte dos países pertencentes ao chamado Terceiro Mundo mergulhou em águas mais profundas em relação à dívida externa. No início da década de 1990, “[...] iam dos três gigantes da dívida internacional (60 bilhões a 110 bilhões de dólares) – Brasil, México e Argentina – passando pelos outros 28 que deviam mais de 10 bilhões cada” (Hobsbawm, 1995, p. 411). Em resumo, “a história dos vinte anos após 1973 é a de um mundo que perdeu suas referências e resvalou para a instabilidade e a crise” (Hobsbawm, 1995, p. 393).

Além da preocupante hipertrofia da dívida externa, que compunha tão somente uma fração da dívida pública – dado que dívida interna também se apresentava excessivamente elevada –, a crise fiscal na América Latina se vinculava a outras causas estruturais. O ministro Bresser-Pereira (1991), ainda, indica como raízes da crise fiscal à época (i) o déficit público,

⁴⁷ “A partir de los años 90 se recepta en el país el cambio de orientación mundial de las ideas económicas, tanto abandonando la regimentación de la economía privada como traspasando nuevamente a la actividad privada ciertas actividades asumidas medio siglo antes por el Estado. Al efectuarse la desestatización algunas actividades quedaron además desmonopolizadas, libradas a las reglas del mercado y la libre competencia, sin una destacada regulación estatal. Por cierto, el Estado mantiene el deber de controlar si se produce una tendencia monopolizante o de abuso de posición dominante en el mercado, con la finalidad de mantener la competencia como regla. Y hay casos en que la regulación existe sin que se aplique la calificación de servicio público: bancos y entidades financieras, seguros etc.” (Gordillo, 1998, p. VI-5).

(ii) a poupança pública negativa ou diminuta, (iii) a falta de crédito do Estado – expressa na sua incapacidade de constituir uma dívida pública interna voluntária ou no prazo excessivamente curto dessa dívida (*overnight*) –, e (iv) a falta de credibilidade dos governos.

Nesse contexto, o Estado que começava a se esfacelar ao fim da Era de Ouro tinha três dimensões – econômica, social e administrativa –, todas interligadas (Abrucio, 1997). A dimensão econômica era keynesiana, identificada com a intervenção do Estado na economia, para mitigar os ciclos de recessão e desemprego, e marcada por uma política fiscal expansionista. Em âmbito pátrio, o keynesianismo também se identificava com o controle estatal de empresas em setores-chave – a título de exemplo, como ocorre com a Petrobras, Telebras e Eletrobras –, como parte de uma política de fortalecimento da economia nacional. Enquanto isso, a dimensão social do modelo correspondia ao Estado de Bem Estar Social; a sua dimensão administrativa coadunava com o chamado “[...] modelo burocrático weberiano, ao qual cabia o papel de manter a impessoalidade, a neutralidade e a racionalidade do aparato governamental” (Abrucio, 1997, p. 6).

Apesar dos sintomas da crise fiscal – e da crise do Estado – serem compartilhados de modo mais ou menos similar entre os países componentes do Terceiro Mundo, as particularidades do desenvolvimento econômico pátrio certamente temperaram o modo como foi experimentada e pretensamente solucionada a crise em solo brasileiro, afinal, o Estado assumira o protagonismo na produção de bens e prestação de serviços em setores como a mineração, o transporte ferroviário, a siderurgia, o petróleo e a energia elétrica, cada qual com suas especificidades tupiniquins.

O modelo de intervenção direta do Estado brasileiro na economia por intermédio de empresas estatais, inaugurado na revolução de 1930 e posto em prática na década de 1950, sendo levado às últimas consequências na década de 1970, com vistas a desenvolver a estrutura viária, o setor energético, a indústria de base e, no geral, dotar o país da infraestrutura essencial à industrialização privada (Saurin; Pereira, 1998), não parecia mais atender às suas razões fundantes. Isso porque o modelo de criação e manutenção de estatais para suprir os vazios estratégicos de oferta na estrutura industrial – isto é, em áreas onde o capital necessário era demasiado grande, o retorno baixo, ou o período de maturação muito longo, razão pela qual não se atraía capital privado nacional e/ou estrangeiro (Saurin; Pereira, 1998) – conduziu ao elevado endividamento do setor público.

Tabela 1 – Poupança em conta corrente das administrações públicas em relação ao PIB

Ano	% do PIB	Ano	% do PIB
1970	5,46	1983	(1,42)
1971	5,85	1984	(2,96)
1972	5,78	1985	(8,13)
1973	6,32	1986	(7,09)
1974	4,49	1987	(6,11)
1975	3,87	1988	(12,49)
1976	4,30	1989	(19,98)
1977	3,92	1990	(13,65)
1978	2,37	1991	(2,07)
1979	2,32	1992	(7,07)
1980	0,90	1993	(9,86)
1981	1,09	1994	(8,02)
1982	(0,35)	1995	(4,56)

Fonte: Saurin e Pereira (1998, p. 45).

Os dados apresentados na Tabela 1 explicitam o movimento de deterioração das contas públicas brasileiras entre 1970 e 1990. Enquanto a poupança pública em relação ao produto interno bruto ainda era positiva no curso dos anos 1970 – embora fosse evidente a dinâmica de declínio –, a partir de 1982, os déficits públicos não apenas iniciam na relação poupança pública/PIB como aumentam consideravelmente, chegando a -19,98% em 1989. A dificuldade crescente das sucessivas administrações públicas em gerar superávit e controlar o déficit, impactando diretamente a capacidade de investimento e a sustentabilidade da dívida pública, também impedia a manutenção do subsídio às estatais deficitárias em larga escala.

Ainda que não se possa olvidar a existência de certa atividade regulatória no Brasil anteriormente à década de 1990, bem descrita por Ramalho (2009) ao mencionar a criação, ao longo das décadas de 1930 e 1940 do Conselho Nacional do Café (1933), do Instituto do Açúcar e do Alcool (1934), do Conselho Nacional do Petróleo (1939), do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (1940); e do Conselho Nacional de Política Industrial e Comercial (1944), dentre outras instituições, a regulação setorial a nível nacional praticada em meados do século XX exercia um papel de coordenação mais próximo ao planejamento econômico centralizado – logo, subordinado ao governo central, atuando na execução de políticas de desenvolvimento setorial, sem grau considerável de autonomia normativa, administrativa e financeira – do que propriamente à regulação moderna, pautada pela autonomia técnica, poder normativo e fiscalizatório, além de um foco na transparência e na participação social.

Se, do lado econômico, ao passo que o compromisso keynesiano parecia esgotado, a alternativa oferecida era aquela propagada pela minoria de teólogos econômicos ultraliberais, já com o zelo ideológico reforçado pela visível impotência das políticas econômicas convencionais face à crise fiscal, sobretudo após a crise do petróleo (Hobsbawm, 1995), do lado administrativo, a conjunção de fatores – consistente no somatório do sentimento antiburocrático fomentado na população (“caça aos marajás”), da crença de que o modelo de gestão adequado seria aquele do setor privado e da ascensão de um gênero liberalizante de vertentes teóricas, no qual também se enquadra a escola da *public choice*, antíteses às tradicionais burocracias estatais – deu azo ao avanço do modelo gerencial como referência ao setor público (Abrucio, 1997). A seguir, exploram-se as alterações normativas responsáveis por encampar essas alterações em âmbito institucional.

Dois momentos legislativos ao longo dos anos de 1990 foram cruciais para a conversão do modelo Estatal de intervenção na economia, de Estado empreendedor à agencificação da regulação brasileira: (i) o Programa Nacional de Desestatização (PND), com teor de retirada do ente público da condição de player econômico direto, e (ii) o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), cujo objeto, além de reforçar a privatização em determinados setores, apresentou um novo modelo de intervenção estatal indireta, ou seja, as agências reguladoras (Brasil, 1995a, 1997f).

O PND, implantado por intermédio da Medida Provisória n.º 155/1990 – posteriormente convertida na Lei n.º 8.031/1990 –, anunciado dentre as medidas conhecidas como “Plano Collor I”, consistiu em um primeiro movimento administrativo formulado com vistas a abandonar o modelo de intervenção estatal direta na economia em grande parte dos setores até então monopolizados pela Administração (Brasil, 1990b). Nisso, não se pode olvidar que a atração de capital externo representava uma das forças motrizes desse movimento estatal. Nos termos da mencionada legislação, buscava-se reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades “indevidamente” exploradas pelo setor público e contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público. A debandada do Estado da exploração direta de atividades econômicas em parte dos setores foi crucial para o desenho institucional do novo modelo regulatório porvir. Assim, a posterior criação das agências reguladoras

acompanhou o processo de abertura de certos mercados a entes privados e conferiu maior independência técnica ao marco regulatório, estimulando novos investimentos e a introdução ou fortalecimento da livre concorrência. Esse movimento foi

acompanhado de privatização (como ocorreu no setor de telefonia e de transportes ferroviários), privatização parcial (energia) ou somente permissão para o ingresso de entes privados sem a privatização da empresa estatal (petróleo). Em mercados como o de transportes rodoviários e aéreos, nos quais já não se presenciava a participação direta estatal, o movimento foi no sentido de permitir o ingresso de novos competidores, introduzindo ou fortalecendo a livre concorrência (Fujiwara; Machado; Oliveira, 2005, p. 167).

Por decorrência lógica, não poderia o Estado adstringir-se à regulação dos mercados se, no mesmo setor, monopolizasse os serviços por intermédio de empresa estatal; desse modo, a abertura dos setores às companhias privadas chancelou a posterior constituição de um modelo institucional de Administração Pública influenciado pelo arquétipo oriundo dos Estados Unidos da América.

Esse movimento foi consubstanciado no PDRAE de 1995; eis o que advento das agências reguladoras como entidades independentes, hoje responsáveis pela regulação da ampla maioria dos setores da economia, data precipuamente dessa reforma de Estado, operacionalizada durante os mandatos (1995-2002) do presidente Fernando Henrique Cardoso (Nunes; Molhano; Peixoto, 2007) e inserida em um contexto geográfico e axiológico sobre o qual vigoravam as máximas de fomento à austeridade fiscal e à privatização de empresas estatais enquanto refúgio à crise fiscal que acometia os países latino-americanos. Em síntese, buscava-se diminuir o superendividamento da nação por intermédio da adequação a um ideário fiscal compatível com uma “economia de mercado” (Brasil, 1995, p. 10-11).

Assim, diante do direcionamento da vontade política à adequação do aparato estatal com as diretrizes econômicas e fiscais traçadas no Consenso de Washington à época, procedeu-se ao PDRAE como uma resposta à constatação de uma crise do Estado. Dado o contexto global, os contornos dessa crise, nos termos anunciados pelo Governo Federal, consistiam em

(i) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda de crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (ii) como o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo dos países comunistas; e (iii) como a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática (Brasil, 1995, p. 15).

Dessa forma, inicia-se o chamado processo de “agencificação” da regulação brasileira, ou seja, a descentralização administrativa de determinadas atividades do Estado por intermédio da criação de agências reguladoras mais ou menos independentes (Di Pietro, 2004). Muito embora a existência de entidades de Direito Público dotadas de poder

regulatório já não fosse novidade em âmbito pátrio no início da década de 1990 – Banco Central, CADE, Superintendência de Seguros Privados, Comissão de Valores Mobiliários etc. –, esses órgãos não detinham as características marcantes das agências reguladoras criadas no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990, no processo de transformação do papel do Estado na esfera econômica (Fujiwara; Machado; Oliveira, 2005, p. 166).

Aliás, embora a formatação institucional das agências reguladoras então tivesse “[...] como musa inspiradora a ‘agency’ do Direito Administrativo norte-americano” (Perez, 2007, p. 60), para além da polissemia do termo⁴⁸, não eram poucas as diferenças entre ambos os modelos.

A começar, as circunstâncias políticas e econômicas que ensejaram a sua consolidação eram, argumentavelmente, antagônicas. Enquanto nos Estados Unidos, cujo mercado fora historicamente pautado pela ortodoxia liberal, o fortalecimento das *agencies* ocorreu no curso do New Deal, justificado pela premissa de maior intervencionismo estatal na economia com vistas a superar a crise instalada a partir da Grande Depressão de 1929 (Oliveira, 2009), no Brasil – assim como o restante da América Latina e da Europa Continental –, cujas sucessivas “[...] demandas e convulsões sociais e políticas [...] levaram o Estado a adotar uma política estatizante” (Aragão, 2005, p. 127), a consolidação das agências reguladoras ocorreu em um contexto de expressa liberalização da economia, com a abertura do mercado à privatização de empresas públicas. Além disso, o regime jurídico dos modelos também é diverso, quer em razão das diferenças naturalmente verificadas entre um sistema de *common law* e outro de *civil law*, quer por conta das suas especificidades, como o nível de independência da agências em relação ao Poder Executivo, ao tempo e flexibilidade do mandato dos dirigentes, às atribuições e aos poderes das agências etc.

A partir da proposta de reforma do Estado apresentada no curso do primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, no mesmo contexto da promulgação da Lei das Concessões – Lei n.º 8.987/1995 (Brasil, 1995b) – e, como já se mencionou, da privatização de setores-chave na economia nacional – notadamente a energia elétrica (1995) e a telefonia (1998) – criaram-se as primeiras agências reguladoras brasileiras, a Anatel, a Aneel e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), responsáveis por empreender os esforços regulatórios iniciais de fiscalização da qualidade dos serviços recém-abertos ao capital privado e do “[...] cumprimento dos contratos com as operadoras

⁴⁸ O termo dá azo a distintos significados conceituais, eis que abrange a variedade taxonômica de entidades administrativas dos Estados Unidos, incluindo as executive agencies, regulatory agencies, non regulatory agencies; independent regulatory agencies, etc.

quanto à oferta desses serviços, além de definir preços e tarifas de acordo com os princípios estabelecidos em contrato” (Lazzarini, 2009, p. 62).

Alicerçadas no modelo jurídico-institucional das três agências de primeira geração derivadas diretamente da privatização dos serviços mencionada, outras oito agências federais e vinte e três agências estaduais foram instauradas (Nunes; Molhano; Peixoto, 2007), costumando-se segmentar a sua operacionalização ainda em agências de segunda geração – Anvisa e Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculadas ao Ministério da Saúde e relacionadas à busca por eficiência e modernização do aparelho estatal – e terceira geração, com distintas finalidades e formatos, a exemplo da Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional do Cinema (Ancine), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Anac e Agência Nacional de Mineração (ANM).

Em termos econômicos, não faltaram razões para que o aparelho estatal lançasse mão do instrumental de comando e controle na implantação e desenvolvimento do Estado regulador no Brasil. Afinal, a crise fiscal foi a razão fundante e expressa da reforma que ensejou a agencificação da Administração Pública. Além disso, a cultura política brasileira, à época, recém-marcada por mais um período de centralização e autoritarismo, e a busca por legitimidade institucional no seio das agências reguladoras – inserta em um contexto cuja opinião pública comungava do afã antiburocrático que deu vez, dentre outras medidas, à privatização das estatais – influenciou a concepção das agências como instrumentos de controle rígido. Isso se manifestou na imposição de normas detalhadas e punitivas, com pouca margem para adaptação a mudanças de contexto, cuja razão de fundo pretendia reforçar a confiança do mercado e da sociedade na atuação estatal.

No entanto, as balizas administrativas tradicionais, em um primeiro momento, também conduziam à consolidação de um modelo de regulação de comando e controle. A intervenção da Administração no domínio econômico – especialmente a partir da hipertrofia de atribuições do Poder Público ao longo do século XX, com o robustecimento do Estado Social e a incorporação de um extenso catálogo de direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e difusos – utilizava-se da noção clássica e verticalizada de poder de política para conformar as condutas reguladas. Isto é, ela partia da crença na onipotência estatal para prescrever estruturas normativas rígidas e cogentes na ordenação das atividades privadas.

Uma vez definidas as regras de conduta exigíveis dos administrativos, “[...] o poder de polícia daria conta de conformar o comportamento dos agentes econômicos às razões do Estado, mediante uso da força, se necessário” (Binenbojm, 2016, p. 160). Ao tradicional

modelo prescrição-sanção, caracterizado pela centralização deliberativa no polo da própria Administração, dá-se o nome de comando e controle – o qual o Estado regulador passou a recorrer como remédio jurídico adequado na consecução da conformidade regulatória.

Contudo, não ocorreu desprovida de nuances a agencificação da Administração Pública – ou a estruturação do Estado regulador brasileiro. Não se pode desconsiderar a crescente abertura do ordenamento jurídico e da Administração aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos (Palma, 2010). Ademais, ao processo de virada no paradigma regulatório, o professor Marques Neto (2005) credita mudanças de diversas ordens no exercício da autoridade estatal: (i) uma primeira ordem de mudanças na alteração do foco principal da regulação, deslocado do interesse do Estado à primazia da proteção ao consumidor/usuário; (ii) um deslocamento do caráter impositivo, vertical e autoritário da regulação para um eixo mais negocial e horizontal na condução de suas atividades; (iii) uma crescente “procedimentalização”, transparência e especialização no exercício da regulação; e (iv) alterações nos instrumentos jurídicos e administrativos propriamente ditos – nesse plano, constando a criação das agências independentes, entendidas como instrumentos aptos a concretizar as mudanças narradas acima. Isso tudo leva a crer que esses vetores tenderam a ressaltar-se cada vez mais nos desenvolvimentos recentes da regulação nacional.

Embora não fosse rara a previsão de mecanismos consensuais – TAC e similares – via atos normativos das próprias agências reguladoras⁴⁹, especialmente após consolidar-se como praxe a previsão do processo administrativo setorial de cada agência reguladora por intermédio de regulamentação própria, atenta às disposições da Lei n.º 9.784/1999, a regra mantinha-se na seara de comando e controle (Brasil, 1999a). É dizer: as previsões esparsas de acordo administrativo substitutivo da sanção não conformavam o regime jurídico sancionatório das agências, que se orientavam, predominantemente, pelo modelo de simples subsunção do fato à norma punitiva.

Ao que apontam os indícios bibliográficos e documentais, a regulação de comando e controle, enquanto paradigma balizador da atividade regulatória em âmbito nacional, não logrou (i) a pretendida arrecadação por intermédio das sanções pecuniárias e (ii) a otimização no que se refere à conformidade legal e regulamentar dos entes regulados – conforme se verá adiante em relação aos casos específicos das agências reguladoras selecionadas. Adianta-se que a estrutura regulatória de comando e controle contou historicamente com um baixo índice

⁴⁹ A exemplo das resoluções n.º 987/2008 da ANTAQ, Resolução n.º 333/2008 da Aneel, e Resolução n.º 57/2001 da ANS.

de recolhimento efetivo dos valores administrativamente impostos aos regulados que descumpriram as obrigações regulamentares.

Entre as multas aplicadas por entidades de fiscalização, agências reguladoras e outros órgãos federais com atribuições de fiscalização e controle, entre 2011 e 2014, o Plenário do TCU (Brasil, 2017c) identificou um percentual médio de 6,03% de multas efetivamente arrecadadas. No mesmo diapasão, no interstício de 2015 a 2016, o mesmo órgão constatou um percentual consolidado de 2,37% de multas arrecadadas relativas àquelas impostas pelas entidades e órgãos federais responsáveis pela aplicação de multas administrativas (Brasil, 2020f).

Conforme mencionado na seção anterior, apesar de não ser possível afirmar a completa disfuncionalidade do sistema sancionador, é nítido que a mera dissuasão por via do modelo prescrição-sanção não lidou em completude com o problema de *enforcement* legal – e especialmente regulamentar –, que acaba por ensejar a desconformidade regulatória.

Os autores da regulação responsiva já alertavam sobre o risco de a regulação de comando e controle, enquanto resposta genérica e descalibrada do Estado a qualquer infração sobre a qual tome conhecimento, dar vez a uma subcultura de resistência à regulação (Ayres; Braithwaite, 1992), em que métodos de evasão às normas regulamentares são incorporados à socialização industrial, fazendo com que se engendre o assim chamado “jogo de gato e rato regulatório” (Ayres; Braithwaite, 1992, p. 26) – inclusive no tocante à efetiva arrecadação de multas eventualmente aplicadas. Além disso, os professores Freitas, Aranha e Moura Filho (2024, p. 4) salientam outros fatores de inadequação da abordagem de comando e controle que têm sido evidenciados pela bibliografia recente, como

os altos custos associados às atividades de fiscalização (Alves; Peci, 2011), a decisão deliberada pelo descumprimento devido aos custos punitivos (Uhr; Uhr, 2014), os encargos excessivos impostos aos reguladores para implementar práticas de comando e controle (Blanchet; Bubniak, 2017), a falta de incentivos para que os agentes privados cumpram as normas (Lacerda; Thomas, 2019) e a ineficiência dos instrumentos sancionatórios (TCU, 2006, 2017; Silva, 2017; Fonseca, 2019).

A partir das constatações, de cunho teórico e empírico, a respeito da problemática subjacente à adoção de um modelo regulatório tão somente rígido e punitivo, a regulação responsiva emergiu como uma abordagem mais adaptável, que prioriza o diálogo, a cooperação e a proporcionalidade. Trata-se da tendência emergente do cenário regulatório brasileiro, conforme se depreende dos sucessivos movimentos para sua adoção no seio das agências reguladoras, como a Anac, a Aneel, a ANTAQ, a Anatel, a ANA, e tantas outras.

Insta frisar, ainda, que a convergência dos processos regulatórios ao paradigma de fiscalização continuada e de modulação das medidas administrativas, cuja gravidade da intervenção seja proporcional ao desvio do comportamento, “[...] ilustra um estado de amadurecimento constitucional, legal e institucional” (Galvão *et al.*, 2021, p. 82).

A implantação progressiva de mecanismos de regulação responsiva, a fim de aprimorar o modelo de comando e controle, além de ser uma resposta à ineficiência sancionatória, também busca alinhar a regulação a valores democráticos, como a transparência e a construção de confiança mútua entre reguladores e regulados.

Uma vez assentado a dinâmica contextual que levou à consolidação do Estado regulador brasileiro nos moldes contemporâneos, a seguir, exploram-se os casos específicos de adoção da regulação responsiva no Brasil, buscando-se inferir as respectivas causas que conduziram à sua instauração, os meios e os instrumentos regulatórios pelos quais foram estruturadas as abordagens de regulação responsiva na prática e, por fim, o plano de fundo jurídico que fundamentou a sua operacionalização, com vistas a dar forma à discussão de legalidade dos mesmos.

2.2 A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANAC

A Anac, criada pela Lei n.º 11.182/2005 como uma das últimas componentes da terceira geração de agências reguladoras no Brasil – enquanto tal, dotada de autonomia administrativa, financeira e decisória –, é a entidade técnica responsável por regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária em âmbito nacional – art. 2º – incluindo a edição de normas técnicas – art. 8º, XI, XXIX e XXX –, a certificação de aeronaves, produtos aeronáuticos e profissionais da aviação civil – art. 8º, XIV, XVII, XXXI e LIV – e a tipificação/cominação de sanções aos infratores das disposições legais e administrativas – art. 8º, XXXV, LI e LIII (Brasil, 2005).

Segundo a nomenclatura da própria agência, a taxonomia da atuação regulatória da Anac pode seguir dois referenciais: a natureza da regulação – ou a temática regulada pela agência – e o tipo de atividade regulatória exercida pela agência (Anac, 2017). A atuação da Anac pode ser dividida, sob o prisma do tipo da atividade regulatória: em (i) regulamentação; (ii) certificação e outorga; e (iii) fiscalização e sanção. Já a natureza da regulação é dividida em quatro eixos: (i) *safety* (segurança operacional); (ii) *security* (segurança contra atos de interferência ilícita – AVSEC); (iii) regulação econômica de aeroportos; e (iv) acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente

denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos enquadram-se no gênero da regulação econômica.

Não são enxutas as funções da Anac a ponto de viabilizar o seu exaurimento no presente trabalho. Aliás, o art. 8º da Lei n.º 11.182/2005, cujo teor versa acerca de suas atribuições legais, conta com mais de cinquenta incisos, cada qual, no mais das vezes, descrevendo pormenorizadamente uma atividade regulatória específica em relação ao setor regulado (Brasil, 2005). Até porque a relevância da presente incursão na atuação da Anac reside majoritariamente na seara dos atos normativos elaborados pela própria agência, visto que a disciplina dos processos administrativos, no âmbito das autarquias especiais, e a conformação do Direito Administrativo sancionador aos postulados da regulação responsiva – como a instrumentalidade da sanção, o fomento à consensualidade, a adaptação da resposta administrativa ao perfil do agente – é comumente estabelecida por normas infralegais (Palma, 2010).

A linha do tempo de implantação dos instrumentos de regulação responsiva na Anac é variável a depender dos parâmetros utilizados. Sob a nomenclatura de “regulação responsiva” propriamente dita, partilha-se do parecer segundo o qual “[...] no âmbito da Anac, os trabalhos para a implementação da regulação responsiva começaram no ano de 2018, foram priorizados no ano seguinte (2019) e estão atualmente abarcados pelo planejamento institucional de curto a médio prazo (Plano Estratégico 2020-2026)” (Galvão *et al.*, 2021, p. 82) – conforme se verá adiante, a partir da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018).

2.2.1 Antecedentes à regulação responsiva na Anac

Antes da estruturação consciente e voluntária de uma abordagem assumidamente responsiva pela agência, é perceptível o empreendimento de esforços no sentido de dar início a um processo de adequação da resposta estatal às particularidades do regulado.

O primeiro exemplo guarda relação com o estabelecimento de diretrizes para a fiscalização baseado em riscos, advindo do Programa de Segurança Operacional Específico da Anac (PSOE-Anac) e de seus desdobramentos (Anac, 2015). Após, se menciona o documento intitulado Diretrizes para a Qualidade Regulatória, que anunciou estratégias de diálogo setorial e de modulação da fiscalização da agência (Anac, 2017).

Como parte do Programa Brasileiro para a Segurança Operacional da Aviação Civil (PSO-BR), estabelecido inicialmente pela Portaria Conjunta n.º 764/GC5/2009, a agência

aprovou o PSOE-Anac, por intermédio da Resolução Anac n.º 352/2015, no âmbito de sua regulação técnica voltada à *safety* (Anac, 2015).

O PSOE-Anac anunciou, além do compromisso com a criação de um diálogo setorial – art. 75⁵⁰ –, o ímpeto da agência de promover a fiscalização cooperativa com os regulados no âmbito da segurança operacional, por meio da determinação – art. 36 e 37 – de criação de Sistemas (internos) de Gerenciamento de Segurança Operacional (SGSO) pelos Provedores de Serviços de Aviação Civil (PSAC)⁵¹ regulados, estabelecendo standards em relação à estruturação⁵² do sistema de cada regulado – art. 42 –, também relacionados à incorporação de – art. 39 – indicadores de desempenho – inciso II –, identificação e gerenciamento de riscos – inciso IV –, fiscalização interna – inciso VI – e comunicação dos resultados – inciso IX (Anac, 2015).

Há previsão, na mesma norma, de regulação cooperativa⁵³ em relação aos eventuais descumprimentos regulatórios por parte dos agentes econômicos que incorporarem adequadamente o sistema interno predicado pela Anac – art. 30⁵⁴ –, isto é, situações em que a Anac permite aos agentes econômicos a correção de irregularidades sem maiores interferências da Agência, contanto que comprovada posteriormente a efetividade das ações corretivas (Anac, 2015).

⁵⁰ “Art. 75 A Anac deve desenvolver iniciativas, em colaboração com a indústria da aviação civil, para o compartilhamento de dados e informações de segurança operacional” (Anac, 2015).

⁵¹ Incluem-se na categoria de PSAC, na forma do art. 43 do PSOE-Anac, aeroclubes, escolas de aviação civil e centros de treinamento de aviação civil que estejam expostos a riscos à segurança operacional durante a prestação dos seus serviços, certificados – inciso I –; operadores regidos pelos Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) n.º 121 e n.º 135, detentores de Certificado de Empresa de Transporte Aéreo segundo o RBAC n.º 119 – inciso III –; detentores de Certificado de Manutenção de Produtos Aeronáuticos – inciso IV –; organizações responsáveis pelo projeto ou fabricação de aeronaves, certificadas segundo o RBAC n.º 21 – inciso V –; aeródromos civis públicos sujeitos à aplicabilidade do RBAC n.º 139 – inciso VI –; e outros cuja aplicabilidade do Sistema de Gerenciamento da Segurança Operacional seja definida como necessária pela Diretoria – inciso VII (Anac, 2015).

⁵² O programa estabelece componentes mínimos necessários à estruturação do sistema interno de cada regulado, a teor do art. 42 do PSOE-Anac, dividido nos seguintes gêneros: (i) política e objetivos da segurança operacional; (ii) gerenciamento de riscos à segurança operacional; (iii) garantia da segurança operacional; e (iv) promoção da segurança operacional. A fim de não tornar o formato demasiadamente engessado, o programa também menciona a definição de critérios de escalabilidade dos sistemas internos de cada regulado, a depender do porte e complexidade das atividades de cada um deles – art. 44 (Anac, 2015).

⁵³ Observa-se a presença de um elemento próprio à autorregulação regulada – ou autorregulação com constrangimento estatal – da teoria responsiva: a exigência que o regulado 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” (Aranha, 2024, p. 171).

⁵⁴ “Art. 30 A Anac deve estabelecer condições e circunstâncias sob as quais os PSAC seriam permitidos lidar e resolver internamente deficiências específicas em relação ao cumprimento aos regulamentos, no âmbito de seus respectivos SGSO, com a condição mínima de que comprovem à Agência a efetividade das ações corretivas aplicadas”.

Esse modelo de fiscalização, balizado na complementação entre sistemas internos e externos de monitoramento – inicialmente orientado pelos riscos à atividade regulada e seus efeitos para a segurança operacional da aviação civil –, foi um dos precursores da modulação da fiscalização exercida pela Anac em relação à *safety*. Posteriormente, a agência viria a desenvolver um projeto em parceria com a Universidade de Brasília, na tentativa de adequá-lo ainda mais a mecanismos de incentivos⁵⁵.

O ponto fulcral dessa complementação consiste na substituição das tradicionais inspeções pontuais – que já levam em conta os riscos de segurança operacional – por uma estratégia de inteligência analítica que trate de maneira diferenciada cada regulado a partir do perfil de risco específico de cada operador, associando a fiscalização também à estrutura da organização e ao seu histórico de conformidade com os requisitos e obrigações de segurança (Aranha *et al.*, 2021a).

Além disso, o PSOE-Anac ensejou a adequação contínua das atividades de fiscalização da segurança operacional exercidas pela própria agência, quer diretamente, quer indiretamente, às especificidades do contexto setorial. Desse modo, previu-se – art. 28, 77 e ss. (Anac, 2015) – um mecanismo formal de revisão cíclica e estratégica do Sistema de Supervisão da Segurança Operacional, o Plano de Supervisão da Segurança Operacional (PSSO-Anac), equivalente aos *safety plans* dos demais países e ao Global Aviation Safety Plan da International Civil Aviation Organization (Anac, 2019b), agência especializada das Nações Unidas, pautado pela máxima da priorização das ações da Anac a depender dos riscos.

As mais recentes modelagens do PSSO-Anac – cujo primeiro documento fez menção ao triênio 2020-2022 (Anac, 2019a), sucedido pelo PSSO-Anac referente ao triênio 2023-2025 –, especialmente conectadas às dinâmicas internacionais de segurança operacional, decorrem também do Plano Nacional de Segurança Operacional para a Aviação Civil (PNSO), elaborado pelo Comitê de Segurança Operacional da Aviação Civil Brasileira – composto tanto por membros da Anac quanto por integrantes do Comando da Aeronáutica.

Os “contornos responsivos” do PSOE-Anac relacionam-se não apenas à fase de coleta de informações da atuação regulatória, mas também à modificação de comportamentos (Anac, 2015). Ainda que o programa não tenha representado uma ruptura absoluta com a lógica de comando e controle, visto que o PSOE-Anac dispõe rigidamente que a agência deve impor “ações coercitivas contra os entes regulados que infringirem a legislação” em resposta aos riscos identificados no ambiente operacional – art. 32, I –, é apresentado um primeiro

⁵⁵ A exemplo do Termo de Execução Descentralizada ANAC/UNB/s/n.º 2020 (processo Anac n.º 00058.019955/2020-27).

ímpeto da agência de flexibilização da resposta administrativa a depender da conduta do agente (Anac, 2015).

A redação do art. 32 do PSOE-Anac parte de premissas responsivas ao balizar a atividade sancionatória em seara de segurança operacional no histórico de (não) comprometimento do regulado ao longo das interações regulatórias, dispondo que a coerção da agência deve ser imposta especialmente em face daqueles regulados que infringirem “de forma reiterada ou deliberada a legislação” – inciso I –, distinguindo-se a infração “deliberada” (dolo) da infração “por erro” (culpa) a partir de regulamentação vindoura – inciso II –, enquanto a interação com os regulados que demonstrarem comprometimento com a solução das deficiências deve ser pautada por ações de acompanhamento e orientação – inciso II (Anac, 2015).

Trata-se, em síntese, de uma noção esboçada do *tit-for-tat enforcement*, que viria a ser operacionalizado nos atos normativos vindouros, especialmente via Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018). Apesar da intenção de adequação da resposta regulatória, o PSOE-Anac não materializa os meios pelos quais a agência propunha identificar e categorizar os perfis de comportamento dos regulados.

Dito isso a respeito dos programas referentes à segurança operacional, cumpre frisar que a natureza da temática regulatória da *safety*, até por conta do histórico do desenvolvimento da aviação civil global, não descola das máximas da precaução e do gerenciamento de riscos. A rigor, o PSO-BR, o PSOE-Anac e o PSSO não são documentos essencialmente responsivos, tampouco visam “aparar as arestas” da hipertrofiada abordagem de comando e controle. São, isso sim, tradução da tradição – inclusive internacional – centenária de segurança na aviação, do que se relacionam com atividades eminentemente fiscalizatórias. Apesar disso, a Anac, enquanto parte da última geração de agências reguladoras criadas no Brasil, gozou do privilégio de observar as dinâmicas do modelo comando-controle e as tentativas de abordagens responsivas em outras agências, inclusive na Anatel (Zucchini, 2023).

A partir de 2017, com a publicação da Portaria n.º 3.092/2017, que aprovou a edição do documento orientativo sobre “diretrizes para a qualidade regulatória”, advieram mais esboços do ímpeto da agência em conformar a sua atividade regulatória à regulação responsiva. Todavia, a própria publicação desse documento, de teor orientativo “*interna corporis*”, que “[...] formaliza quais caminhos devem ser trilhados pelo corpo de servidores” (Anac, 2017, p. 5), comunicou o norte da atividade regulatória ao setor regulado previamente à adoção das medidas anunciadas, comungando dos postulados responsivos de abertura de um

canal de diálogo com os regulados e sinalização da preferência do regulador em atingir os objetivos pelo suporte e educação, bem como da potencial escalada de medidas – nesse caso, fiscalizatórias – no caso de não conformidade. A cada uma das seis diretrizes para a qualidade regulatória da agência constantes no documento⁵⁶ correspondem variadas estratégias para atingimento dos objetivos específicos.

Além da compatibilidade entre as recomendações tradicionalmente compreendidas enquanto responsivas e as lógicas subjacentes às diretrizes constantes no documento aprovado pela Portaria n.º 3.092/2017 de regulação técnica (modelação do arcabouço técnico-regulatório com base no risco associado às operações), regulamentação (adequação da intervenção regulatória de acordo com a necessidade) e fiscalização (priorização), chamam atenção algumas estratégias enumeradas pela Agência com teor convergente aos nove princípios à regulação responsiva⁵⁷ elaborados por John Braithwaite.

Destacam-se, de um lado, as estratégias voltadas à estruturação de um diálogo com os agentes do setor – especialmente na fase regulatória de estabelecimento do padrão, ou regulamentação – e, de outro, aquelas afetas à adequação da regulação – quer na fase de coleta de informações, quer na fase de modificação de comportamentos – às particularidades do ente regulado.

A mais do que já se mencionou a respeito da própria publicação de um documento diretivo, a comunicação com o setor regulado também foi privilegiada tanto por via da

⁵⁶ As diretrizes podem ser sintetizadas genericamente do seguinte modo: (i) Ambiente regulatório: a Anac deve desenvolver um ambiente regulatório estável e sustentável (Ambiente Regulatório); (ii) Regulação técnica: a Anac deve modelar seu arcabouço técnico-regulatório com base no risco associado às operações e orientado ao desempenho esperado dos entes regulados; (iii) Regulação econômica: a Anac deve modelar seu arcabouço econômico-regulatório para promover a concorrência, a fim de ampliar a oferta de serviços do setor; (iv) Regulamentação: a Anac deve realizar a adequada intervenção regulatória quando necessária, mantendo sua estrutura normativa compreensível e atualizada; (v) Planejamento da fiscalização: 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; e (vi) Execução da fiscalização: a Anac deve direcionar seus esforços para que suas ações de fiscalização induzam os entes regulados a apresentarem o desempenho adequado (Anac, 2017).

⁵⁷ “(1) Leve em consideração o contexto e não imponha teorias preconcebidas; (2) Ouça atentamente; estruture um diálogo que (a) Dê voz às partes interessadas; (b) Fixe resultados negociados e a forma de monitoramento quanto ao seu atingimento; (c) Construa compromissos, auxiliando os atores a encontrar a sua própria motivação para melhorar; (d) Comunique aos regulados o compromisso de dedicação à solução de um problema até o seu saneamento; (3) Engaje aqueles que oferecem resistência; mostre-lhes respeito, utilizando a resistência como uma oportunidade para aprender a aprimorar o desenho regulatório; (4) Valorize quem demonstra compromisso com a inovação, com a melhoria contínua, ajude os líderes do setor regulado a alcançarem novos patamares de excelência; (5) Sinalize a preferência em atingir os objetivos pelo suporte e educação; (6). Sinalize, mas não ameace, o repertório de sanções que poderão ser escaladas; mostre que as sanções última instância serão utilizadas quando necessárias e para situações excepcionais; (7) Construa uma governança em rede da pirâmide, pelo engajamento de várias redes de parceiros na movimentação da pirâmide; (8) Eleja a responsabilidade ativa (responsabilidade pelo atingimento de melhores resultados no futuro) e recorra à responsabilidade passiva apenas quando a responsabilidade ativa falhar; e (9) Aprenda; avalie o quão bem e a quais custos os resultados foram alcançados; e divulgue as lições aprendidas” (Braithwaite, 2011, p. 476).

previsão de ampla divulgação das ações regulatórias da Anac, no sentido de fomentar a segurança jurídica e a previsibilidade no ambiente regulatório – estratégia n.º 3 da diretriz afeta ao “ambiente regulatório” –, quanto por intermédio da disposição do regulador em dialogar amplamente com os agentes setoriais no curso da normatização administrativa, assegurando a transparência de informações no processo regulamentar – exposição de motivações, referências dos estudos, alternativas consideradas e impactos esperados – e a manifestação das entidades interessadas na regulamentação (Anac, 2017)⁵⁸ – em um contexto marcado pela anterioridade à previsão legal da Análise de Impacto Regulatório – Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 2019a) –, as estratégias da Anac no que se refere à sua atividade normativa já anunciavam a indispensabilidade de aferição de seu impacto econômico.

Constata-se o início do processo de recomendação aos servidores da Anac para que se adequasse a resposta administrativa no caso prático às particularidades do agente econômico, especialmente no âmbito das diretrizes voltadas à atividade fiscalizatória da agência. É o que se infere a partir da previsão, nesse documento, da modelagem de intervenção da atividade regulatória a partir de parâmetros como o risco gerado à sociedade, o comportamento histórico do segmento e a condição econômica do ente regulado (Anac, 2017), da priorização da fiscalização com base em critérios determinados – número de vidas humanas expostas à operação, nível de risco, histórico de cumprimento às normas técnicas pelo regulado, distinguindo-se erros de violações deliberadas etc. – e, especialmente, da aplicação de medidas de natureza sancionatória, preventiva e cautelar⁵⁹.

2.2.2 Instrumental responsivo na modificação de comportamentos

⁵⁸ Extrai-se da seção de “regulamentação” das diretrizes para a qualidade regulatória as seguintes estratégias: (i) estímulo aos agentes econômicos do setor a estruturar e apresentar dados que permitam a qualificada avaliação de impacto em todas as etapas do desenvolvimento normativo – estratégia n.º 3 da diretriz afeta à “regulamentação” –; (ii) garantia de que os agentes econômicos que possam ter seus direitos ou interesses afetados por proposta de regulamentação tenham amplo acesso aos esclarecimentos, motivações, referências utilizadas nos estudos, alternativas consideradas e impactos esperados, bem como meios adequados para a sua manifestação junto à Anac – estratégia n.º 4 da diretriz afeta à “regulamentação” –; (iii) garantia de manifestação no processo normativo das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulamentação – estratégia n.º 5 da diretriz afeta à “regulamentação” –; e (iv) asseguramento dos meios para que a regulamentação proposta seja compreensível e clara (Anac, 2017).

⁵⁹ Extrai-se da seção de “ambiente regulatório” das diretrizes para a qualidade regulatória as seguintes estratégias: (i) o estabelecimento de instrumentos de ação regulatória que sejam coerentes com o grau de intervenção necessária, que, respeitados os limites aceitáveis de risco, considerem as peculiaridades dos diversos entes regulados e minimizem as distorções concorrenciais – estratégia n.º 4 da diretriz afeta ao “ambiente regulatório” –; (ii) a garantia de que a modelagem de intervenção nos diferentes tipos de atividade regulatória, aplicados aos diversos segmentos do setor, sejam proporcionais à exposição do risco gerado à sociedade, ao comportamento histórico do segmento e à condição econômica do ente regulado – estratégia n.º 5 da diretriz afeta ao “Ambiente Regulatório” –; (iii) a aplicação devida de medidas de natureza preventiva, sancionatória e cautelar que visem manter a segurança das operações e a qualidade do serviço prestado à sociedade – estratégia n.º 8 da diretriz afeta ao “ambiente regulatório” (Anac, 2017).

A normatização da regulação responsiva no âmbito da Anac foi protagonizada pela Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018), tida como uma das normas pioneiras na estruturação de uma metodologia com tendências responsivas no âmbito das agências reguladoras – nem se fale no setor da aviação civil –, e complementada pela Resolução n.º 599/2020 (Anac, 2020b). Seguir-se-á a ordem cronológica de normatização no tratamento desses regulamentos.

A Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018), fruto do Projeto Prioritário Enforcement da Anac, é o principal documento no que se refere à incorporação de premissas responsiva às atividades da Anac, ainda que se comungue do entendimento de que esse regulamento poderia ter avançado ainda mais em relação à delimitação das situações de cabimento das providências preventivas e ao escalonamento entre essas modalidades não sancionadoras e o processo administrativo sancionador (Galvão *et al.*, 2021, p. 105). Aliás, conforme se verá adiante, também nesses aspectos – e a partir dessas omissões é que – a Resolução n.º 472/2018 foi objeto de aprimoramentos por ocasião da edição da Resolução n.º 599/2020 (Anac, 2018, 2020b).

Apesar disso, o conjunto normativo da Resolução n.º 472/2018 se destacou como proeminente referência no que se refere ao âmbito sancionatório (Anac, 2018). Diversamente de outras agências, que incorporaram os postulados responsivos centralmente nas atividades de fiscalização para viabilizar o monitoramento focado nos regulados reiteradamente violadores das normas legais e regulamentares – em oposição à metodologia fiscalizatória uniforme em relação a todos os agentes –, a Anac iniciou a implantação da regulação responsiva na etapa de “alteração de comportamentos” posterior à fiscalização, incorporando, às margens de seu processo administrativo sancionador, medidas preventivas a fim de manter o grau de intervenção estatal baixo relativamente à parcela majoritária dos regulados, utilizando-se das sanções tão somente em casos mais graves, de modo similar à pirâmide de enforcement predicada pelos autores da abordagem responsiva.

O regulamento em questão estabelece três espécies de providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Anac, excetuadas as relações com concessionárias e autorizatárias contratadas para a gestão da infraestrutura aeroportuária: preventivas, sancionadoras e acautelatórias. Todas as providências engendram lógicas atinentes à alteração de comportamentos dos regulados – isto é, após a detecção da infração – mediante incentivos e desincentivos, mas em distintos momentos em relação ao processo administrativo sancionador, antes da instauração do processo – medidas preventivas

e acautelatórias –, algumas com o potencial de evitá-lo, e após o processamento administrativo – as medidas sancionatórias.

Nos termos do Título II do referido regulamento administrativo, as medidas preventivas não constituem “sanção” propriamente dita ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz – art. 5º, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018). Configuram, portanto, a base da pirâmide sancionatória. O gênero preventivo se desdobra em duas espécies de providências na prática: o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI). O ACI, por um lado, consiste em uma notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada, e pode ser emitida em face de infrações de baixo impacto ou que não afetem a segurança das operações aéreas – art. 7º, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018). Portanto, trata-se de uma espécie de providência administrativa estritamente vinculada à gravidade da violação perpetrada. A SRCI, por outro, não se vincula, no tipo administrativo, ao impacto ou à gravidade da violação detectada – aplicável, nesse sentido, inclusive às condutas entendidas com maior grau de lesividade –; a sua aplicabilidade guarda relação com a necessidade de correção da conduta em prazo determinado – art. 8º, *caput*, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018).

Assim, a SRCI consiste em uma notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada, com prazo certo – limitado ao máximo de 60 dias – para a apresentação de Plano de Ações Corretivas – art. 8º, § 2º, da Resolução n.º 472/2018 – documento esse a ser formulado pelo regulado – sujeito a controle da Anac, a teor do art. 8º, § 3º, da Resolução n.º 472/2018 –, contendo minimamente a descrição das ações a serem adotadas para correção da condição irregular, cronograma para a aplicação das ações e a indicação de responsável – art. 2º, IV, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018).

No caso de efetiva correção da infração nos prazos acordados, sequer há a instauração de processo administrativo sancionador, mantendo-se no mínimo de intrusividade a intervenção da agência reguladora sobre o regulado. A via dialógica, deste modo, figura como a primeira tentativa do regulador para obter a conformidade do agente econômico, quer constate-se uma infração de menor potencial ofensivo – bastando o ACI –, quer ajuste-se um Plano de Ações Corretivas – decorrente da SRCI – entre regulador e regulado caso verificada infração de gravidade mais considerável. Já na hipótese de não lograr êxito qualquer das medidas preventivas empreendidas pela Administração, o regulamento prevê a escalada na pirâmide de intervenção – art. 8º, § 4º, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018). Significa

dizer que, inobservado o prazo ou os termos da correção solicitada pela Anac, parte-se para a via mais intrusiva, o processo administrativo sancionador.

Assim, abre-se um parêntese conexo ao objetivo principal do trabalho. Nos mencionados dispositivos preventivos residem preocupações patentes da doutrina administrativa em relação à própria estruturação de regulação responsiva no Brasil. No caso do ACI, há a delimitação do seu cabimento a um seletivo grupo de infrações – baixo grau de impacto –, suscetível à sofisticação a partir de critérios técnicos – como o foi pela vindoura Resolução n.º 599/2020 em relação à sua esfera de incidência (Anac, 2020b). Todavia, a Resolução n.º 472/2018 não apresenta qualquer requisito minucioso em relação à gravidade da infração ou histórico de conduta do agente apto a (in)viabilizar a SRCI (Anac, 2018).

Nesse ponto, reside um *tradeoff* a ser resolvido, na prática, pela opção regulatória na regulamentação. De um lado, a previsão pormenorizada de condutas subsumíveis a determinadas sanções, sem margem para flexibilidade, inviabilizaria a atuação regulatória baseada em incentivos, predicada pela regulação responsiva. Esse obstáculo guarda relação com os Compêndios de Elementos de Fiscalização formulados pela Anac, que cominam uma providência administrativa específica a cada violação (conduta) detalhada na norma – a exemplo das Portarias n.º 8.844/PSL/2022, n.º 10.864/SAI/2023 e n.º 10.865/SAI/2023.

Porém, a ausência de critérios ou, ao menos, proibitivos gerais à adoção de uma resposta administrativa pouco interventiva, lega ao juízo do agente público a (não) aplicação desse dispositivo, fato que, por si só, levanta discussões doutrinárias a respeito (i) da legalidade da não instauração do devido processo administrativo propriamente dito, especialmente devido à indisponibilidade do interesse público, (ii) da segurança jurídica dos regulados e da equidade de tratamento a cada qual, (iii) do direito subjetivo dos regulados ao acordo – por exemplo, no caso da Anac, ao SRCI – e, englobando todos os demais pontos, (iv) do alto grau de discricionariedade conferido ao agente público defrontado com um *toolkit administrativo* de tamanha abertura semântica.

Subjacente a esses aspectos jurídicos controvertidos, os quais se pretende incursionar no derradeiro capítulo deste trabalho, emerge também um debate a respeito do poder normativo das agências reguladoras, posto que a estruturação de uma abordagem responsiva, nos moldes da normatização brasileira, costuma ocorrer, sobretudo, na esfera administrativa, não raro inovando em relação à legislação de regência.

Veja-se o caso da Anac: o Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe expressamente, em seu art. 289, a respeito das providências administrativas a serem efetivadas no caso de violação à legislação, todas de natureza sancionatória – multa; suspensão ou cassação de

certificados, de licenças ou de autorizações; detenção, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado (Brasil, 1986). Medidas como o ACI e a SRCI não encontram correspondência na legislação. Além dessas providências administrativas, frutos da chancela do art. 288 do Código Brasileiro de Aeronáutica, a Resolução n.º 472/2018 prevê casos em que o tradicional processo administrativo sancionador pode ser dispensado. Especificamente no seu art. 299 e respectivos incisos, o Código Brasileiro de Aeronáutica dispõe sobre sanções determinadas às infrações ali previstas, sem mencionar a possibilidade de seu afastamento (Anac, 2018; Brasil, 1986).

Na prática, o conflito (aparente) de normas e providências administrativas dissemina dúvidas nas operações da Agência: a Anac poderia flexibilizar a rigidez do processo administrativo, com fulcro na Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018), em relação a qualquer infração? Somente poderia fazê-lo relativamente às infrações previstas em seara administrativa, não mencionadas pela legislação, visto que a norma administrativa não derroga lei federal? Poderia se converter uma sanção pecuniária prevista pela legislação em obrigação de fazer? Quais são as normas gerais na legislação que, eventualmente, conformam a flexibilização da resposta administrativa no caso concreto? Com isso, pretende-se demonstrar que a compatibilidade entre o regulamento administrativo – o poder normativo do ente regulador – e a legislação vigente é uma linha tênue, a qual se pretende aclarar ao final do texto, assim como os demais aspectos controvertidos inferidos ao decorrer do presente capítulo. Já enunciados, em linhas gerais, os postulados normativos referentes às medidas preventivas, cujo teor traz consigo maior pertinência temática em relação à polêmica que se busca responder com a presente pesquisa, resta ainda explorar os aspectos oportunos das medidas acautelatórias e sancionatórias previstas pela Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018).

As providências administrativas acautelatórias insertas no art. 57 da Resolução n.º 472/2018, com vistas a evitar risco iminente à segurança de voo, à integridade física de pessoas, à coletividade, à ordem pública, à continuidade dos serviços prestados ou ao interesse público, consubstanciam-se, conforme pormenoriza Galvão *et al.* (2021), nas espécies de (i) detenção – art. 63-65, da Resolução n.º 472/2018 –, consistente na ordem de paralisação da aeronave, a fim de averiguar a inobservância de regras de *safety* e/ou *security*; de (ii) interdição – art. 66-67 –, consistente na proibição de voo da aeronave, por ordem judicial em decorrência de requisição das autoridades aduaneira, policial ou sanitária; de (iii) apreensão de: aeronave – art. 68 –, licenças, certificados, autorizações, registros – art. 69 –, produtos aeronáuticos – art. 70 – e bens transportados – art. 71 –; e de (iv) suspensão cautelar, parcial ou total, de quaisquer certificados, licenças, concessões, autorizações, operações ou

habilitações – art. 73 (Anac, 2018). Enquanto as três primeiras guardam identidade com as medidas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica, a suspensão cautelar é medida inovadora da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018; Brasil, 1986).

O aspecto inovador da Resolução reside no procedimento de revogação das medidas acautelatórias – art. 74, da Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018). Isso porque, nos casos de complexa demonstração da cessação da conduta lesiva, a Agência passou a exigir a celebração de Termo de Cessação de Conduta⁶⁰ para tanto, como “[...] forma de fiscalização regulatória episódica, é dizer, como parâmetro para verificações periódicas e globais de conformidade” (Galvão *et al.*, 2021, p. 93). Nesse sentido, a teoria de base predica uma fiscalização concentrada em padrões de comportamento indesejados, posto que mais eficaz do que uma fiscalização apoiada em cumprimento horizontal e contínuo de toda a regulamentação (Aranha; Lopes, 2019). A fiscalização ostensiva e constante tende a reforçar a posição adversarial entre regulador e regulado, além de obter resultados – em termos de conformidade – aquém dos recursos despendidos (Aranha *et al.*, 2021a).

O Termo de Cessação de Conduta trata-se de uma forma especializada do conhecido TAC, com um período de prova de dois anos – art. 62, da Resolução n.º 472/2018 –, dentro do qual, constatado o descumprimento – após azo para defesa administrativa e parecer da autoridade competente –, procede-se à abertura de processo administrativo sancionador com sugestão de cassação ou suspensão punitiva – art. 62, § 2º –, que perdurará até o trânsito em julgado administrativo – art. 62, § 3º (Anac, 2018).

Em outras palavras, o TCC figura como uma medida cautelar de contornos consensuais que visa cessar práticas irregulares e aplicar ações de conformidade, sem que isso implique, necessariamente, a imposição de sanções. Não obstante a ausência de adequação da resposta regulatória a depender das particularidades do agente ou do seu histórico de conformidade, por intermédio desse instrumento Anac previu mais outra – afora das providências preventivas – possibilidade de dispensa do processo administrativo sancionador no caso de adoção das medidas corretivas por parte do regulado, face à violação de normas regulatórias, mitigando a lógica de comando e controle na atuação da agência. Desse aspecto, infere-se o ímpeto do regulador em, primeiro, tentar proceder às vias persuasivas e dialógicas antes de render-se ao rigor da sanção.

⁶⁰ “Art. 61 O Termo de Cessação de Conduta é um documento emitido e assinado por operador, proprietário, piloto ou qualquer detentor de licenças, habilitações, certificados, autorizações, permissões ou concessões na Anac em decorrência das condutas para as quais não caiba a implementação de medidas corretivas ou mitigadoras suficientes para demonstrar a cessação da conduta ou para restaurar o nível de segurança aceitável”.

Caso frustradas as alternativas menos gravosas, resta ao regulador, nos termos da Resolução n.º 472/2018, o processo administrativo sancionador (Anac, 2018). Deste, extrai-se dois aspectos normativos pertinentes ao trabalho, a saber, as disposições a respeito: (i) da sua instauração e (ii) da dosimetria das sanções, até por conta da ausência de inovações significativas relativamente à instrução do feito administrativo.

O art. 11 da Resolução n.º 472/2018, que dispõe acerca da instauração do processo administrativo, não exige do agente público autuador grandes formalidades para afastar a aplicação dos instrumentos preventivos e promover, desde logo, a deflagração da persecução administrativa; *in verbis*, “constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS [Procedimento Administrativo Sancionador]” (Anac, 2018). Em razão da exigência de justificativa genérica no auto de infração para afastar os esforços dialógicos da Agência, Aranha *et al.* (2021a, p. 148) menciona que o teor desse dispositivo “[...] gera um incômodo, uma inquietação ao intérprete que o analisa sob a lente da Regulação Responsiva”.

De fato, a ausência do estabelecimento de requisitos na própria Resolução n.º 472/2018 (Anac, 2018), aptos a delimitar um escopo de infrações – oportunidade em que a agência poderia privilegiar, por exemplo, o histórico de conformidade do agente e a sua disposição em corrigir a irregularidade – sobre as quais devesse incidir necessariamente as medidas da base da pirâmide, ilustra a margem de discricionariedade considerável deixada à casuística pelo regulamento. Ademais, parece não guarnecer os regulados de previsibilidade ou segurança jurídica no ambiente regulatório, considerando que pode operar como artifício (desparametrizado) para contornar as medidas menos interventivas, como o ACI e a SRCI.

Na hipótese de ser lavrado o auto de infração e justificada a não adoção de instrumentos menos interventivos nessa ocasião, a Resolução n.º 472/2018 carece de medidas negociais, além do “requerimento de arbitramento sumário de multa” – art. 28⁶¹ – cujo

⁶¹ “Art. 28 O autuado poderá apresentar, antes da decisão administrativa de primeira instância, requerimento dirigido à autoridade competente solicitando o arbitramento sumário de multa em montante correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor médio da penalidade cominada à infração para imediato pagamento. § 1º O requerimento para o arbitramento sumário da multa implicará o reconhecimento da prática da infração e a renúncia do direito de litigar administrativamente em relação à infração. § 2º O requerimento deverá ser apresentado em formulário próprio a ser definido pela Anac. § 3º Nos casos de convalidação com reabertura de prazo para manifestação nos termos do art. 19 desta Resolução, o requerimento para o arbitramento sumário não será aproveitado, podendo o autuado apresentar novo requerimento no prazo de 5 (cinco) dias. § 4º O autuado deverá optar por apresentar a defesa ou o requerimento de arbitramento sumário de multa para cada uma das infrações apuradas no PAS, caso não discrimine o objeto de seu pedido, presumir-se-á abrangente a todas as infrações discutidas no processo. § 5º Na hipótese de apresentação de defesa e requerimento de arbitramento sumário de multa relativa a mesma infração, simultaneamente ou não, prevalecerá a defesa, dando-se continuidade ao PAS, conforme critério ordinário de dosimetria, independentemente de intimação do interessado. § 6º Deferido o requerimento de arbitramento, será efetuado lançamento próprio correspondente e o autuado será intimado para proceder ao pagamento da multa até o vencimento indicado na Guia de

momento de incidência seja o processo administrativo sancionador (Anac, 2018). A partir disso, infere-se que a escalada na pirâmide de *enforcement* no âmbito da Anac pode (i) ser repentina, sem oportunização de vias dialógicas e (ii) independender das particularidades do agente ou mesmo da infração.

Já em relação à dosimetria, como praxe nas disciplinas afetas ao sancionamento, não se pode dizer que as condições particulares do agente econômico não são computadas pelo regulador na modulação da resposta administrativa, porquanto figuram como circunstâncias atenuantes – art. 36, § 2º, da Resolução n.º 472/2018 – o reconhecimento da prática da infração – inciso I –, a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração antes de proferida a decisão – inciso II –, a inexistência de aplicação definitiva de sanções nos 12 meses anteriores à data do cometimento da infração em julgamento – inciso II – e, enquanto circunstâncias agravantes – art. 36, § 2º –, a reincidência – inciso I – e a recusa em adotar medidas para reparação dos efeitos da infração – inciso II (Anac, 2018).

Assim, verifica-se que a Resolução n.º 472/2018, ampliou o *toolkit* do agente público por intermédio da incorporação de medidas pouco intrusivas – ACI e a SRCI – e negociais – Termo de Cessação de Conduta – ao arsenal da Anac (Anac, 2018). Apesar disso, deixou de promover a delimitação adequada das hipóteses de cabimento das providências preventivas, bem como da lógica de escalonamento entre essas modalidades não sancionadoras e o processo administrativo sancionador – sequer utilizando distinções de tratamento com base no histórico ou perfil do regulado –, chancelando o desvirtuamento da lógica de precedência das alternativas negociadas por intermédio da abertura semântica do dispositivo que tutela a lavratura de auto de infração e a consequente instauração do processo administrativo sancionador (Galvão *et al.*, 2021).

O advento da Resolução n.º 599/2020, inserido no Projeto Prioritário Regulação Responsiva da agência e alinhado ao Plano Estratégico 2020-2026, veio a atuar nas apontadas lacunas, especialmente no que diz respeito (i) à esfera de incidência da resolução, (ii) à incorporação expressa da lógica responsiva na atuação administrativa da agência, e (iii) ao balizamento das medidas preventivas (Anac, 2020b). Quanto aos demais dispositivos com pertinência temática, além da alteração nos quesitos de dosimetria da sanção, a referida

Recolhimento da União – GRU, que poderá ser emitida na página da Anac na rede mundial de computadores. § 7º Efetuado o pagamento integral no prazo concedido, o PAS será arquivado. § 8º Não sendo integralmente adimplida a multa no prazo previsto no § 6º deste artigo, os seguintes efeitos serão produzidos: I - o autuado deixará de fazer jus ao benefício de arbitramento sumário; e II - o PAS será encaminhado à autoridade competente para julgamento em primeira instância sobre a aplicação das sanções cabíveis”.

resolução reiterou, em maior ou menor medida, o conteúdo de sua predecessora, *mutatis mutandis*.

Primeiro, no que diz respeito à esfera de incidência, a Resolução n.º 599/2020 objetivou tutelar relações entre regulador e regulado distintas daquelas previstas na normativa anterior, posto que regulamentou expressamente as – anteriormente excetadas – relações da Anac com concessionárias e autorizadas contratadas para a gestão da infraestrutura aeroportuária⁶² (Anac, 2020b). Segundo, ela inseriu um arcabouço valorativo para nortear a atuação prática dos agentes no cumprimento da resolução convergente com as disposições responsivas, especialmente em relação à preferência do regulador em se manter nos níveis de menor intervenção da pirâmide de *enforcement*, no seu art. 1º, parágrafo único, estabelecendo que a “fiscalização priorizará medidas de educação, orientação, monitoramento, melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, transparência e cooperação” (Anac, 2020). Terceiro, a Resolução n.º 599/2020 sofisticou as hipóteses de cabimento das medidas preventivas por duas vias: (a) estabeleceu parâmetros – art. 9º, *caput*⁶³ – a serem levados em consideração pelo agente público para a aplicação de medidas preventivas – ambas, SRCI e ACI, somente cabíveis, segundo a nova disposição, em face de infrações cuja lesividade seja baixa (Anac, 2020b), e (b) designou proibitivos relacionados ao histórico de comportamento do agente para a aplicação de providências administrativas preventivas, mesmo quando preenchidos os demais requisitos – art. 9º, §§ 1º e 2º⁶⁴ (Anac, 2020b).

Ainda que mantida a lógica geral da Anac de escalonamento das medidas administrativas com base na gravidade e no risco da conduta, como não poderia deixar de ser devido às especificidades – da segurança operacional – do setor aéreo, houve a conformação

⁶² Não por outra razão a Resolução n.º 599/2020 adequou sua linguagem à relação jurídica tutelada e foi deferente às cláusulas dos contratos de concessão, para garantir que os instrumentos não sofreriam o esvaziamento de eficácia pelas normas supervenientes, bem como aos traços típicos de serviços com maior vetor de intervenção estatal (Anac, 2020; Galvão *et al.*, 2021). Exemplo disso é o seu art. 12: “O Aviso de Condição Irregular poderá ser emitido quando constatada infração que não afete diretamente a adequada prestação do serviço público concedido” (Anac, 2020b).

⁶³ “Art. 9º As providências administrativas preventivas poderão ser aplicadas quando, após considerados o impacto da conduta sobre a segurança das operações, a sanção abstratamente cominada para a prática infracional, os danos, efetivos ou potenciais, resultantes da infração para o serviço e para os usuários, e as vantagens, efetivas ou potenciais, auferidas pela Concessionária em razão da infração, restar caracterizada sua baixa lesividade”.

⁶⁴ “§ 1º Impedem a aplicação de providências administrativas preventivas, mesmo quando preenchidos os requisitos previstos neste artigo: I - a aplicação de providência administrativa sancionatória à concessionária pela mesma espécie de infração nos 3 (três) anos anteriores à prática da infração constatada, contados da decisão administrativa transitada em julgado, salvo quando outro prazo for fixado no respectivo contrato de concessão de infraestrutura aeroportuária; ou II - a aplicação de providência administrativa preventiva à concessionária pela mesma espécie de infração nos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração constatada, salvo quando outro prazo for fixado pela autoridade competente para a fiscalização. § 2º Não são aplicáveis providências administrativas preventivas quando a multa estipulada para a infração constatada for calculada com base nos valores indevidamente auferidos pela concessionária em razão de sua prática”.

da resposta da Administração ao comportamento histórico da concessionária, a teor das recomendações responsivas.

Ademais, o enrijecimento dos requisitos para a aplicação medida preventiva dá azo, em maior grau, à discussão já mencionada a respeito de eventual direito subjetivo dos regulados às medidas de menor intervenção estatal no caso de cumprimento dos requisitos e verificação de ausência de proibitivos – especialmente se realizada hermenêutica conjunta às diretrizes insertas no art. 1º, parágrafo único, do referido ato normativo. Isso porque, se de um lado foi estabelecido um rol de vedações às medidas preventivas, reforçando a lógica de que os regulados que atendem aos requisitos normativos poderiam gozar de uma atividade sancionatória menos rigorosa, de outro lado foi mantida a redação aberta do dispositivo afeto à instauração do processo administrativo sancionador, potencial carta branca para arredar a via dialógica na prática.

Por meio da exploração dos atos normativos da Anac, verificou-se a conjugação de mecanismos persuasivos e dissuasivos pela agência para induzir os agentes regulados à conformidade, sendo estimulada a solução negocial e menos dispendiosa por intermédio de instrumentos regulatórios como o ACI, o Plano de Ações Corretivas, a SRCI e o Termo de Cessação de Conduta. A experiência da Anac é útil para demonstrar, na empiria, o fenômeno de disponibilização ao regulador de um *toolkit administrativo* com diferentes graus de intervenção na esfera do agente econômico – dando vez às discussões que se pretende traçar quanto ao balizamento de legalidade em casos análogos.

Além do mais, os esforços da Anac para modernização das técnicas regulatórias e para o aprimoramento da qualidade da sua atuação não são adstritos aos atos normativos acima elencados, visto que transpassam também a consolidação da participação social no seio do processo regulatório da agência – Instrução Normativa n.º 154/2020 (Anac, 2020a)⁶⁵ –, a racionalização dos processos de certificação – Programa Voo Simples da Anac –, o esforço institucional de planejamento de longo prazo incluindo medidas de regulação responsiva – Plano Estratégico 2020-2026 –, dentre outros (Silva, 2022).

Ainda que não leve a cabo a integralidade dos princípios responsivos, até porque uma das máximas desse modelo regulatório é justamente o rechaço ao engessamento e a promoção da adequação do mérito à realidade setorial – o que a Anac inegavelmente homenageou ao englobar aspectos de segurança operacional e de gerenciamento de riscos aos dispositivos responsivos, desde o PSOE-Anac –, a apresentação do processo administrativo da

⁶⁵ Regulamentou a agenda regulatória da Anac – art. 4º-7º – e o seu processo regulatório – art. 8º e ss. –, com a aplicação da Análise de Impacto Regulatório – art. 15 e ss. – (Anac, 2020a).

Anac predicado pelas Resoluções n.º 472/2018 e n.º 599/2020 teve intuito de situar a recepção da regulação responsiva no cenário pátrio, especialmente por intermédio da previsão de instrumentos persuasivos e negociais na base da pirâmide sancionatória, bem como fornecer uma porta de entrada à discussão das controvérsias atinentes à implantação de uma abordagem responsiva em relação ao tradicional processo administrativo sancionador no capítulo seguinte (Anac, 2018, 2020b).

A seguir, procede-se à apresentação da metodologia fiscalizatória que aplicou as premissas responsivas.

2.3 A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANATEL

A Anatel, criada pela Lei n.º 9.472/1997 como a segunda agência reguladora instituída do Brasil – dotada de autonomia administrativa, financeira e decisória –, é a entidade técnica responsável por regular o setor de telecomunicações em âmbito nacional – art. 8º –, incluindo a edição de normas técnicas para garantir a prestação adequada dos serviços de telecomunicações – art. 19, I, IV, X, XII, XIV e XXXII –, a gestão do espectro radioelétrico e a certificação de produtos para telecomunicações – art. 19, XIII, VII, IX e XIV –, bem como a tipificação e aplicação de sanções aos infratores das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao setor – art. 19, IX, XI, XVIII, XIX (Brasil, 1997d).

Antes de empreender a análise do ato normativo que estrutura a abordagem responsiva da Anatel – Resolução n.º 746/2021 (Anatel, 2021b) –, pretende-se incursionar acerca do processo regulatório do mencionado regulamento, haja vista que neste foram travados relevantes debates de legalidade para os fins do presente trabalho. Elegeu-se o processo regulatório da Anatel como paradigma dentre as demais agências reguladoras em razão (i) da possibilidade de extrapolação – do caso particular da Anatel ao âmbito geral das agências – das discussões jurídicas realizadas no curso do processo regulatório, e (ii) do maior grau de publicidade da Anatel quanto aos atos e pareceres que compuseram a feitura da norma administrativa de regência.

Após a apresentação das etapas do processo regulatório e das selecionadas opiniões jurídicas da Procuradoria Federal especializada junto à Anatel, destaca-se o conjunto de mecanismos administrativos com teor responsivo à disposição do regulador a partir da Resolução n.º 746/2021, pontuando os debates de legalidade intrínsecos a determinados instrumentos (Anatel, 2021b).

2.3.1 Processo regulatório

No dia 8 de julho de 2016, foi instaurado pela superintendente de controle de obrigações da Anatel o processo regulatório⁶⁶ que daria ensejo à publicação da Resolução Anatel n.º 746/2021, sob o número 53500.205186/2015-10, no âmbito da Anatel (2021b). A estruturação da proposta foi realizada em sete etapas, segmentadas em quatro categorias neste trabalho: (i) a identificação da necessidade de regulamentação e análise de impacto regulatório; (ii) a consulta interna; (iii) a submissão à participação social; (iv) a revisão jurídica acompanhada da deliberação pelo conselho diretor e consequente publicação/implantação da proposta consolidada no bojo do processo regulatório.

2.3.1.1 Identificação da necessidade de regulamentação

Trata-se da identificação da necessidade de regulamentação em conjunto com a etapa de análise de impacto regulatório, visto que esse documento consolida e anuncia as razões fundantes da reforma pretendida. O referido processo regulatório originou-se, como não poderia deixar de ser, da constatação da necessidade de aprimoramentos na atuação da agência reguladora em face de problemas constatados na prática dos agentes públicos. Na análise de impacto regulatório, a Anatel elencou fatores que conduziram o gestor público à constatação de reformulação dos procedimentos de fiscalização e sanção da agência, seguindo as recomendações do TCU⁶⁷ e da CGU⁶⁸.

A princípio, destacou-se a falta de efetividade dos tradicionais procedimentos de controle previstos no regimento interno da agência, cristalizada no “[...] distanciamento entre

⁶⁶ Denominado no despacho de instauração como “Procedimento Administrativo de Planejamento e Execução do Projeto Evolução do Modelo de Acompanhamento, Fiscalização e Controle”.

⁶⁷ Nesse sentido, cabe destacar as determinações e recomendações proferidas pelo TCU por meio do Acórdão n.º 2.926/2013, o qual delibera acerca do relatório de monitoramento do cumprimento das decisões exaradas pelo órgão, mediante os Acórdãos n.º 1.458/2005, n.º 2.109/2006 e n.º 1.864/2012 – todos do Plenário –, que, dentre outras coisas, versam sobre a necessidade de a Anatel fixar critérios uniformes para a aplicação de sanções, adotar medidas alternativas para assegurar que a materialidade das sanções garanta a correção tempestiva de irregularidades, e de preveni-las, reduzindo o prazo de instrução de processos sancionatórios e criando mecanismos de integração das diversas áreas da agência.

⁶⁸ Em relação à CGU, cabe destacar que, diferentemente do TCU, ela jamais realizou um trabalho específico e exaustivo nos processos de acompanhamento, fiscalização e controle. Entretanto, foram feitas inúmeras recomendações específicas que afetaram, de alguma maneira, tais atividades, como, por exemplo, aquelas que versam sobre a necessidade de a Anatel (i) promover o aprimoramento do acompanhamento preventivo, por meio da formalização das rotinas adotadas na execução das atividades de acompanhamento e da instituição indicadores de processo que permitam a mensuração da eficiência e efetividade das atividades de acompanhamento e de inspeção; (ii) implementar rotina de retroalimentação entre processos de acompanhamento e de regulamentação; e (iv) formalizar a sistemática para mapeamento das informações e o critério de priorização para levantamento dos temas e registrar formalmente as ações priorizadas na ocorrência de contingenciamento de recursos.

a detecção do descumprimento e a decisão final do processo” (Anatel, 2016c, p. 1), pois o processo administrativo da Anatel, ainda que tempestivamente cumpridos os prazos regimentais de defesa, de instrução, de decisão de primeira instância, de recurso e de decisão final, poderia levar até 23 meses para a sua conclusão (Anatel, 2016c).

Somado a isso, avaliou-se que os processos sancionadores não conseguiram trazer o retorno proporcional ao esforço despendido pelos servidores públicos, posto que a porcentagem de arrecadação das multas, como já se mencionou neste trabalho, não foi expressiva, se comparada às multas constituídas pela agência – que apresentaram crescimento exponencial, especialmente entre 2009 e 2013. A título exemplificativo, extrai-se do Relatório Anual da Anatel de 2015, utilizado na fundamentação da Análise de Impacto Regulatório em 2016, o gráfico apresentado na Figura 1.

Figura 1 – Variação dos valores de multas constituídas e arrecadas pela Anatel (em R\$ milhões)



Fonte: Anatel (2016b, p. 57).

Além dos números brutos relativos à arrecadação de multas, a agência também ressaltou a preocupação referente ao volume de multas (i) inscritas em Cadin e Dívida ativa – cerca de 40% das multas constituídas entre 2014 e 2015 – e (ii) suspensas judicialmente⁶⁹. Apesar do crescimento vultoso da aplicação de multas como método regulatório predominante até 2013 – cerca de R\$ 1.984.000.000,00 de multas constituídas em 2013 –, conforme o que se deduz do gráfico acima, é notável que, a partir de 2014, o cenário regulatório foi gradualmente se conformando a índices menores de utilização da sanção como instrumento regulatório – R\$ 123.230.000,00 de multas constituídas em 2015, número inferior a um décimo do valor constituído no ano de 2013. Isso pode ser explicado por intermédio das

⁶⁹ “O volume de multas suspensas judicialmente em 2015, 25,15%, também é considerável. Esses dados reforçam a avaliação de que grande parte do esforço da agência em medidas sancionatórias não tem trazido retorno efetivo, visto que o percentual de multas quitadas é baixo – não representam nem ¼ do valor total constituído” (Anatel, 2016c, p. 3).

alterações normativas no regimento interno da agência em meados de 2013, especialmente no que se refere ao *toolkit* administrativo à disposição do regulador. No curso do ano de 2013, o Conselho Diretor da Anatel publicou duas mudanças normativas, de teor consensualista, relevantes para a vindoura guinada responsiva da agência.

De um lado, a Resolução n.º 612/2013 aprovou o novo regimento interno da Anatel, contendo um conjunto de medidas inovadoras para o acompanhamento da prestação dos serviços de telecomunicações, para a prevenção e a correção de práticas, consubstanciadas no Procedimento de Acompanhamento e Controle (PAC), além de novas disposições a respeito do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) e dos Procedimentos Administrativos de Resolução de Conflitos – mediação, arbitragem administrativa, reclamação administrativa (Anatel, 2013a). De outro, a Resolução n.º 629/2013 aprovou o regulamento de celebração e acompanhamento de TAC no âmbito da Anatel (2013b).

Assim, devido à instituição de instrumentos regulatórios negociais durante o ano de 2013, não apenas diminuíram as multas constituídas, mas também os processos administrativos sancionadores instaurados, ou os procedimentos para PADOs, na terminologia da Anatel – conforme a Tabela 2.

Tabela 2 – Evolução do quantitativo de procedimentos para apuração de descumprimento de obrigações instaurados e encerrados pela Anatel

Evolução dos PADOs		
PADOs	Instaurados	Encerrados
Até 2009	66.959	47.790
2010	3.894	7.288
2011	4.893	8.909
2012	4.055	13.138
2013	4.458	4.148
2014	3.455	4.651
2015	2.388	6.265

Fonte: Anatel (2016b, p. 56).

Com base nas constatações supracitadas, a Anatel definiu dois temas a serem avaliados atinentes à Fiscalização Regulatória, entendida como o conjunto de acompanhamento, inspeção e controle da (i) sua efetividade e da (ii) sua integração e encadeamento.

Em relação à efetividade, a Anatel dispôs que o problema a ser solucionado pelo processo regulatório em comento consistia na “[...] dificuldade da agência [de], contínua e

integralmente, acompanhar, inspecionar e controlar o cumprimento do arcabouço legal e regulatório sob a competência do Órgão Regulador, em razão de seu volume, detalhamento e complexidade” (Anatel, 2016a, p. 10). Já no tocante à integração e encadeamento das atividades de fiscalização, constatou-se que a problemática atacada seria a “[...] falta de procedimento estruturado da Fiscalização Regulatória e das atividades que a compõe (acompanhamento, inspeção e controle), incluindo planejamento coordenado para tais atividades e a definição das competências para executá-las” (Anatel, 2016c, p. 20).

Para tanto, a Anatel conclui que a operacionalização da solução pretendida à problemática deveria transpassar a premissa de “[...] aplicação de conceitos de regulação responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco do evento identificado e à postura dos entes regulados” (Anatel, 2016c, p. 34).

2.3.1.2 Consulta interna

A partir da problemática constatada na prática, a Anatel elaborou uma minuta preliminar de ato normativo, contendo a estrutura do novo regulamento, seus princípios de fiscalização e controle e, no geral, disposições permeadas de lógicas típicas de uma abordagem responsiva. A minuta foi submetida à Consulta Interna n.º 704/Anatel, procedimento previsto pelo art. 60 do Regimento Interno da Anatel – Resolução n.º 612/2013 (Anatel, 2013a)–, entre os dias 15 a 26 de junho de 2016, e recebeu 244 contribuições. Destas, 93 foram total ou parcialmente acatadas, 129 foram rejeitadas e 22 restaram prejudicadas pela perda de objeto (Anatel, 2016a). As diligências prévias à consulta pública não se exauriram no interior da Anatel, considerando que a agência consultou também o Ministério Público Federal (MPF) com o intuito de tomar subsídios para a reavaliação dos procedimentos de fiscalização.

Mediante o Ofício n.º 113/2016/SE/3CCR, a 3ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, especializada na área de consumidor e ordem econômica, por meio de seu coordenador, apresentou contribuições à minuta preliminar, apontando, além de medidas afetas à salvaguarda de direitos consumeristas⁷⁰, a ineficiência da abordagem de comando e controle adotada pela agência até então, alegando que “[...] a atual sistemática de

⁷⁰ Consistentes tanto na integração entre os sistemas da Anatel e dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor quanto no estabelecimento de parâmetros de obrigações mais rigorosos ao setor das telecomunicações, com vistas a atender às expectativas dos usuários – a serem conhecidas por meio de consultas públicas –, especialmente no que se refere às obrigações de cobertura do Serviço Móvel Pessoal (Brasil, 2016a).

apuração de infrações e aplicação de sanções incentiva o mau comportamento das empresas” (Brasil, 2016a, p. 2). Além disso, o MPF posicionou-se favoravelmente à adoção de medidas responsivas, argumentando que “[...] as sanções devem depender menos de multas e mais da geração de incentivos positivos às empresas do setor” (Brasil, 2016a, p. 2), ao passo em que frisou a importância de meios negociais – notadamente, o TAC – de resolução das situações de desconformidade legal ou regulamentar.

A seguir, a agência apresentou a documentação angariada – Relatório de Análise de Impacto Regulatório (Anatel, 2016c), minutas de atos normativos, análise das contribuições da consulta interna e proposta de fluxograma – à consultoria jurídica da União, exercida pela Procuradoria Federal especializada junto à Anatel – do que se lavrou o primeiro parecer jurídico a respeito da proposta de alteração normativa nos autos do processo regulatório.

O Parecer n.º 00554/2016/PFE-Anatel/PGF/AGU avaliou a viabilidade jurídica da submissão da proposta para edição de novo regulamento de fiscalização da Anatel⁷¹ à consulta pública (Agu, 2016). O teor do parecer perpassou aspectos formais do processo regulatório – ou etapa de estabelecimento do padrão, na terminologia assentada no primeiro capítulo – como a competência da Anatel para rever a regulamentação – art. 2º, I, II e III, e art. 19, IV a X, ambos da Lei Geral de Telecomunicações –, a necessidade de submissão da proposta à consulta pública na forma legal⁷² – art. 42, da Lei Geral de Telecomunicações, na forma do art. 59, do Regimento Interno –, além da prévia consulta interna – art. 60, do Regimento Interno – e da Análise de Impacto Regulatório⁷³ – art. 62, do Regimento Interno –, tendo percorrido, também, a respeito do mérito da minuta, ventilando pontos controversos de legalidade e posicionando-se quanto a estes (Brasil, 1997d).

Dentre os pontos de legalidade abordados, além das sugestões de redação a diversos artigos da minuta para adequação jurídica à luz da sistemática interna da Anatel, destacam-se os apontamentos da Procuradoria Federal referentes (i) à viabilidade jurídica de implementação de uma abordagem de fiscalização prioritária, respeitadas as normas internas de regulamentação⁷⁴, (ii) à possibilidade de criação, por norma infralegal, de novo

⁷¹ Alterações de atos normativos correlatos ao tema, tais como o Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 612/2013, e o RASA, aprovado pela Resolução n.º 589/2012 (Anatel, 2012a, 2013a).

⁷² Conforme também se depreende da tutela jurídica do poder regulamentar da Administração efetuada pelo art. 31 da Lei n.º 9.784/1999 e pelo art. 29 da LINDB (Brasil, 1942, 1999a).

⁷³ No mesmo sentido da legislação vigente, a exemplo do art. 6º do Marco Legal das Agências Reguladoras (Brasil, 2019a).

⁷⁴ Nesse aspecto, o parecer se limitou a anuir com o mérito da proposta sob a batuta do princípio da eficiência, sem se alongar quanto aos debates de legalidade envolvendo a discricionariedade do agente público no tratamento diferenciado dos regulados, fazendo constar que a operacionalização da fiscalização prioritária dependeria tão somente da “[...] adoção de critérios de priorização por meio de Resolução, em conjunto com a

instrumento regulatório negocial (plano de ação)⁷⁵ – contanto que estabelecidas hipóteses de (não) cabimento objetivas e consequências ao seu descumprimento –, e (iii) à indispensabilidade dos atos de inspeção⁷⁶ e de instauração do competente processo administrativo⁷⁷ caso verificados indícios de infração.

2.3.1.3 Participação social

A proposta regulamentar de reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações da Anatel foi revisada⁷⁸ em função das recomendações da Procuradoria Federal e de questões observadas no decorrer do processo⁷⁹. Aliás, foi no curso dessas alterações que o conselheiro-relator sobre a proposta submetida à sua apreciação adiantou, por intermédio do Memorando n.º 58/2017/SEI/AD/2017, entendimentos a respeito da natureza

elaboração de metodologia de priorização e seus critérios, a ser aprovada por meio da expedição de uma Portaria do Conselho Diretor” (AGU, 2016, p. 5).

⁷⁵ Ressaltou na ocasião que “[...] não se vislumbra óbice jurídico à criação, por ato infralegal, de uma nova forma de adequação da conduta dos administrados à regulamentação, com regras diversas das estabelecidas pela Resolução n.º 629, de 16 de dezembro de 2013, desde que não haja violação a normas de hierarquia superior. No caso em tela, a instituição do Plano de Ação não colide com normas de hierarquia superior” (AGU, 2016, p. 16).

⁷⁶ “A Inspeção aqui tratada é considerada um ato administrativo vinculado, ou seja, diante da constatação de uma ilegalidade, cabe ao agente público proceder de forma a evitar sua continuação. Nesse sentido, sugere-se permutar a palavra ‘poderá’ por ‘deverá’, de modo a estampar com maior clareza essa obrigação do fiscal. Por óbvio, o fato de se imputar uma obrigação ao Agente de Fiscalização não impede que, em determinadas e especiais situações, o Agente possa deixar de fazê-lo naquele momento, possibilidade essa garantida pela parte final do dispositivo em comento, ao aduzir uma hipótese de exceção (‘desde que não haja comprometimento da segurança e da atividade em andamento’). Diz-se naquele momento, pois a irregularidade deve ser inspecionada e sanada em momento posterior à primeira inspeção, quando naquela oportunidade existir a possibilidade de comprometimento da segurança e da atividade em andamento” (AGU, 2016, p. 10).

⁷⁷ “Nesse ponto, cumpre a esta Procuradoria destacar que, de qualquer sorte, ainda que sejam impostas outras medidas de controle, uma vez identificados indícios de infração, subsiste a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível. Nesse caso, não há de se falar em discricionariedade da Agência. Essa premissa, no entanto, não parece estar clara na proposta. Dessa feita, esta Procuradoria sugere que seja feito um ajuste na redação do § 1º do art. 32” (AGU, 2016, p. 15).

⁷⁸ A minuta atualizada passou a prever, a partir do parecer da Procuradoria Federal, a indispensabilidade de instauração de processo administrativo sancionador, caso verificados indícios da ocorrência de infração – art. 32, § 2º, da minuta – e maiores delimitações a respeito do Plano de Ação – explicitando o regime jurídico diverso do TAC –, incluindo circunstância agravante na dosimetria da sanção na hipótese de descumprimento deste – art. 36-38 da minuta (Anatel, 2015).

⁷⁹ Por meio do Informe n.º 1/2016/SEI/COQL7/COQL/SCO, a área técnica se manifestou sobre o Parecer da Procuradoria e sugeriu algumas novas alterações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel (RASA) a fim de excluir seu Capítulo XV, que trata da decisão sumária de arquivamento, agrupar todos os incentivos no art. 20, incluir o art. 20-A para criar um novo fator de redução, e incluir uma circunstância agravante no rol previsto no art. 19 (Anatel, 2015).

preventiva⁸⁰ – visando evitar a instauração de processo administrativo sancionador – e corretiva⁸¹ do plano de ação como instrumento negocial.

Diante das revisões na minuta – que viriam a suceder-se⁸² –, sobreveio o Parecer n.º 00964/2017/PFE-Anatel/PGF/AGU, da Procuradoria Federal, atestando a regularidade formal do processo regulatório e manifestando-se quanto à desnecessidade de realização de nova análise de impacto regulatório, além de nova consulta interna, e quanto às alterações em dispositivos afetos à dosimetria das multas e ao plano de ação. Além disso, o parecer recomendou a inclusão de (i) um proibitivo de incidência de plano de ação e TAC quanto ao mesmo objeto, e (ii) a identificação do plano de ação como confissão, para fins de atenuação da sanção eventualmente imposta (AGU, 2017b). Foi assim que, submetida a matéria à apreciação do Conselho Diretor da Agência, em reunião realizada em 12 de dezembro de 2018, determinou-se – por meio do Acórdão n.º 738/2018⁸³ (Contran, 2018) – a aprovação da

⁸⁰ “O Plano de Ação, ao se constituir de um instrumento por meio do qual o Administrado se compromete com a célere correção ou melhoria de condutas, quando houver a identificação de riscos regulatórios ou indícios de infrações, pode ser proposto tanto preventivamente (quando da identificação de riscos regulatórios) quanto de forma corretiva (quando houver indícios de infrações). No caso de atuações preventivas, ou seja, quando da identificação de possíveis riscos regulatórios, antes da constatação de descumprimento de obrigações por parte da entidade, poder-se-ia adotar Plano de Ação como medida de controle no intuito de se evitar comportamentos que alcancem algum descumprimento. Assim, a empresa poderá cumprir a finalidade proposta no Plano de Ação, a partir da qual a Anatel deverá adotar medidas de incentivo ao término deste, como por exemplo, divulgação de informações no site da Anatel na Internet, divulgação de rankings, dentre outros. No caso de descumprimento, a empresa poderá, ainda, continuar cumprindo obrigações regulamentares, de sorte que não poderá ensejar a abertura de um Processo Administrativo Sancionador, devendo ser adotadas outras medidas. Já nos casos em que a empresa passe a descumprir alguma obrigação legalmente imposta, a Anatel não poderá abrir mão de instaurar um Processo Administrativo Sancionador. Neste caso, entendo que não deva existir a incidência de agravante no caso de descumprimento de Plano de Ação preventivo, de forma a se intensificar o incentivo ao cumprimento das obrigações legais e regulamentares impostas, antes mesmo de se chegar a um descumprimento” (Anatel, 2017).

⁸¹ “Outro caso que vislumbro seria a adoção de um Plano de Ação de forma corretiva, com o intuito de se reparar os danos causados e adequar a conduta às determinações legais, como mecanismo de estímulo à cessação da conduta desconforme. Este Plano poderá ser proposto tanto no âmbito do Processo Administrativo Sancionador quanto previamente a este. [...] Para as situações em que o Plano de Ação foi proposto anteriormente à instauração do Processo Administrativo Sancionador e em se considerando o seu cumprimento, incidirá atenuante, como forma de se estimular a cessação da conduta. Já nos casos de descumprimento de Plano de Ação proposto, dever-se-ia adotar a aplicação de um agravante. Já nas condições de proposta de Plano de Ação no âmbito do Processo Administrativo Sancionador, aquele deverá ser apresentado até o prazo para Alegações Finais” (Anatel, 2017).

⁸² A proposta submetida à consulta pública consistiu na quinta minuta de regulamento, apresentada pelo presidente do Conselho Diretor, no bojo do voto n.º 127/2018/SEI/PR.

⁸³ “SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO E REGULAMENTAÇÃO (SPR). PROPOSTA DE CONSULTA PÚBLICA. REGULAMENTO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA. REAVALIAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE ACOMPANHAMENTO E CONTROLE DE OBRIGAÇÕES. PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONSULTA PÚBLICA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. PELA SUBMISSÃO. PORTARIA DE PRIORIZAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA. RASA. PELA APROVAÇÃO. 1. Projeto decorrente do Plano Estratégico da Anatel 2015-2024, referente à reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações, previstos no art. 79 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. 2. Participação de diversas áreas da Agência e apoio de Consultoria especializada no setor, contratada junto à União Internacional de Telecomunicações (UIT). 3. Pela submissão a Consulta Pública da proposta do Regulamento de

Metodologia de Priorização da Fiscalização Regulatória – a ser realizada por meio de Portaria do Conselho Diretor da Anatel –, a submissão da minuta atualizada à consulta pública e a realização de cinco audiências públicas.

A Consulta Pública n.º 53/2018, foi realizada entre os dias 27 de dezembro de 2018 e 27 de março de 2019, tendo recebido 575 contribuições de 35 diferentes autores⁸⁴, com sua parcela majoritária afeta à temática de fiscalização – acompanhamento, na terminologia da consulta pública – inserta na minuta (53%). As audiências públicas, por sua vez, contemplaram as cinco regiões dos estados da federação, e ocorreram nos meses de fevereiro e março de 2019 nas localidades de Salvador (BA), São Paulo (SP), Porto Alegre (RS), Manaus (AM) e Brasília (DF).

Destaca-se, conforme externalizado pelo Informe n.º 93/2019/PRRE/SPR, o acatamento das contribuições da consulta pública cujo teor dizia respeito à inserção de (i) referência aos princípios norteadores da regulação responsiva e aos art. 20 e art. 21 da LINDB (Brasil, 1942) – no texto da Resolução –, de (ii) hipótese de arquivamento dos processos de acompanhamento, em razão do cumprimento integral e tempestivo das medidas preventivas e reparatórias⁸⁵, e de (iii) análise de desempenho/retroalimentação das medidas de Fiscalização Regulatória adotadas e seus resultados, principalmente sobre a aplicação de medidas reparatórias e preventivas.

Após a abertura do processo regulatório aos meios de participação social, colhidas as sugestões e avaliadas fundamentadamente, encaminhou-se o feito à Procuradoria Federal especializada junto à Anatel para o derradeiro parecer e posterior submissão à deliberação pelo Conselho Diretor.

2.3.1.4 Revisão jurídica, deliberação e publicação

O Parecer n.º 496/2020/PFE-Anatel/PGF/AGU cristalizou as últimas recomendações de legalidade emitidas pelo órgão consultivo federal, transpassando aspectos formais e de mérito. Considerando-se que se trata do documento mais pertinente à temática do presente trabalho no âmbito do processo regulatório em comento, proceder-se-á ao exame do parecer

Fiscalização Regulatória, pelo prazo de 90 (noventa) dias, e realização de 5 (cinco) audiências públicas. 4. Pela aprovação da Portaria de Metodologia de Priorização de Fiscalização Regulatória”.

⁸⁴ Os cidadãos figuram como maiores contribuintes na consulta pública (46% dos participantes), ultrapassando a presença de associações (14%), prestadoras (23%), entidades de defesa do consumidor (5%), radiodifusores (3%) e não identificados (9%).

⁸⁵ A sugestão, advinda sobretudo dos prestadores ligados aos Grupos Tim e Oi, foi balizada na experiência das demais agências reguladoras que implantaram instrumentos negociais em seu *toolkit* administrativo, como a Ancine, a ANS, a Anac e a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arsesp).

com a utilização da taxonomia estabelecida no primeiro capítulo – estabelecimento de um padrão, coleta de informações, e modificação de comportamento –, a fim de segmentar, desde já, em qual etapa da regulação se insere cada apontamento de legalidade.

Apesar da fundamentação do parecer da Procuradoria Federal especializada ter optado por mencionar os diplomas normativos mais adequados ao setor das telecomunicações – Lei Geral de Telecomunicações, Regimento Interno da Anatel e Regulamento da Anatel –, infere-se que são extrapoláveis, ao âmbito geral, boa parte dos raciocínios jurídicos subjacentes a cada recomendação (Brasil, 1997d).

No que se refere à etapa de estabelecimento do padrão – ou ao processo regulamentar da agência –, averiguou-se a conformidade formal do processo regulatório por intermédio da verificação (i) da competência legal da Anatel para a edição de normas regulamentares quanto às telecomunicações – art. 22, IV, da Constituição Federal, c/c art. 19 da Lei Geral das Telecomunicações –, bem como da atribuição de seu Conselho Diretor para operacionalizar o caráter normativo da agência – art. 22, IV, da Lei Geral das Telecomunicações –; e (ii) da adequação do meio (Resolução) ao fim colimado – art. 40 do Regimento Interno –; (iii) do cumprimento aos instrumentos de participação social – consulta pública e audiência pública – e de apoio à tomada de decisão – análise de impacto regulatório e consulta interna (Brasil, 1988, 1997d).

Ademais, a Procuradoria ponderou que a decisão regulatória a respeito da etapa de estabelecimento do padrão não pode descolar da análise quanto à coerência interna do subsistema jurídico, sob pena de editar-se ato normativo ineficiente porque conflitante com as demais normas setoriais (AGU, 2020). O exemplo prático dessa incongruência, no âmbito dos mecanismos de modificação de comportamentos propostos pela Anatel, auxilia a ilustrar os potenciais obstáculos da compatibilização de uma abordagem regulatória desenvolvida em um sistema de *common law* no seio de um ordenamento jurídico marcado pela tradição da *civil law*.

O parecer vislumbrou uma incompatibilidade, já anunciada em parecer anterior, entre a proposta de resolução da agência e a legislação incidente sobre o setor em questão (AGU, 2020). De um lado, a minuta da proposta previa a possibilidade da agência, defrontada com condutas irregulares, adotar uma medida preventiva ou reparatória⁸⁶ – divulgação de

⁸⁶ “Art. 13 O processo de Acompanhamento abarca o conjunto de medidas destinadas ao acompanhamento, monitoramento, análise e verificação do cumprimento da legislação e da regulamentação, e das condições de prestação dos serviços, incluindo aquela realizada mediante ação de Fiscalização, bem como de medidas de prevenção e de reparação. Art. 14 A conclusão do acompanhamento pode resultar, isolada ou conjuntamente, em: I - imposição ao administrado de medidas preventivas ou reparatórias; II - imposição ao administrado de medidas de Controle; III - composição de base de dados para reavaliação nos próximos ciclos”.

informações, orientação aos administrados, notificação para regularização, plano de conformidade e medida cautelar –, e, caso prontamente regularizada a conduta⁸⁷, de arquivar o processo administrativo sancionador⁸⁸.

O plano de fundo dessa hipótese de arquivamento se relaciona, no âmbito teórico, com a premissa responsiva de que persuadir é menos custoso do que punir. Trata-se de uma medida que valoriza a disposição do agente em adequar-se às normas regulatórias após um *nudge* à conformidade. Na seara prática da agência, essa norma decorre da percepção de que o processo administrativo sancionador da Anatel, enquanto instrumento predominante de comando e controle, é (i) ineficiente, (ii) demanda altos custos, (iii) tem longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário – o que retarda a execução da decisão proferida pela agência –, e (iv) não tem alcançado o propósito de alterar o comportamento das prestadoras infratoras (AGU, 2020). Nesse sentido, a flexibilidade quanto ao processamento administrativo, preconizada pela nova proposta de regulamento, alinha-se à axiologia atinente à eficiência administrativa, visto que prioriza a redução dos custos regulatórios por intermédio da priorização do instrumental dialógico na resolução de infrações.

Entretanto, o parecer ressalta que a legislação vigente não excetua qualquer infração administrativa da instauração de processo administrativo sancionador. Mais do que isso, a lei de regência (Brasil, 1997d) estabelece parâmetros semanticamente abertos para a configuração de infração administrativa no setor das telecomunicações – uso da expressão “a infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis”⁸⁹. Dessa feita, uma vez ocorrido o descumprimento de alguma norma do setor de telecomunicações, seja editada pela Anatel, pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, a Anatel não poderia desviar-se do dever de apurar a infração, assegurando a observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, e, caso confirmada a sua ocorrência, aplicar alguma sanção administrativa.

Na opinião da Procuradoria Federal especializada, a resposta administrativa à infração das normas setoriais vigentes não poderia exaurir-se na notificação para

⁸⁷ “Art. 42 A Anatel poderá determinar a adoção de medidas preventivas ou reparatórias que visem prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores ao setor. Art. 44 O acompanhamento e a declaração de cumprimento de medidas preventivas ou reparatórias ou de seu descumprimento devem ser realizados pela autoridade que aprovou a adoção da respectiva medida”.

⁸⁸ “Art. 45 A regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle previstas neste Regulamento”.

⁸⁹ “Art. 173 A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: I - advertência; II - multa; III - suspensão temporária; IV - caducidade; V - declaração de inidoneidade” (Brasil, 1997d).

regularização, eis que a correção das irregularidades é uma providência ínsita à caracterização da infração. Trata-se do entendimento reiterado do órgão de consultoria⁹⁰ que, já quando se debruçava a respeito dos critérios e dos procedimentos para a celebração de TAC em 2013, anotava que “[...] o acordo de ajustamento de conduta que apenas previsse tal aspecto (regularização) pecaria por insuficiência” (AGU, 2020, p. 17).

O posicionamento, cujo teor ilustra uma incompatibilidade entre a coerência do modelo abstrato de regulação responsiva e a legislação vigente aplicável ao setor⁹¹, se ancora na legalidade estrita e na indisponibilidade do interesse público.

Além disso, o parâmetro de legalidade da consultoria jurídica nesse particular diz respeito à salvaguarda da hierarquia normativa no ordenamento jurídico na etapa de estabelecimento do padrão regulatório. Significa dizer que, no processo regulatório, tal como nas demais situações de utilização do poder normativo da Administração Pública, a norma infralegal não possui o condão de revogar ou excetuar a aplicabilidade de norma legal e que, sendo esta averiguada, impõe-se, nesse caso, o processamento administrativo com a posterior cominação de sanção, caso comprovada a autoria e materialidade.

Assim como no caso das medidas preventivas previstas pela Resolução n.º 472/2018 da Anac, o debate a respeito da possibilidade de não instauração – ou arquivamento – do processo administrativo sancionatório pela Anatel traz à lume a necessidade de delimitação precisa quanto ao balizamento legal do poder regulamentar das agências reguladoras (Anac, 2018). Isso porque a implantação e estruturação coerente do instrumental administrativo, apto a incentivar os agentes econômicos à conformidade, perpassa a verificação de incongruência com as normas de hierarquia superior.

O parecer da Procuradoria Federal quanto à resolução dessa divergência normativa aponta à via da alteração legislativa para a consecução do instrumental pretendido, sob o exemplo da Comissão de Valores Imobiliários (CVM). Mesmo diante de lei ordinária com maior abertura semântica no que se refere à atribuição sancionatória⁹², foram promovidos

⁹⁰ “A Procuradoria também seguiu essa linha de entendimento no Parecer n.º 173/2015/PFE/Anatel/PGF/AGU e no Parecer n.º 268/2018/PFE-Anatel/PGF/AGU, o que demonstra que, há anos, este é o entendimento adotado pela Procuradoria, manifestado em diversas oportunidades” (AGU, 2020, p. 18).

⁹¹ “O art. 173 da LGT prevê que, diante da ocorrência de uma infração, há um dever (e não uma faculdade) de a Agência apurar e punir a infração. Não cabe à Agência avaliar se a instauração de um processo punitivo é ou não uma boa medida, mas sim instaurar o processo e, uma vez confirmada a ocorrência da infração, aplicar a sanção suficiente e adequada para reprimir a infração, conforme sua reprovabilidade, que inclusive pode se restringir a uma advertência. Também é importante consignar que a regulação responsiva não se resume à simples possibilidade de não abertura de processo sancionador quando constatada uma infração” (AGU, 2020, p. 19).

⁹² O art. 9º, § 4º, da Lei n.º 6.385/1976 dispunha que “na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão deverá dar prioridade às infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado”.

esforços legislativos expressos⁹³ para compatibilizar a legislação de regência da CVM – e do Banco do Brasil⁹⁴, inclusive no que se refere à utilização de mecanismos negociais⁹⁵ – com a possibilidade de arquivamento das infrações cuja relevância da conduta fosse baixa, assim como a expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado.

As reformas legislativas no âmbito da CVM e as recomendações da Procuradoria suportam a dedução de que determinados subsistemas jurídicos, em decorrência da arquitetura legislativa, são mais resistentes do que outros no que se refere à recepção do arcabouço responsivo de modificação de comportamentos. Como consequência, apontam no sentido de que, a depender do instrumental pretendido e da legislação setorial de regência, a estruturação de uma abordagem responsiva na regulação brasileira transpassa o poder normativo da Administração Indireta e pode depender da atuação do Congresso Nacional em sede de reforma legislativa.

As limitações normativas parecem predominar em relação à previsão e aplicação dos instrumentos com menor grau de intervenção da pirâmide de *enforcement*, enquanto dependentes da dispensa do tradicional modelo de comando e controle⁹⁶ para sua incidência –

⁹³ A redação, dada pela Lei n.º 13.506/2017, acrescentou ao final do art. 9º, § 4º, da Lei n.º 6.385/1976 a seguinte oração: “[...] e poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos” (Brasil, 2017a).

⁹⁴ “Art. 19 O processo administrativo sancionador será instaurado nos casos em que se verificarem indícios da ocorrência de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil. § 1º O Banco Central do Brasil poderá deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência”.

⁹⁵ “Art. 11 O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente: I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei. § 1º A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo § 2º Na hipótese de processo administrativo já instaurado, a suspensão dar-se-á somente em relação ao acusado que firmou o termo de compromisso. § 3º A decisão do Banco Central do Brasil sobre a assinatura do termo de compromisso, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno. § 4º O Banco Central do Brasil não firmará termo de compromisso nas hipóteses de que trata o art. 4º desta Lei”.

⁹⁶ “Na lógica de uma regulação baseada em ‘comando-controle’, o exercício da potestade estatal pressupõe a tipificação de condutas: é contra uma infração previamente tipificada que o Estado irá exercer seu poder punitivo. Como consequência, a regulação estatal deve ser o mais abrangente e detalhista possível, de modo a antever todas as condutas que se pretende evitar. Já no caso de uma regulação estatal mais colaborativa, em que regulador, regulado e sociedade civil constroem, juntos, o conteúdo da regulação, o Estado assume um papel mais indutor, de direcionamento dos agentes às finalidades que se pretende alcançar. Isso exige do regulador um profundo conhecimento do mercado regulado, que será essencial na definição dos objetivos almejados com a regulação. A atuação estatal, sob esta ótica, será muito mais principiológica, de indução e conformação de condutas, do que tipificação” (Marques Neto, 2019, p. 26-28).

usualmente previstos na seara legal. No juízo do parecer, a hierarquia normativa restringe a criação de uma “margem de tolerância administrativa” pela agência tão somente em relação às obrigações infralegais⁹⁷.

Assim, o parecer identifica que a discricionariedade da agência, no estabelecimento do padrão, dependeria da instituição que editou as normas incidentes sobre a questão, ao passo que, em relação às obrigações constantes, especificamente de normas editadas pela Anatel, a agência teria uma maior margem de modelagem regulatória^{98,99}. No tocante às obrigações previstas, também em normas advindas do Presidente da República ou do Congresso Nacional, as possibilidades seriam mais adstritas¹⁰⁰.

Já em relação à fase de coleta de informações da regulação, largamente tratada na proposta – afinal, se trata de minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, que além desse propõe enxutas alterações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA) –, conforme se verá adiante, a Procuradoria Federal não vislumbrou maiores óbices de legalidade à sua implementação, anotando tão somente pontuais mudanças na redação dos dispositivos, especialmente em relação à regras de acesso a informações e ao sigilo/proteção de dados¹⁰¹.

No que se refere ao instrumental de modificação de comportamentos, como já se adiantou, o debate centrou-se majoritariamente na questão sobre a (in)dispensabilidade de

⁹⁷ “A agência não pode, em sua regulamentação infralegal, criar margens de tolerância para descumprimentos de obrigações impostas em políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco criar instrumentos que visem a deixar de exercer sua competência punitiva quanto a descumprimentos dessas obrigações que chegaram a ocorrer e depois foram cessados” (AGU, 2020, p. 27).

⁹⁸ Inseridas na sua competência as possibilidades de “[...] (i) revogar dispositivos que estabelecem obrigações de baixa relevância ou redesenhar normas de modo que a obrigação se restrinja a condutas de fato relevantes, conforme a proposta apresentada quanto à infração de obstrução à atividade fiscalizatória, a ser detalhada adiante; (ii) transformar normas que prevêem obrigações em normas que incentivam determinados comportamentos; (iii) remodelar obrigações de modo a prever que haja um nível de desempenho esperado pela Agência, uma margem de tolerância, e um nível crítico (em que se verifica uma infração administrativa); (iv) prever mais de uma forma de cumprimento para uma mesma obrigação, de modo que, para o cumprimento da norma pelo autuado seja suficiente a realização de alguma das condutas definidas na norma” (AGU, 2020, p. 83).

⁹⁹ Aliás, quanto à possibilidade de revogação de dispositivos que estabelecem obrigações de baixa relevância/reformulação de normas, insta salientar que a Anatel procedeu às chamadas “guilhotinas regulatórias”, com o objetivo de simplificar o arcabouço regulatório e priorizar as necessidades do setor. A segunda versão dessa “guilhotina” (2023-2024) revogou mais de 10 resoluções integrais e 100 dispositivos de resoluções e regulamentos.

¹⁰⁰ A Procuradoria Federal considerou viável, nesses casos, (i) ampliar o cabimento da sanção de advertência, (ii) prever a aplicação de sanção de advertência – em vez da sanção de multa – para os casos de cessação da conduta até um determinado marco temporal definido pela agência, e, (iii) na prática, dar maior aplicabilidade aos incentivos à cessação da conduta infratora.

¹⁰¹ “No tocante às obrigações dos administrados de fornecer ou de permitir o acesso aos documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil ou outras pertinentes, em seu poder ou em poder de terceiros, constante do art. 7º, I e II, da Minuta de Regulamento, propõe-se que os referidos comandos façam, por cautela, referência expressa ao art. 16 do mesmo Regulamento, em que se assegura ao fiscalizado o direito ao sigilo de dados e informações” (AGU, 2020, p. 86).

processo/sanção administrativa. Para além da discussão sobre a possibilidade de margens de tolerância administrativa, as recomendações da procuradoria federal, no tocante às alterações no RASA, relacionam-se em grande parte com a coerência interna do próprio regulamento e com a necessidade de definições mais minuciosas em relação aos critérios de classificações de infrações – leve, média, grave.

Por fim, abordou-se a lógica de incentivos intrínseca à dosimetria da sanção. Embora a dosimetria da sanção pecuniária não tenha suscitado largas discussões de legalidade, a posição da Procuradoria Federal foi deferente no que se refere à possibilidade de instituição de incentivos a título de agravantes/atenuantes¹⁰², cabendo destacar os parâmetros fornecidos pelo parecer do professor Floriano de Azevedo Marques Neto com base na reforma da LINDB.

O parecer lavrado pelo professor Marques Neto (2019) no processo regulatório em questão, representando as contribuições advindas da participação setorial das empresas Telefônica S.A. e Claro S.A., mencionou a incidência das novas disposições da LINDB sobre (i) o dever de motivação positivo¹⁰³ e negativo¹⁰⁴ do agente público na condução da atividade regulatória, especialmente em face de parâmetros semanticamente abertos na base de cálculo das multas¹⁰⁵; (ii) a aplicação de sanções, genericamente considerada¹⁰⁶; (iii) a hermenêutica na Anatel a partir da reforma no RASA, tanto a nível de modulação temporal da eficácia da

¹⁰² “No âmbito da Anatel, de qualquer forma, ainda cabe precipuamente à inteligência sancionatória, por meio de incentivos relacionados à dosimetria de sanções (de competência da Agência), cumprir o relevante papel de também induzir a redução dos descumprimentos” (AGU, 2020, p. 43).

¹⁰³ Compreendendo, segundo o professor Marques Neto (2019): (i) o fundamento jurídico com base no qual a decisão foi tomada e a sua articulação; (ii) a indicação dos fatos e a sua avaliação; (iii) a exposição de razões e critérios de ponderações, exteriorizando a racionalidade do processo decisório; (iv) apresentação da análise de todos os argumentos apresentados pelos interessados, mesmo que seja para afastá-los; e (v) exposição a avaliação que se fez acerca dos dados e informações técnicas aportadas pelos interessados e pelos órgãos técnicos da Administração Pública especialmente no caso das Agências Reguladoras, inclusive aqueles consolidados em pareceres, informes, notas técnicas etc.

¹⁰⁴ Explicitação das razões pelas quais não se adotou alternativas distintas e menos gravosas ao caso concreto, posto que, em sentido similar ao art. 50, § 1º, da Lei de Processo Administrativo Federal, o art. 20, parágrafo único, da LINDB, dispõe que “[...] a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (Brasil, 1942, 1999a).

¹⁰⁵ A minuta da Resolução, assim como o texto normativo publicado posteriormente, faz menção à adoção de “outro critério, acompanhado de fundamentação” para o cálculo do valor base da multa, nos casos em que inviável a identificação da receita operacional líquida do infrator – art. 18, § 1º, do RASA.

¹⁰⁶ O art. 22, § 2º, da LINDB, dispõe que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (Brasil, 1942).

nova interpretação¹⁰⁷, quanto a nível de irretroatividade da nova orientação¹⁰⁸; e, finalmente, (iv) ao grau de vinculação administrativa da Agência aos seus próprios precedentes¹⁰⁹.

Já em relação ao sancionamento consistente em imposição de obrigação de fazer, foram ressaltadas balizas constitucionais à pretensão punitiva estatal, quer no parecer do órgão consultivo estatal¹¹⁰, quer na opinião dos agentes econômicos consultados¹¹¹. Depreende-se dos apontamentos afetos à fase de alteração de comportamentos que incursões a respeito da LINDB e às garantias processuais constitucionais são indispensáveis ao balizamento da atividade da Administração Pública nesta fase da regulação.

Após o parecer final da Procuradoria Federal especializada junto à Anatel, a proposta foi submetida ao Conselho Diretor da agência que, mediante o Acórdão n.º 233/2021, aprovou a minuta de resolução que (i) aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória, (ii) revoga a Resolução n.º 596/2012 – que aprovou o Regulamento de Fiscalização –, e (iii) dá nova redação a dispositivos no RASA, aprovado pela Resolução n.º 589/2012 (Anatel, 2012a; ANTAQ, 2021). A deliberação do Conselho Diretor, como espécie de ato administrativo, foi motivada, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos pertinentes – art. 50, da Lei n.º 9.784/1999 (Brasil, 1999a).

¹⁰⁷ O art. 23, da LINDB, dispõe que “a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais” (Brasil, 1942).

¹⁰⁸ O art. 24, *caput*, da LINDB, dispõe que revisão nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas (Brasil, 1942).

¹⁰⁹ O professor anota que “as decisões de caráter definitivo do Conselho Diretor da Anatel (e somente essas) constituem-se, assim, diante do art. 30 da LINDB em precedentes vinculantes às decisões dos novos casos concretos submetidos ao crivo da agência. É dizer, nessa medida, que diante do julgamento de cada novo caso concreto, a Anatel está obrigada a revisitar seus próprios precedentes a fim de averiguar a sua aplicabilidade ou o seu afastamento no caso em exame, ambos de maneira absolutamente motivada, como vimos anteriormente” (Marques Neto, 2019, p. 40).

¹¹⁰ “A previsão de que a agência, na aplicação da pena de obrigação de fazer, também possa buscar a promoção de melhorias nos serviços de telecomunicações prestados por outras empresas do grupo econômico integrado pela entidade infratora encontra evidente obstáculo nos limites subjetivos dos efeitos da sanção administrativa, que não podem ser suportados por outras pessoas jurídicas que não são responsáveis pela prática da infração administrativa, independentemente de pertencerem ou não a um mesmo conglomerado empresarial” (AGU, 2020, p. 48-49).

¹¹¹ Em relação às circunstâncias do grupo econômico afetarem a dosimetria do infrator individualmente considerado, o professor Marques Neto (2019, p. 9-11) anotou que “não há qualquer margem de interpretação possível na LGT ou no RASA (ou em qualquer outra lei ou regulamento setorial) que autorize, oriente ou admita, sob qualquer forma, que se aplique à dosimetria das sanções às condições subjetivas de terceiros absolutamente alheios ao cometimento material da infração apenada”, diante da garantia constitucional da individualização da pena segundo a qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado – art. 5º, XLV e XLVI, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Enunciadas as principais preocupações jurídicas durante o Processo Regulatório n.º 53500.205186/2015-10, com vistas a subsidiar o debate de legalidade do seguinte capítulo, parte-se à apresentação da abordagem responsiva estruturada na Anatel, em termos gerais.

2.3.2 Instrumental responsivo da Anatel

Uma vez analisado o processo regulamentar responsável pela consolidação da Resolução Anatel n.º 746/2021, passa-se ao exame dos instrumentos administrativos propriamente ditos. Assim, a exposição será estruturada em duas frentes. A primeira, referente Regulamento de Fiscalização Regulatória da Anatel, apresenta o marco regulatório central da atuação responsiva da agência, no qual se operacionalizam diretrizes de atuação sancionatória escalonada. A segunda, por sua vez, tratará de instrumentos esparsos, igualmente alinhados à lógica responsiva, mas veiculados em atos diversos – com destaque para iniciativas de autorregulação regulada e sanções premiais.

2.3.2.1 Resolução Anatel n.º 746/2021

A publicação da Resolução n.º 746/2021 representou a consolidação das discussões a respeito da implantação da regulação responsiva no âmbito das telecomunicações (Anatel, 2021b). Quer na fase de coleta de informações, quer na fase de modificação de comportamentos, se destacam, a partir da nova resolução, as previsões de (i) uma lógica de atuação responsiva, porquanto prioritária e escalonável, e (ii) um amplo acervo de instrumentos para a fiscalização e o sancionamento, desde medidas brandas até a derradeira sanção incapacitante.

No que se refere às diretrizes que orientam a fiscalização da Anatel, foram positivadas as premissas de priorização da atuação, baseada em regulação por evidências e gestão de riscos, com foco e orientação por resultado – art. 5º, II –, e a atuação de forma responsiva, com a adoção de regimes proporcionais ao risco identificado e à postura dos Administrados – art. 5º, IV –, além da previsão de mecanismos de transparência, de retroalimentação e de autorregulação – art. 5º, VI.

A fase de coleta de informações passou a contar com modalidades de acesso remoto sistemas da informação do regulado¹¹² – art. 21 e 22 –, o acompanhamento presencial¹¹³ – art. 23 e 24 – e o acompanhamento não presencial – art. 25 –, levado a cabo por meio da expedição de ofícios, requerimento de informações, ou, residualmente, qualquer outra forma que não caracterize as demais modalidades. Inseridas no âmbito do acompanhamento presencial, a resolução previu os instrumentos fiscalizatórios de auditoria, averiguação, ensaio, levantamento, medição, monitoração, radiovideometria e vistoria – art. 26, I a VIII.

Disso se extrai a instituição de um amplo leque de instrumentos aptos a compor a atividade fiscalizatória do agente na prática, assegurando uma maior probabilidade de adequação (flexibilidade) da ferramenta ao fim da coleta de dados pretendida, ou a previsão de um *toolkit regulatório* adequado à regulação responsiva. O escalonamento das atividades de fiscalização, por sua vez, é assegurado por intermédio dos mecanismos de (i) requisição de informações e de (ii) obstrução à atividade de fiscalização regulatória.

Caso o administrado resista em cooperar com a agência reguladora por ocasião da fiscalização, qualquer que seja o instrumento fiscalizatório elegido pelo agente público, a resolução prevê que, diante de ineficácia das medidas fiscalizatórias empreendidas, a autoridade hierarquicamente superior ao agente fiscalizador deverá expedir requisição de informações – art. 39 e §§. O instituto da requisição de informações figura, portanto, como o “ultimato persuasivo” para a coleta de informações, especificando os dados requisitados pela agência e fixando prazo para a cooperação do regulado. Essa segunda tentativa de fiscalização “amigável” exaure a faceta persuasiva da abordagem regulatória da Anatel.

Isso porque o eventual descumprimento à requisição de informações – isto é, a resistência reiterada ou incisiva do regulado em cooperar com a Anatel¹¹⁴ – dá azo imediato à instauração do processo administrativo sancionador respectivo – art. 41 –, sem prejuízo das ações necessárias à conclusão da atividade obstruída ou da imposição de outras medidas de

¹¹² As preocupações legais da agência, ao instituir essa espécie de coleta de informações dos regulados, perpassou a previsão regulamentar de (i) observância de práticas de gestão da segurança da informação – art. 22, *caput* –, de (ii) preservação da continuidade dos serviços e da integridade, confidencialidade e autenticidade das informações – art. 22, *caput* –, e da (iii) ciência ao regulado da realização do procedimento e a rastreabilidade das informações acessadas pela Anatel – art. 22, § 2º (Anatel, 2021b).

¹¹³ Dispõe o art. 23, da Resolução Anatel n.º 746/2021, que “o acompanhamento no modo presencial pode ser realizado por meio de visitas, entrevistas, reuniões e vistorias, além de outras formas de contato remoto como telepresença e videoconferência, inclusive no âmbito de Inspeção” (Anatel, 2021b).

¹¹⁴ De acordo com o art. 40, da Resolução de Regência, configura uma obstrução à atividade de fiscalização regulatória todo ato, comissivo ou omissivo, direto ou indireto, do administrado ou de seus prepostos, que impeça, dificulte ou embarace a atividade de acompanhamento exercida pela Anatel mediante o (i) oferecimento de entrave à atuação dos servidores ou recusa no atendimento, o (ii) não envio ou envio intempestivo de quaisquer dados e informações pertinentes à obrigação do administrado, o (iii) envio de informações inverídicas ou que possam levar a uma interpretação equivocada, ou o (iv) impedimento de acesso físico às instalações, por parte do administrado.

controle. Portanto, a lógica de *tit-for-tat enforcement*, com o consequente escalonamento das medidas administrativas, pauta a fiscalização responsiva da Anatel.

Não sendo um caso de obstrução à atividade fiscalizatória, proceder-se-á à averiguação da eventual infração administrativa pelo regulado. Se atestada a conformidade do agente econômico, a Anatel se limita a alimentar sua base de dados para fins de avaliação do setor, dos regulados e das medidas adotadas de fiscalização regulatória – art. 58 –, bem como subsidiar a atuação prioritária da agência e a possibilidade de autorregulação – art. 59.

Já se constatada uma infração, tem-se a atuação reativa de conformação de comportamentos dos regulados predicada pela resolução, denominada de “processo de controle” no ato normativo. Dentre o arsenal disponível nessa etapa, figuram (i) a divulgação de informações¹¹⁵, (ii) a imposição de medida cautelar – a fim de evitar dano grave ou de difícil reparação –, (iii) a instauração de processo administrativo sancionador – que pode culminar na imposição das medidas sancionatórias infra descritas –, e (iv) a assinatura de TAC.

Não se olvida, também, a previsão de mecanismos proativos, preventivos e negociais para a obtenção de conformidade, que figuram na base da atuação da Anatel: (i) a divulgação de informações, (ii) a orientação aos regulados, (iii) a notificação para regularização¹¹⁶, (iv) o plano de conformidade¹¹⁷, e (v) a imposição de medida cautelar. Assim, pode-se ilustrar a pirâmide de incentivos da Anatel conforme a representação da Figura 2¹¹⁸.

Figura 2 – Pirâmide de incentivos da Anatel

¹¹⁵ A teor do art. 48, da Resolução Anatel n.º 746/2021, se trata de medida consistente em divulgar dados setoriais e de desempenho em sua página na internet, podendo a Anatel determinar ao regulado que divulgue as informações pretendidas (Anatel, 2021b).

¹¹⁶ O art. 50, da Resolução Anatel n.º 746/2021, não pormenoriza requisitos ou proibitivos a respeito das hipóteses de cabimento desse instrumento, deixando a cargo da discricionariedade do agente o juízo de proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas (Anatel, 2021b).

¹¹⁷ O plano de conformidade interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva e deve conter, ao menos, o compromisso de cumprimento da obrigação e da reparação a ser feita, o cronograma de ações voltadas a cumprir a obrigação e eventuais reparações, a obrigação de prestação de informações periódicas à Anatel sobre a execução do cronograma e o prazo de vigência, apontando ainda de forma clara o objetivo final de conformidade a ser aferido – art. 51 e 52. O instrumento carece de requisitos e proibitivos pormenorizados, inserindo-se a sua homologação na margem de discricionariedade do superintendente responsável pelo acompanhamento do tema – art. 53.

¹¹⁸ Cabe frisar que a “hierarquia de sanções” da ilustração não abrange a integralidade das situações previstas no regulamento, visto que o descumprimento à obrigação de fazer, por exemplo, possui o condão de atrair a incidência de multa agravada – art. 15, § 2º (Anatel, 2012).



Fonte: Anatel (2021a, p. 21).

A previsão regulamentar de um amplo *toolkit* administrativo para amoldar-se à prática setorial, apesar de indispensável à estruturação de uma abordagem regulatória responsiva, não exaure as premissas da teoria de base. A combinação sinérgica entre os instrumentos, de modo a escalar ou descer a pirâmide de incentivos – a depender do comportamento (não) cooperativo do agente –, é a pedra de toque da regulação responsiva. Nesse sentido, a lógica de escalonamento de medidas administrativas da Anatel, especialmente de natureza sancionatória, encontra-se prevista em disposições esparsas do próprio Regulamento de Fiscalização Regulatória e, especialmente, no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativa, alterado pela mencionada resolução.

Na seara do Regulamento de Fiscalização Regulatória – Resolução n.º 746/2021 –, foram positivadas as disposições, com teor de escalonamento regulatório, de (i) aplicação de medidas de controle – caso sejam insuficientes as medidas preventivas e reparatórias – art. 46 –, de (ii) incidência de circunstância agravante, caso descumpridas as medidas preventivas e reparatórias – art. 47 –, e de (iii) regimes de tratamento diferenciados, a depender da postura dos administrados, bem como das margens de tolerância e distintas consequências de controle em relação a obrigações – art. 55, § 2º –, essa última, contudo, dependendo da regulamentação específica (Anatel, 2021b).

Já o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativa – Resolução n.º 589/2012 – opera mediante diferentes progressões sancionatórias, a depender de fatores como a

classificação da infração – leve, média, grave¹¹⁹ –, os antecedentes do infrator¹²⁰, a reincidência específica, a situação econômica e financeira do infrator, a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção – art. 10, I a XI – e, no geral, o grau de cooperação do regulado (Anatel, 2012a). Exemplo disso é o escalonamento das medidas sancionatórias em caso de descumprimento às medidas preventivas¹²¹ ou à obrigação de fazer¹²² imposta pela autoridade administrativa.

No geral, os dispositivos que definem as sanções aplicáveis pela agência e as suas hipóteses de cabimento são semanticamente abertos, permitindo a volatilidade dos institutos administrativos para situações diversas. A sanção de advertência é cabível quando a infração “[...] não justificar a imposição de pena mais grave ao infrator” – art. 12 (Anatel, 2012). A obrigação de fazer é cabível nas situações em que a autoridade “[...] verificar que a imposição de prática ou abstenção de conduta à sancionada será mais razoável e adequada para o atingimento do interesse público” – art. 15, *caput* (Anatel, 2012). Isso permite não apenas a escalada para medidas mais interventivas, mas também a descida às medidas mais brandas do subsistema.

O Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativa, inclusive, prevê uma hipótese geral e abstrata de substituição da sanção por outra menos gravosa, bastando que a decisão seja fundamentada, indicando explicitamente o interesse público a ser protegido, os critérios de conveniência e oportunidade adotados e os parâmetros de substituição da sanção – art. 24 (Anatel, 2012). Trata-se, portanto, de um mecanismo de incentivo à cooperação que representa a descida à base na pirâmide de incentivos. Além disso, diante de infração de simples apuração¹²³, o regulamento possibilita o arquivamento sumário do processo administrativo sancionador – art. 25 e ss. –, contanto que o infrator cumpra os requisitos regulamentares¹²⁴ (Anatel, 2012).

¹¹⁹ A definição de infração grave também se relaciona com a postura do regulado diante do regulador, eis que a má-fé e o óbice à atividade de fiscalização regulatória configuram infração grave – art. 9º, § 3º, II e VI (Anatel, 2012).

¹²⁰ Segundo o art. 10, parágrafo único, da Resolução n.º 589/2012, o mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação da sanção (Anatel, 2012a).

¹²¹ “Art. 12 A agência aplicará a sanção de advertência quando da ocorrência de uma das seguintes alternativas: I - não justifique a imposição de pena mais grave ao infrator; ou II - atendimento das medidas impostas em processo de acompanhamento do qual derivou o PADO” (Anatel, 2012).

¹²² Conforme o art. 15, § 2º, da Resolução n.º 589/2012, o não atendimento da ordem emanada pela autoridade administrativa implicará a conversão da sanção de obrigação de fazer ou de não fazer em multa – independentemente de responsabilização civil ou criminal –, o que levará em consideração o grau de cumprimento da obrigação imposta e a gravidade da infração originalmente cometida (Anatel, 2012a).

¹²³ A Anatel anunciou que visa editar Resolução Interna do Conselho Diretor para definir mais precisamente a sanção aplicável a cada infração de simples apuração, se advertência ou multa – art. 25, § 1º (Anatel, 2012).

¹²⁴ Consistentes em (i) reconhecer a materialidade e confessar a autoria da infração, (ii) apresentar prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário, (iii)

Ainda que não seja viável a imposição de medidas administrativas brandas devido às circunstâncias do caso concreto – má-fé do regulado, conduta não cooperativa ou sanção demasiadamente grave –, o cálculo da pena de multa foi sofisticado a partir do advento da Resolução n.º 746/2021 para adequar-se às peculiaridades encontradas pelo regulador (Anatel, 2021b). Destaca-se, nesse sentido, a agravante de 10% para cada medida preventiva ou reparatória descumprida no processo de acompanhamento que precedeu o processo administrativo sancionador – art. 19, IV –, bem como as atenuantes de 15% a 90% do valor da multa em casos de cessação da infração e reparação do dano causado – art. 20 –, a depender do momento processual¹²⁵ (Anatel, 2012). Há, também, redução da multa caso o infrator renuncie expressamente ao direito de recorrer da decisão de primeira instância – art. 33, § 5º (Anatel, 2012).

Por fim, a sistemática sancionatória da Anatel não carece de sanção incapacitante – a *benign big gun* predicada pela teoria de base –, visto que prevê a aplicação da sanção de caducidade quando os antecedentes do infrator demonstrarem a ineficácia de outra sanção menos gravosa – art. 23 (Anatel, 2012).

2.3.2.2 Instrumental esparso da Anatel

Embora a Resolução Anatel n.º 746/2021 represente, em um diploma regulamentar centralizado, a sistemática fiscalizatória responsiva recentemente adotada pela agência, não se esgotam nesta os esforços de introdução de características responsivas no bojo da regulação exercida pela Anatel (2021b). A seguir, destacam-se instrumentos regulatórios previstos em

renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração, e (iv) recolher o valor da multa considerado o fator de redução.

¹²⁵ “Art. 20 O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes: I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação espontânea da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, previamente à ação da Agência; II - 50% (cinquenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, imediatamente ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência; II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, antes da intimação da instauração do PADO ou dentro do prazo estipulado pela Anatel, quando assim ocorrer; III - 5% (cinco por cento), nos casos de adoção de medidas, por livre iniciativa do infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida; III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, até o término do prazo para a apresentação de alegações finais em âmbito de PADO; IV - 10% (dez por cento), nos casos de confissão do infrator perante a Anatel, apresentada após a ação da Agência e até a apresentação da defesa. IV - 20%, nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e reparação total ao usuário, quando cabível, até o término do prazo para apresentação de alegações finais nos autos do PADO; V - 15% (quinze por cento), nos casos de confissão clara e expressa do infrator acerca da autoria e materialidade do fato apurado, apresentada até o término do prazo para apresentação de defesa” (Anatel, 2012).

diplomas esparsos referentes à autorregulação regulada e à delegação de atos de fiscalização (ambas as medidas conjugadas), além de sanções premiais.

De início, ressalta-se os mecanismos da Anatel que auxiliam a representar o debate vindouro a respeito da delegação do poder de polícia. Conforme infere-se da pesquisa exploratória de Galvão *et al.* (2021), a agência implantou, mediante a criação de entidades privadas independentes, a autorregulação regulada para (i) executar os processos e consolidar os resultados de aferição da qualidade da banda larga fixa e móvel do país¹²⁶, atribuindo selo de qualidade – de “A” a “E” – com base nos resultados obtidos para os índices definidos na Resolução n.º 717/2019 (Anatel, 2019b); para (ii) executar os procedimentos relativos à portabilidade numérica, no âmbito dos serviços de telefonia fixo e móvel¹²⁷; e para (iii) intermediar processo de contratação de produtos no atacado ofertados pelos grupos detentores de poder de mercado significativo (PMS), operacionalizando o Sistema de Negociação das Ofertas de Atacado¹²⁸.

Já a título de sanções premiais, destacam-se a premiação “prática inovadora nas relações de consumo” (Anatel, 2019a) e o ranking de acessibilidade da Anatel, ambos instituídos com vistas a recompensar os agentes econômicos com condutas desejáveis perante o setor regulado.

O concurso de práticas inovadoras objetiva reconhecer e valorizar projetos de interesse coletivo por prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham sido implantados – ou que estejam em fase de implantação –, com resultados mensuráveis, e não contempla contrapartidas financeiras, permitindo às prestadoras de serviços de telecomunicações a divulgação pública da premiação recebida (premiação reputacional).

Por sua vez, o ranking de acessibilidade, instituído pelo Regulamento Geral de Acessibilidade em Serviços de Telecomunicações de interesse coletivo, foi o primeiro instrumento regulatório desenvolvido pela Anatel visando incentivar a qualidade em relação à

¹²⁶ Por meio das Resoluções n.º 574/2011 – Título V, Capítulo I – e n. 575/2011 – Capítulo VII –, a Anatel criou a Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ), transformada em Entidade de Suporte à Aferição da Qualidade (ESAQ), pela Resolução n.º 717/2019, para executar o processo de aferição da qualidade, receber os dados e executar todos os procedimentos necessários à consolidação dos índices regularmente estabelecidos, consolidar os resultados para a atribuição do selo de qualidade, e disponibilizar à Anatel e publicar os dados e resultados obtidos para os indicadores, índices e selo de qualidade, com o dever às prestadoras de enviar os dados necessários para o processo (Anatel, 2011a, 2011b, 2019b).

¹²⁷ Por meio da Resolução n.º 460/2007, já revogada pela Resolução n.º 749/2022, a Anatel estabeleceu a Entidade Administradora da portabilidade numérica para executar os procedimentos relativos à portabilidade numérica: a empresa ABR Telecom (Anatel, 2007, 2022).

¹²⁸ Estabelecido pela Resolução n.º 600/2012, o Sistema de Negociação das Ofertas de Atacado trata-se do sistema informatizado, operado pela entidade supervisora de atacado – ABR Telecom –, que permite a conexão entre esta, os grupos demandantes e os grupos ofertantes de produtos de atacado, permitindo o envio de ordens de compra e de venda desses produtos (Anatel, 2012b).

acessibilidade nos serviços de telecomunicações¹²⁹ (Anatel, 2016d, 2019, 2023), e opera na mesma medida reputacional da premiação supra referida.

Ademais, verifica-se que a implementação de instrumentos regulatórios no âmbito das telecomunicações perpassa, corriqueiramente, pela constatação de problemas práticos a partir de reclamações dos consumidores, haja vista os mecanismos instituídos pela própria Anatel, em relação à transparência e aos direitos consumeristas^{130,131,132}, e pelas prestadoras de serviço que, mediante uma sistemática de autorregulação¹³³, se comprometeram a operacionalizar instrumentos como o “não me perturbe”¹³⁴ e o “programa de cancelamento automático”¹³⁵.

2.4 A EXPERIÊNCIA RESPONSIVA DA ANEEL

A Aneel, criada pela Lei n.º 9.427/1996, como a primeira agência reguladora do setor elétrico brasileiro, é a entidade técnica responsável por regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em âmbito nacional – art. 3º –, garantindo o cumprimento das disposições legais, regulamentares e contratuais, além de promover a eficiência dos serviços prestados (Brasil, 1996).

A análise a respeito da regulação responsiva implementada no âmbito da Aneel descola em boa medida da análise de atos normativos, haja vista que a positivação

¹²⁹ A metodologia é definida por via de portaria administrativa – atual Portaria Anatel n.º 2.705/2023 –, cujo teor destaca as variáveis utilizadas para definir os prestadores mais acessíveis (Anatel, 2023).

¹³⁰ Menciona-se o instrumento do “espaço reservado ao consumidor”, medida de transparência consistente na obrigação às prestadoras – advinda da Resolução n.º 632/2014 (Anatel, 2014) – de disponibilizarem em sua página da internet informações pertinentes ao consumidor – cópia do contrato, relatório detalhado dos serviços prestados, referência a novos serviços contratados, últimas cobranças, histórico de demandas etc.

¹³¹ “Another ex-ante responsive instrument implemented by Anatel is ‘Additional Services’, which aims to enhance transparency in the contracting of value-added services (VAS). Its conception was experimental and developed within a negotiated context, in response to a considerable number of complaints about the offering and undue charges associated with VAS. The instrument establishes a double opt-in procedure, requiring the service provider to confirm the user’s willingness to use the service before activation, thereby mitigating fraud, inappropriate sales, omissions, and undue charges” (Aranha; Freitas; Moura Filho, 2024, p. 167).

¹³² Isso em relação às medidas adotadas pela Anatel para salvaguardar os direitos consumeristas nas ocasiões em que os usuários buscavam alterar seu plano junto às empresas do setor (Quinalia, 2022).

¹³³ Notadamente, a partir do Código de Autorregulação das Telecomunicações, que estruturou o sistema de autorregulação setorial no Brasil e o respectivo código de condutas, com o qual comprometeram-se as principais prestadoras de serviços da área (SINDITELEBRASIL, 2020).

¹³⁴ Refere-se a um mecanismo desenvolvido para endereçar o constatado problema de ligações excessivas de telemarketing aos consumidores – entre 2016 e 2019 foram formalizadas mais de 80.000 reclamações a esse respeito junto à Anatel –, com a adesão voluntária das empresas setoriais, permitindo que os consumidores optem por filtrar suas chamadas telefônicas (Aranha; Freitas; Moura Filho, 2024).

¹³⁵ Instituído a partir da verificada dificuldade dos consumidores em cancelarem os seus planos junto às companhias setoriais, o instrumento de “cancelamento automático” provê aos usuários a possibilidade de solicitar o cancelamento dos serviços de telecomunicações sem a intervenção dos serviços de atendimento ao cliente das companhias telefônicas, visando prevenir o abuso nas relações de consumo (Aranha; Freitas; Moura Filho, 2024).

(administrativa) da fiscalização balizada na diferenciação do risco regulatório em face do comportamento dos agentes, com a alocação de recursos compatíveis com o risco, ocorreu cerca de quatro anos após o desenvolvimento das primeiras metodologias de monitoramento prioritário.

Não se olvida que o advento do ato normativo que cristalizou essa espécie de fiscalização responsiva – Resolução Normativa n.º 845/2019 – foi um importante marco para o desenvolvimento da abordagem responsiva em cenário pátrio, especialmente porque realizado em consonância com as recomendações do TCU. Dessa forma, optou-se por, primeiro, apresentar a metodologia subsidiada pela área técnica da Aneel para, depois, discorrer acerca da resolução normativa mencionada.

Ademais, a despeito da menção a instrumentos de fiscalização regulatória até então nas experiências relatadas da Anac e da Anatel, pretende-se enfatizar, no presente subcapítulo, mais detidamente a faceta fiscalizatória da regulação responsiva, sem adentrar minuciosamente na metodologia sancionatória. Isso porque, ao que levam a crer os acórdãos recentes do TCU, a implantação da regulação responsiva no Brasil parece ter especial utilidade no suprimento da ineficiência de uma metodologia de fiscalização com abrangência geral e indiscriminada, cuja carência de recursos humanos não permite a capilaridade ou a periodicidade ideal (Palma, 2023). Por assim dizer, essa ênfase de responsividade na fiscalização tem se tornado uma característica tupiniquim na implementação dessa abordagem.

Assim, a seguir, será apresentada uma experiência vanguardista da Aneel – também representativa da experiência da ANTAQ¹³⁶ – em cenário nacional, no que se refere à fiscalização responsiva, a fim de subsidiar com material concreto a discussão sobre a legalidade na fiscalização assimétrica.

2.4.1 Fiscalização responsiva prévia à normatização

Registra-se, antes de mais nada, a constatação da problemática que levou a Aneel a adotar a abordagem responsiva no monitoramento do setor regulado. Para tanto, vale-se do Acórdão n.º 651/2016 do Plenário do TCU, cujo teor relatava a auditoria realizada pelo TCU

¹³⁶ Quer em razão das similaridades quanto ao meio de operacionalização inicial da abordagem responsiva – via não normativa –, quer por conta da proximidade entre os instrumentos fiscalizatórios de ambas as agências, eis que ancorados na inteligência analítica para categorizar os regulados em faixas de tratamento distintas, com vistas a exercer uma fiscalização prioritária, sem pretensões de abranger com profundidade a completude do setor regulado.

sobre as atividades de fiscalização realizadas pela Aneel entre janeiro de 2010 a junho de 2014, sob o modelo de comando e controle (Brasil, 2016b). Nesse particular, destacam-se dois tópicos do acórdão – dentre os “sete achados da auditoria”¹³⁷ – que parecem despontar enquanto relevantes à implantação de uma abordagem responsiva pela Aneel; o primeiro, acerca do descumprimento à periodicidade da fiscalização planejada pela agência reguladora, e o segundo, quanto à utilização de indicadores de qualidade como estratégia de priorização das atividades regulatórias.

Em relação ao primeiro tópico, o TCU identificou que, no curso do período amostral, nenhum dos tipos de fiscalização sobre a qualidade – classificados pela Aneel como de realização periódica – lograram execução na periodicidade ideal¹³⁸, por uma multiplicidade de fatores¹³⁹, imputando a essa omissão um estímulo à desconformidade setorial (Brasil, 2016b).

No que se refere ao segundo tópico, o tribunal ponderou que se o cenário de uso maciço dos indicadores na fiscalização, por um lado, permite a economia de tempo e esforço para induzir que os agentes regulados adotem o comportamento desejado, por outro, exige precisão e fidedignidade dos valores que compõem esses índices. Isso porque, atuando com base em instrumentos de fiscalização assimétrica, em determinados casos a Aneel fiscalizaria “[...] apenas as distribuidoras que se autodeclararam infratoras, enquanto os demais casos não são sequer investigados” (Brasil, 2016b).

Os apontamentos do TCU convergiram com o planejamento estratégico da Aneel que, ainda no final do ano de 2013, em meio a *benchmarking* com instituições com notável capacidade de fiscalização como o Banco Central e a Receita Federal, fez constar no

¹³⁷ Definidos pelo TCU (2016b; 2020e) como: (i) fiscalização periódica insuficiente; (ii) fragilidade do resultado de alguns tipos de fiscalização; (iii) demora na tomada de decisão de primeira instância; (iv) intempestividade crescente dos planejamentos de fiscalizações; (v) ausência de consulta às agências conveniadas; (vi) uso exclusivo de reclamações da Ouvidoria da Aneel como subsídio à priorização de fiscalizações; e deficiência na avaliação da qualificação dos profissionais das agências estaduais (vii).

¹³⁸ “O problema foi verificado em todos os planejamentos de fiscalizações analisados e afetou a totalidade das fiscalizações previstas para ocorrer nos anos de 2012 a 2015. No caso da fiscalização técnica da qualidade, por exemplo, a Aneel entende que uma distribuidora deve ser fiscalizada sobre esse assunto a cada dois anos. Ainda assim, verificou-se que em 2013 existiam várias distribuidoras que não eram fiscalizadas há mais de três anos. Na fiscalização da qualidade do atendimento comercial, a periodicidade estabelecida de dois anos também não foi seguida, pois em 2012 havia no mínimo doze distribuidoras que não eram fiscalizadas há mais de três anos” (Brasil, 2016b).

¹³⁹ Dentre os quais, destacam-se: (i) a insuficiência de recursos humanos da SFE para fiscalizar; (ii) a existência de exercícios em que um ou mais tipos de fiscalização se tornaram muito mais prioritários do que os demais e consumiram a maior parte dos recursos humanos disponíveis; (iii) a solicitação de realização de novas fiscalizações, principalmente originada de órgãos externos, que não estavam contempladas no planejamento de fiscalizações; (iv) a necessidade de realizar fiscalizações demandadas em anos anteriores, mas que estavam em lista de espera; (v) alterações regulamentares na sistemática de avaliação da qualidade dos serviços por meio dos indicadores de qualidade, como a que ocorreu em 2012, que exigiu maiores esforços em fiscalizações sobre determinados indicadores de qualidade (Brasil, 2016b).

documento endereçado ao quadriênio 2014-2017 o objetivo de modernizar e aperfeiçoar o seu processo de fiscalização (Fernandes, 2018).

Em outubro de 2014, a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade (SFE) da agência consolidou uma proposta de reestruturação das atividades de fiscalização, que resultou no projeto de fiscalização estratégica da Aneel. As mudanças propostas consistiam na adoção de técnicas de regulação embasadas nos relatórios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, dentre os quais figura a regulação responsiva e a utilização de inteligência analítica na fiscalização (Aneel, 2015).

No curso do ano de 2015, o grupo de trabalho da superintendência mencionada, responsável pelo desenvolvimento do projeto fiscalização responsiva, reuniu-se com servidores de diversas instituições – como a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS) – e de superintendências da própria Aneel para o intercâmbio de experiências a respeito da utilização de dados e indicadores nas funções fiscalizatórias.

A nova estratégia de atuação da SFE, balizada na consolidação da metodologia de diagnóstico técnico preventivo e monitoramento contínuo dos serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica, foi apresentada via Nota Técnica n.º 217/2015-SFE/Aneel no Processo n.º 48500.000610/2015-93 (Aneel, 2015).

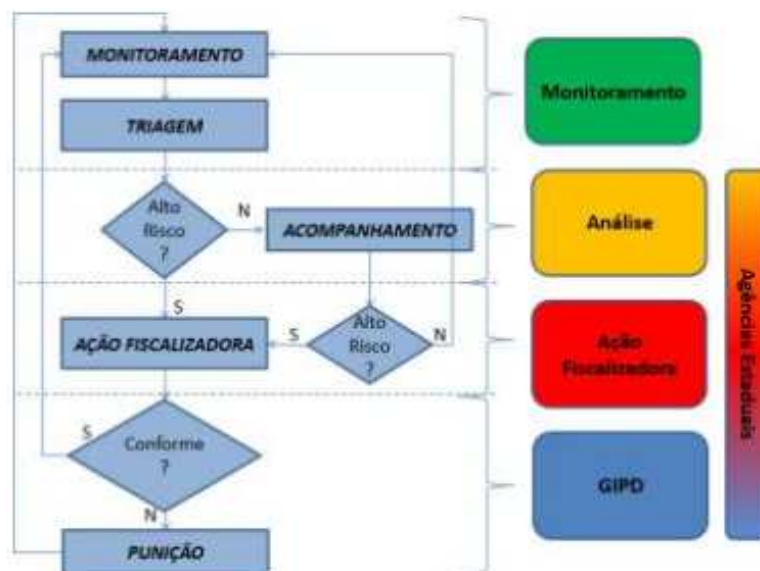
A etapa de levantamento das ações praticadas demonstrou que a SFE conformava a sua atuação até então por intermédio de quatro máximas: (i) fiscalizar mais – inspecionar o maior número possível de agentes e instalações –, (ii) fiscalizar melhor, (iii) fiscalizar tudo, e (iv) punir muitas vezes – utilizar as sanções administrativas como instrumento preferencial para indução à conformidade regulatória. “Nesse contexto, o desempenho da área de fiscalização era medido pelo número de fiscalizações realizadas, de termos de notificação emitidos e de autos de infração lavrados” (Aneel, 2015, p. 4).

A própria superintendência reconheceu na Nota Técnica n.º 217/2015 que, subjacente às máximas fiscalizatórias pretéritas, jaziam problemáticas complexas: “fiscalizar mais” implica na necessidade de mais recursos materiais e humanos; “fiscalizar tudo” dispersa os esforços regulatórios que poderiam ser estratégicos/prioritários; “punir muitas vezes” impõe a todas as partes um custo processual elevado sem indução à mudança de comportamento, em sentido similar às recomendações do TCU (Aneel, 2015).

Por conta disso, se propôs o incremento do modelo fiscalizatório da Aneel a partir da conjugação de conceitos de regulação responsiva com a utilização de inteligência analítica. O fluxo de atividades fiscalizatórias passou a ser dividido em quatro etapas: (i) monitoramento,

(ii) análise, (iii) acompanhamento e (iv) ação fiscalizadora – conforme o fluxo de trabalho que pode ser observado na Figura 3.

Figura 3 – Fluxo de atividades fiscalizatórias, serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica da Aneel



Fonte: Aneel (2015, p. 8).

O monitoramento, primeira etapa do fluxo fiscalização, consiste no acompanhamento contínuo de dados e indicadores relativos aos serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica. Enquanto nos serviços de distribuição de energia elétrica os esforços de monitoramento consistem na observação da percepção do consumidor sobre o serviço prestado¹⁴⁰ e avaliação do desempenho das empresas por meio dos indicadores técnicos¹⁴¹ e comerciais¹⁴², nos serviços de transmissão envolvem a observação de (i) dados de perturbações e desligamentos forçados, (ii) manutenção mínima, (iii) esquemas regionais de alívio de carga, e (iii) indicadores de desempenho estabelecidos nos procedimentos de rede.

¹⁴⁰ Para tanto, computam-se a quantidade de reclamações por tipologia registrada na Central de Teleatendimento e na ouvidoria das empresas distribuidoras de energia elétrica, assim como a quantidade das reclamações registradas no Sistema de Gestão da Ouvidoria da Aneel.

¹⁴¹ Em relação aos indicadores técnicos, a Aneel estabeleceu quatro frentes para conglomerar indicadores congêneres: (i) segurança do trabalho e das instalações – nos quais computam-se número de acidentes e mortes acidentais envolvendo as instalações da distribuidora –; (ii) continuidade do serviço, com mais de dezena de indicadores selecionados; (iii) tempo das ocorrências emergenciais (tempo médio para atendimento e quantidade de ocorrências); e (iv) conformidade de tensão elétrica (Aneel, 2015).

¹⁴² Foi estipulado que a qualidade comercial seria inferida por duas frentes: (i) o atendimento telefônico – englobando indicadores quanto ao nível de serviço, chamadas ocupadas e abandono –; e (ii) atendimento aos prazos dos serviços comerciais por assunto regulado – pedidos de ligação nova, reclamações, religações, ressarcimentos (Aneel, 2015).

A partir dos indicadores da qualidade do serviço, a Aneel (i) emite alertas – de caráter preventivo – quando a tendência/evolução do comportamento do indicador for de piora em níveis relevantes. Isso acontece com o acompanhamento das tendências dos indicadores apontados nos alertas, a fim de verificar se os problemas foram corrigidos ou se existe a necessidade de atividades de análise ou de ações fiscalizadoras específicas. Assim, (ii) define-se sua agenda de trabalho para as campanhas de fiscalização, consistentes em ações preventivas e orientativas de incentivo à melhoria da qualidade do serviço.

Após o monitoramento, por meio de matrizes e equações pré-estabelecidas envolvendo os mencionados indicadores, são identificados problemas de impacto relevante para o setor elétrico e para a sociedade, os quais são encaminhados para a etapa de análise. Essa triagem é representativa da tentativa da Aneel de priorização do esforço regulatório com base em uma análise de riscos, esquivando-se de uma metodologia fiscalizatória com abrangência geral e indiscriminada.

A etapa de análise inicia-se com a eventual constatação de necessidade de dilação instrutória, possibilitando ao regulador diligências como a solicitação de dados ou informações adicionais, agendamento de reuniões com os representantes de distribuidoras e transmissoras para esclarecimentos de pontos específicos do diagnóstico ou mesmo inspeções de campo e verificações documentais. Essa fase se fundamenta na inteligência analítica para conferir o adequado tratamento ao acervo de dados coletados. Ao final do trabalho de análise, é apresentado o relatório analítico para a empresa, com vistas à elaboração do plano de regularização das irregularidades observadas, cujo teor determina a correção das falhas em prazo adequado, objetivando a melhoria do desempenho dos agentes na prestação do serviço.

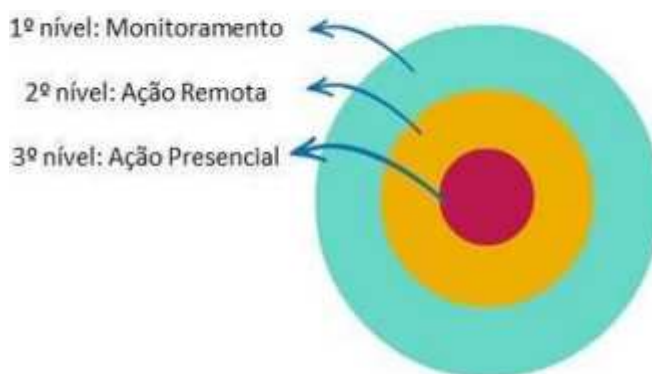
A homologação e cumprimento ao cronograma do plano de regularização apresentado são acompanhados de perto pelos servidores da agência reguladora. Em caso de lograr êxito na correção das irregularidades, a empresa será informada da avaliação e a Aneel publicizará os resultados obtidos. Caso os resultados esperados não sejam atingidos, procede-se às medidas regulatórias mais onerosas, consubstanciadas na ação fiscalizadora, que instruirá o respectivo processo administrativo sancionador.

Além da lógica de priorização que permeia a metodologia ora apresentada, é notável o empenho da Aneel na resolução das irregularidades de forma menos onerosa, por intermédio do instrumento regulatório de teor negocial (plano de regularização). Assim, a agência incorporou na base de sua pirâmide fiscalizatória as medidas de monitoramento – na qual se espera que figurem maior parte dos regulados –, utilizando-se de instrumentos mais interventivos à medida que constatada a sua necessidade – plano de regularização e, caso

falhe, processo administrativo sancionador. Já a modelação das atividades de fiscalização aos serviços de geração de energia perpassou a estruturação organizacional da Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração, apresentada via Nota Técnica n.º 1/2016-SFG/Aneel no processo n.º 48534.002116/2022-00-2 (Aneel, 2016).

Em síntese, foi estruturado um modelo composto por três fases, similar àquele referente aos serviços de distribuição e transmissão de energia, composto por: (i) monitoramento, (ii) ação remota e (iii) ação presencial, conforme a Figura 4.

Figura 4 – Modelo de fiscalização prioritária dos serviços de geração de energia elétrica da Aneel



Fonte: Aneel (2016, p. 10).

O primeiro nível de fiscalização tem abrangência geral e opera por intermédio de indicadores de qualidade e desempenho gerados a partir de dados obtidos por meio de formulários de autodeclaração dos próprios agentes (autorregulação regulada) e de bases de dados de outras instituições como ONS e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. A finalidade dessa etapa é dúplice: de um lado, seleciona os empreendimentos com maior risco de irregularidades, dando azo à ação remota; de outro, permite a retroalimentação da base de dados do regulador.

Em relação aos regulados selecionados enquanto detentores do maior risco regulatório, procede-se à etapa de ação remota, que contempla, além de uma análise mais minuciosa dos indicadores, análise documental e solicitação ao agente de informações complementares. São três as possibilidades resultantes da etapa de ação remota: (i) verificação de “falso positivo”, ou seja, casos em que a avaliação de risco realizada não se confirme, exaurida a fiscalização; (ii) verificação de que a investigação da ação remota é suficiente para apuração da irregularidade – nesse caso, procede-se à orientação aos agentes, à correção de condutas infratoras mediante mecanismos negociais e à prevenção à tendência de falhas

futuras –; ou (iii) verificação da necessidade de fiscalização presencial, em decorrência da insuficiência de elementos informativos pela via remota ou pela necessidade intrínseca da inspeção *in loco* (Aneel, 2016).

Assim, a ação presencial representa o foco da Aneel na inteligência da inspeção de campo, porquanto, baliza-se nos itens selecionados e estudados nas etapas anteriores, e na otimização de recursos do regulador e do regulado, visto que os empreendimentos de geração de energia elétrica não raro se encontram em lugares de difícil acesso e que a presença física de representantes do regulador demanda recursos significativos (Aneel, 2016).

A categorização dos agentes a depender dos indicadores técnicos e comerciais coletados e tratados no âmbito da agência reguladora é de inegável teor responsivo, eis que adequa o monitoramento do regulador às particularidades de cada regulado. O presente caso é relevante em duas medidas: em uma, pelas alterações efetuadas nos procedimentos de fiscalização regulatória da Aneel, que “[...] provocaram efeitos imediatos e animadores nos resultados da fiscalização regulatória da Aneel”¹⁴³ (Aranha *et al.*, 2021b, p. 131); em outra, pela baliza das discussões de legalidade – que se pretende abordar no capítulo seguinte, porque, diferentemente das demais experiências apresentadas até então, não se utilizou inicialmente da via normativa para a estruturação de uma abordagem responsiva no seio da Aneel.

Conforme bem apontado por Bezerra (2022, p. 56), pode-se atribuir certa “[...] impropriedade formal à utilização desses documentos para fins de implantação de uma nova abordagem regulatória”, pois se tratam de documentos de caráter informativo à decisão administrativa, a teor do art. 25, VII, do Regimento Interno da Aneel (Brasil, 1997a), não de atos notadamente normativos, como seriam as resoluções, portarias etc. Aliás, a estruturação de uma abordagem responsiva pela via não normativa permite um paralelo com a ANTAQ, que implantou uma fiscalização responsiva com base na categorização dos regulados em grupos de risco, no incentivo ao uso de planos de melhoria e em relatórios individualizados, sem positivação das normas respectivas¹⁴⁴.

¹⁴³ “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” (Aranha *et al.*, 2021b, p. 131).

¹⁴⁴ “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

No que se refere ao aspecto normativo, a Aneel editou essas normas técnicas ainda sob a égide da Resolução Normativa n.º 63/2004 (Aneel, 2004), que não dispunha de previsões convergentes às recomendações responsivas, destoando, portanto, da prática administrativa então aplicada. A seguir, será analisada a positivação da fiscalização responsiva, partindo-se da seara normativa.

2.4.2 Positivação da fiscalização responsiva

A transposição da fiscalização responsiva já implementada na Aneel ao âmbito normativo ocorreu por intermédio da Resolução Normativa n.º 846/2019 (Aneel, 2019). Em relação à fiscalização e coleta de informações, a assimilação regulamentar das práticas responsivas ocorreu na instituição de diretrizes gerais para a fiscalização. Além disso, a resolução alterou dinâmicas relevantes nos procedimentos de alteração de comportamentos dos regulados, notadamente na instituição de novos instrumentos regulatórios, ampliando as ferramentas administrativas disponíveis ao regulador.

A principal diretriz inserta no regulamento altera a finalidade sob a qual orbitam as atividades regulatórias, retirando a centralidade da pretensão punitivista que orientava os procedimentos fiscalizatórios em favor de priorizar a prevenção/correção de irregularidades e a orientação dos regulados, ao dispor 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” – art. 2º, da Resolução Normativa n.º 846/2019 (Aneel, 2019).

Além disso, a resolução estabeleceu que os procedimentos de monitoramento e controle possuem vistas, além de subsidiar a Aneel com dados a serem tratados por intermédio de inteligência analítica, a “diferenciar o risco regulatório em face do comportamento dos agentes, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco” – art. 3º, III –, “prevenir práticas irregulares e estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de energia elétrica” – art. 3º, V –; e “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” – art. 3º, VI (Aneel, 2019).

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” (Aranha *et al.*, 2021a, p. 177-178).

Vislumbra-se que as normas orientadoras da atividade fiscalizatória passaram a adotar como parâmetro os princípios das teorias da regulação baseada em incentivos (Aranha *et al.*, 2021a), não apenas em razão da positivação das diretrizes da fiscalização que vinha sendo adotada por intermédio de notas técnicas¹⁴⁵, mas também por conta da previsão de instrumental regulatório negocial (plano de resultados), ampliação do *toolkit* sancionatório do regulador (obrigações de fazer/não fazer) e de não lavratura de auto de infração¹⁴⁶.

O plano de resultados, correspondente ao plano de regularização previsto nas disposições técnicas sem teor normativo da Aneel, se trata de um instrumento negocial de resolução de irregularidade, cabível quando presentes evidências que apontem degradação ou sinalizem deterioração da prestação do serviço ou do equilíbrio econômico financeiro da concessão ou permissão – art. 4º, da Resolução Normativa n.º 846/2019 –, não implicando no estabelecimento de novas obrigações e não constitui regime excepcional regulatório ou de sanções administrativas – art. 4º, § 2º (Aneel, 2019).

Além do amplo leque de sanções escalonáveis¹⁴⁷, e do instrumento negocial mencionado (plano de resultados) que já vinha sendo utilizado sob nomenclatura diversa, a Resolução Normativa n.º 846/2019 inovou quanto às medidas administrativas disponíveis ao regulador, ao passo que passou a prever a possibilidade de imposição de obrigação de fazer/não fazer com hipótese de cabimento pouco taxativa (Aneel, 2019). A teor do

¹⁴⁵ Inclusive, no que se refere às fases fiscalizatórias não presenciais e à priorização do emprego do efetivo humano das agências, o parágrafo único do art. 3º, da Resolução Normativa n.º 846/2019, dispõe que “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” (Aneel, 2019).

¹⁴⁶ “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 [...]. 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” (Aranha *et al.*, 2021a, p. 148).

¹⁴⁷ “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” (Aneel, 2019).

regulamento, basta para a aplicação da obrigação de fazer/não fazer¹⁴⁸ a finalidade de “inibir o cometimento de nova infração” – art. 14 – e o juízo fundamentado de que a imposição de prática ou abstenção de conduta ao agente infrator será conveniente e oportuna (Aneel, 2019).

A flexibilidade de aplicação de referido instrumento – que pode inclusive ser aplicado de forma alternativa a outra sanção –, traduzida em ampla discricionariedade ao agente público nas atividades fiscalizatórias, converge com as recomendações da regulação responsiva por permitir a adequação dos mecanismos regulatórios às particularidades do regulado, visando a correção facilitada da irregularidade sem maiores intervenções do ente regulador. Além disso, possibilita o escalonamento sancionatório em caso de descumprimento¹⁴⁹.

Aliás, a instituição desse instrumento regulatório via poder normativo da Administração revela, outra vez, a discussão de legalidade a respeito da previsão, em norma regulamentar, de sanção inexistente na legislação de regência – e, como não poderia deixar de ser, da ampla discricionariedade legada ao agente público pelo dispositivo regulamentar semanticamente pouco definido. A esse respeito, a Procuradoria Federal especializada junto à Aneel emitiu o Parecer n.º 00108/2017/PF Aneel/PGF/AGU no bojo do Processo n.º 48500.004650/2009-66.

Em síntese, o órgão consultivo da União anotou que não vislumbrava “[...] óbice jurídico¹⁵⁰ 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”, contanto que a imposição da penalidade necessariamente estivesse vinculada ao cumprimento de uma “[...] obrigação prevista pelo arcabouço legal e/ou regulatório do agente fiscalizado que restou

¹⁴⁸ Contanto que a obrigação seja compatível com as competências da Aneel e relacionada à infração detectada (art. 15, da Resolução Normativa n.º 846/2019) (Aneel, 2019).

¹⁴⁹ Dispõe o art. 15, § 2º, da Resolução Normativa n.º 846/2019: “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” (Aneel, 2019).

¹⁵⁰ “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 n.º 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’. 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. 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” (AGU, 2017a).

inobservada”, não podendo figurar enquanto cheque em branco para a agência¹⁵¹ (AGU, 2017a).

Assim, tem-se que a Resolução Normativa n.º 846/2019 foi inovadora especialmente na ampliação do instrumental à disposição do regulador para adequar-se ao comportamento do agente na prática, conferindo-lhe certo grau de discricionariedade (Aneel, 2019). Aliás, a adoção de uma abordagem responsiva nas atividades de fiscalização pela Aneel pela via não normativa – também com a sofisticação da apuração dos indicadores apontados pelo TCU como frágeis¹⁵² –, juntamente da posterior implementação normativa de diretrizes congêneres (Resolução Normativa n.º 846/2019 (Aneel, 2019)), foi considerada suficiente para cumprir as recomendações do TCU por ocasião do monitoramento da auditoria operacional analisada pelo Acórdão n.º 612/2016 – Acórdão n.º 4.547/2020 (Brasil, 2020e)¹⁵³.

Na ocasião, entendeu-se a regulação responsiva como uma “[...] técnica regulatória mais moderna, cuja adoção superou o problema de fiscalização limitada, que não seguia a periodicidade esperada por insuficiência de recursos humanos” (Palma, 2023). Delineada em linhas gerais a experiência responsiva da Aneel, bem como das demais agências reguladoras

¹⁵¹ “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” (AGU, 2017a).

¹⁵² A exemplo dos indicadores de conformidade do nível de tensão advindos das medições amostrais – Nota Técnica n.º 111/2016 - SFE/SRD/Aneel – e de qualidade do atendimento telefônico das distribuidoras de serviços públicos de energia elétrica – Nota Técnica n.º 216/2016 - SFE/SMA/SRD/Aneel.

¹⁵³ “A partir de 2017, a Aneel deixou de aplicar o modelo tradicional de fiscalização, o qual utilizava a 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 [...]. Com a mudança para fiscalização responsiva adotada pela Aneel, não há mais fiscalizações das distribuidoras em períodos fixos (a cada X anos), uma vez que, pela nova metodologia, a definição de quais concessionárias serão fiscalizadas, bem como os temas a serem investigados são escolhidos por meio da análise de dados e informações regulatórios, realizada na etapa de monitoramento da fiscalização, utilizando o cruzamento de dados constantes nos sistemas da Aneel, incluindo reclamação de consumidores realizadas diretamente na Aneel, bem como ponderando as informações das demais áreas técnicas dessa reguladora e das agências estaduais conveniadas. Assim, os tipos de fiscalização (fiscalização da qualidade do atendimento comercial, fiscalização da apuração dos indicadores de continuidade coletivos e individuais e fiscalização de conformidade do nível de tensão) deram lugar a uma fiscalização que pode abranger vários temas diferentes para cada ação fiscalizatória. Neste modelo, a periodicidade de realização de determinada fiscalização é irrelevante para a análise e seleção das distribuidoras a serem fiscalizadas; entretanto, através do monitoramento realizado, todas as distribuidoras são continuamente avaliadas e acompanhadas. Conclui-se, portanto, que a mudança da metodologia de definição da Remuneração de Capital e da Quota de Reintegração Regulatória, apesar de extremamente relevante para a regulação do setor elétrico, deixou de impactar o planejamento e a realização de fiscalizações tempestivas sobre a qualidade da distribuição de energia elétrica, porque a seleção e priorização dessas fiscalizações foram alteradas para um modelo de fiscalização responsiva” (Brasil, 2020d).

selecionadas como representativas de determinado aspecto da estruturação de uma abordagem responsiva no cenário nacional¹⁵⁴, adentra-se o derradeiro capítulo do trabalho, no qual se aprofundará a análise a respeito dos debates de legalidade ora relatados.

2.5 SÍNTESE DO CAPÍTULO II

No capítulo II, a partir da retomada histórica do contexto no qual situou-se o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, verificou-se que a agencificação da regulação brasileira compôs, juntamente com a abertura de setores estratégicos ao capital privado, uma resposta à crise do Estado, a qual englobava, simultaneamente, uma crise de ordem fiscal, econômica e administrativa. Inferiu-se que o referido contexto conduziu a arquitetura institucional das agências reguladoras à assimilação do modelo de comando e controle.

Viu-se que, diante das limitações emergentes da regulação de comando e controle em âmbito nacional (notadamente, a dificuldade em obtenção de conformidade regulatória dos agentes econômicos e o baixo percentual arrecadatário das sanções pecuniárias), as agências reguladoras voltaram os olhos à complementação de suas respectivas abordagens com instrumentos de regulação responsiva.

Esse fenômeno foi analisado sob a perspectiva de três instituições brasileiras, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), visando compreender (i) em quais momentos regulatórios a regulação responsiva têm sido utilizada pelas agências reguladoras (definição do padrão; coleta de informações ou alteração das condutas); (ii) quais instrumentos regulatórios a tem conformado; e (iii) quais os apontamentos e discussões de legalidade pautam a sua estruturação.

No âmbito da ANAC, a partir da análise bibliográfica e normativa afeta ao processo administrativo sancionador da agência, destacou-se a incorporação de mecanismos responsivos na etapa de modificação de comportamentos. Viu-se que, como alternativa à imposição indiscriminada de sanções pecuniárias aos regulados, a ANAC ampliou, por intermédio de regulamento, o seu conjunto de respostas regulatórias às infrações

¹⁵⁴ Enquanto a análise a respeito da Anac tende a centrar-se na etapa de modificação de comportamentos da atividade regulatória, por conta da previsão de diversos instrumentos regulatórios dialógicos, negociais e sancionatórios, a apresentação das experiências de regulação responsiva da Anatel e da Aneel enfatizaram, respectivamente, as fases de definição do padrão e de coleta de informações, também em razão das especificidades de cada caso – conforme se verá adiante.

administrativas. A partir da Resolução n. 472/2018, o processo administrativo sancionador no setor da aviação civil passou a contemplar margens de tolerância (Aviso de Condição Irregular e Solicitação de Reparação de Condição Irregular) e medidas negociais (Termo de Cessação de Conduta).

Em relação às faixas de tolerância, surgiram questionamentos a respeito da legalidade da dispensa do processo administrativo sancionador com base em norma regulamentar, assim como da compatibilização dessa ampla margem de discricionariedade administrativa predicada ao regulador com a garantia de segurança jurídica, previsibilidade e tratamento isonômico dispensados aos regulados. No que se refere às medidas negociais, sobressaiu-se a questão relativa ao eventual direito subjetivo do regulado ao acordo substitutivo de sanção.

No âmbito da ANEEL, a partir da análise bibliográfica, normativa e documental, verificou-se a estruturação de uma abordagem responsiva na etapa de coleta de informações, como reação institucional à constatação, interna (planejamentos estratégicos da ANEEL) e externa (auditorias do TCU), de ineficiência da prévia metodologia de fiscalização da agência com abrangência geral e indiscriminada, cuja carência de recursos humanos não permitia a periodicidade ideal.

Viu-se que a regulação responsiva na ANEEL consubstanciou-se na implementação de uma estratégia de fiscalização assimétrica, a qual dispensa atos de supervisão diversos (monitoramento; ação remota; ação presencial) a depender do grau do risco do regulado (faixas de tratamento distintas). Neste particular, os debates de legalidade cingiram-se à impropriedade formal do documento não normativo que instruiu a remodelagem das atividades fiscalizatórias da agência.

No âmbito da ANATEL, por intermédio da análise do processo regulatório n. 53500.205186/2015-10 referente à resolução ANATEL 746/2021, aprofundou-se a etapa regulamentar da composição de uma abordagem responsiva.

Assim, em um primeiro momento, inferiu-se os requisitos formais insertos na legislação vigente para a estruturação de uma abordagem responsiva pela via administrativa, os quais compreendem a utilização de instrumentos de apoio técnico à tomada de decisão — como a análise de impacto regulatório —, mecanismos de participação social e setorial — a exemplo da consulta e da audiência públicas —, bem como a submissão contínua da matéria ao órgão de consultoria jurídica competente.

Em um segundo momento, viu-se que o setor das telecomunicações comportou a definição de um padrão regulatório à revelia da ANATEL, por meio do Código de Condutas elaborado pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e

Pessoal (CONEXIS), dando abertura ao debate quanto à viabilidade de autorregulação setorial (regulada) no Brasil.

Em um terceiro momento, ao longo do processo regulamentar analisado, deduziu-se novos instrumentos administrativos, de cunho fiscalizatório e sancionatório, aptos a ampliar os debates de conformação legal já inaugurados no âmbito da ANAC (modificação de comportamentos), a exemplo das sanções premiais, e da ANEEL (coleta de informações), como a delegação de atos fiscalizatórios às entidades aferidoras do setor de telecomunicações.

No próximo capítulo, fornecer-se-á balizas de legalidade para a conformação dos instrumentos administrativos ora inferidos. Para tanto, proceder-se-á a uma análise individualizada de cada (gênero de) instrumento(s), com destaque às disposições normativas incidentes, valendo-se, inclusive, das interpretações fornecidas pelos órgãos de consultoria jurídica federal, apresentadas no presente capítulo.

3 BALIZAS DE LEGALIDADE

O intuito deste derradeiro capítulo é traçar linhas gerais de legalidade em relação à estruturação de uma abordagem responsiva no âmbito regulatório pátrio. Ademais, como se viu no capítulo inaugural, a regulação responsiva não se propõe a constituir um modelo regulatório hermético e rígido, estruturado em medidas previamente estabelecidas e aplicáveis indistintamente a todos os setores e contextos regulatórios. Ao contrário, os autores fundantes dessa vertente teórica sublinham a adaptabilidade como característica nuclear desse paradigma regulatório. A própria denominação do modelo – regulação “responsiva” – sintetiza essa concepção, posto que o regulador se apresenta, antes de tudo, como sensível e adaptável às particularidades contextuais do setor que regula.

Devido à característica de adaptabilidade intrínseca ao modelo responsivo, a tarefa de definir, sob o ponto de vista jurídico, o que é ou não compatível com a legalidade estrita exige uma abordagem que privilegie categorias gerais de instrumentos regulatórios, em detrimento de análises casuísticas que podem se revelar inadequadas se transpostas a outros contextos regulatórios. O percurso empreendido por este estudo coincide com essa perspectiva.

No primeiro capítulo, foram estabelecidas as características gerais que permeiam a abordagem regulatória responsiva, independentemente do contexto setorial. No segundo capítulo, por sua vez, foram examinados projetos e instrumentos regulatórios que já ostentam características responsivas no cenário brasileiro, a fim de captar as especificidades setoriais de aplicação desse modelo. Com base nessas características gerais enunciadas no capítulo inicial e em sua concretização prática no ambiente nacional, retratadas no segundo capítulo, foram estabelecidas as categorias de instrumentos regulatórios que serão objeto de análise quanto à sua legalidade.

Apesar das particularidades de cada subsistema jurídico no que se refere à legislação de regência e possibilidades operacionais, vislumbrou-se no capítulo anterior que o instrumental responsivo até então implantado no Brasil é largamente similar entre si quanto à forma e finalidades pretendidas.

Os mecanismos de fiscalização, por exemplo, não desgarram de uma subjacente lógica de priorização do esforço de monitoramento do regulador (fiscalização assimétrica) sobre os agentes que representam maior risco regulatório – ou outra variável que eventualmente se pretenda priorizar, no exercício do *munus* regulatório. O instrumental de resposta estatal à irregularidade constatada na prática tende a preferir a via dialógica enquanto

primeira tentativa de solução do problema – abordagem essa que atrai a incidência de discussões a respeito da disponibilidade da sanção administrativa, da viabilidade de instituição de uma margem de tolerância, da possibilidade genérica de acordo, do direito subjetivo ao mesmo, da discricionariedade do agente público na prática etc.

Assim, mesmo que não se debruce sobre cada mecanismo regulatório miudamente considerado, se fornecerão balizas genéricas ao gênero ao qual pertence determinado instrumento. Até porque cada gênero guarda íntima relação com os predicados assentados a respeito da regulação responsiva.

Do mesmo modo, diante da diversidade normativa e operacional característica de cada setor econômico, foge ao escopo da presente investigação a fixação de uma parametrização detalhada da legalidade em relação a cada legislação setorial específica. Nesse sentido, o objetivo do balizamento da legalidade reside justamente na formulação de parâmetros gerais, desvinculados de qualquer regime regulatório particular, ainda que, ao longo da exposição, sejam apresentadas exemplificações setoriais, especialmente em referência aos casos tratados no capítulo anterior.

Ainda, outro aspecto metodológico relevante concerne à semântica da legalidade que se pretende balizar, visto que a construção de balizas de legalidade quanto à matéria proposta exige, por consectário lógico, clareza quanto aos limites e conteúdo do próprio parâmetro referencial, a legalidade no processo regulatório.

Com isso, não se pretende adentrar no debate travado entre as vertentes hermenêuticas tradicional e neoconstitucionalista¹⁵⁵, tampouco na controvérsia atinente às imbricações entre Direito Administrativo sancionador e Direito Penal¹⁵⁶, devido às respectivas

¹⁵⁵ “Trata-se de um fenômeno sobretudo hermenêutico, que leva a cabo o paradigma segundo o qual os princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas os gerais; não só os explícitos, mas os implícitos – se irradiam e conformam todo o sistema jurídico, dotando de força normativa preceitos constitucionais como dignidade da pessoa humana e preservação dos direitos fundamentais em face da lei em sentido estrito. Elevado às últimas consequências, pode significar a legitimação para que administradores deixem de aplicar a lei em nome de aplicar diretamente um princípio constitucional” (Medeiros, 2020, p. 98).

¹⁵⁶ Salta aos olhos a intersecção do processo administrativo sancionador em relação a duas disciplinas jurídicas, cada qual com institutos garantidores e uma lógica operacional diversa. De um vértice, é intuitiva a relação entre o processo administrativo sancionador e o Direito Administrativo, enquanto um ramo do direito público, com método próprio e critérios publicísticos (Cretella Júnior, 1977). De outro, a partilha das premissas do *jus puniendi* estatal pelas disciplinas do processo administrativo sancionador e do Direito Penal serve como “elo de ligação” (Palma, 2010, p. 72) entre as disciplinas. Nesse sentido, “a preferência pelo termo processo não é inútil nem gratuita” (Osório, 2022, p. 400). Ocorre que o referencial de legalidade diverge, em larga medida, entre Direito Administrativo e Direito Penal. Ambas as equiparações partem de premissas válidas. Esse fator, somado à emergência recente da disciplina do processo administrativo sancionador, com pitadas de autonomia no ordenamento jurídico, chancela a importação de institutos de ambas as disciplinas ao âmbito do processo administrativo – sem maiores considerações quanto ao seu cabimento, pertinência ou incompatibilidades. Nesse particular, partilha-se do diagnóstico da professora Voronoff (2017, p. 157), segundo a qual “[...] é como se o Direito Administrativo sancionador se movesse por intuições, guiado pela sensação de que aqui ou acolá determinadas exigências não fazem sentido”.

amplitudes e complexidades. Assim, adotar-se-á um enfoque essencialmente normativo, privilegiando a legislação vigente, sem prejuízo do recurso à doutrina e à jurisprudência, quando pertinente, bem como eventuais menções às correntes hermenêuticas.

Ao final, visa-se responder às dúvidas a respeito da viabilidade de implementação de uma abordagem responsiva no âmbito das agências reguladoras brasileiras face à legalidade no processo regulatório – ou melhor, em qual grau pode uma abordagem responsiva ser estruturada por essas agências e quais aspectos normativos balizam esse esforço, no atual estado legislativo e regulamentar, partindo da premissa de que a autorização para a edição de atos normativos advém, por um lado, da função regulatória do Estado sobre a atividade econômica – art. 174, da Constituição Federal (Brasil, 1988) – e, por outro, do Poder Normativo das agências reguladoras.

3.1 ESTABELECIMENTO DE PADRÃO

A fase regulatória do que se convencionou denominar de estabelecimento de um padrão (Lodge; Wegrich, 2006), a título de divisão conceitual voltada ao agrupamento de instrumentos regulatórios congêneres, nada mais é do que o processo de positivação da matéria regulatória, especialmente a nível regulamentar. Em outras palavras, se trata da etapa que consubstancia a cristalização do ideal regulatório (dever ser) e dos mecanismos administrativos voltados ao seu atingimento, em norma abstrata e com efeitos gerais.

No caso brasileiro, após a abertura dos setores anteriormente ocupados pelo Poder Público às companhias privadas na década de 1990, e a posterior constituição do Estado regulador (Nunes; Molhano; Peixoto, 2007), a fase do estabelecimento de um padrão corresponde ao balizamento da atividade privada por intermédio do arcabouço regulamentar de cada agência reguladora, destinado à promoção da qualidade dos serviços e produtos setoriais.

Apesar disso, os elementos-chave da regulação – estabelecimento de um padrão, coleta de informações, modificação de comportamentos – não são rígidos e se interseccionam. Por conta da arquitetura normativa pátria, inevitavelmente as fases de coleta de informações (“fiscalização”) e de modificação de comportamentos (“sancionamento”) são conformadas pelo padrão estabelecido em seara regulamentar.

Assim, o poder normativo das agências reguladoras permeia a implantação de todos os mecanismos administrativos, mesmo aqueles constantes nos demais gêneros de instrumental regulatório. Por isso, quando se debruça a respeito da fase de estabelecimento de

um padrão no âmbito deste trabalho, faz-se referência às normas que conformam o próprio processo de regulamentação abstratamente considerado, que, por decorrência lógica, incidem também sobre a feitura das medidas de fiscalização, sancionamento etc.

3.1.1 Poder normativo das agências reguladoras

A viabilidade de edição de atos normativos pelas agências reguladoras não apenas é amplamente aceita no âmbito doutrinário e jurisprudencial, como também vem crescentemente sendo apontada como a característica marcante (i) do regime de regulação adotado pelo Estado brasileiro na virada do século e (ii) da normatividade do Direito Administrativo contemporâneo¹⁵⁷ (Palma, 2010). Apesar disso, é inarredável o caráter infralegal das normas expedidas pelas autarquias em caráter especial, não equivalendo à lei em sentido formal.

Assim, como critério principal para aferição da legitimidade jurídica dos atos derivados do poder normativo das agências reguladoras, na prática, se tomará como parâmetro a indispensabilidade de reserva legal relativa em relação à criação de obrigações ou restrição de direitos dos particulares – art. 5, II, da Constituição Federal –, sob a premissa de que direitos fundamentais só podem ser restringidos mediante o devido processo legislativo¹⁵⁸ – art. 59 e ss. (Brasil, 1988).

Diz-se relativa a reserva legal em vista de que, diferentemente do direito penal, “o Direito Administrativo sancionador não lida, como regra, com a privação da liberdade ambulatorial dos administrados” (Voronoff, 2017, p. 180), razão pela qual se admite certa margem de flexibilidade na exigência constitucional de reserva legal. Desse modo, pode a legislação servir como mero quadro normativo autorizador, atribuindo-se ao órgão regulador “[...] o papel de preencher a moldura com conhecimentos técnicos à luz da realidade em que a lei vai ser aplicada” (Souto, 2005, p. 52).

¹⁵⁷ É precisamente nesse contexto que se fortalece a juridicidade como vinculação da Administração ao “bloco de legalidade” – art. 2, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.784/1999 (Brasil, 1999a). Isto é, não apenas a adstrição do gestor público à legislação vigente, como também aos princípios constitucionais e, mais do que isso, à normatização infralegal, como portarias, resoluções e atos normativos editados pela Administração em geral (Palma, 2010).

¹⁵⁸ Do ponto de vista formal, inclusive, uma leitura sistemática da própria Constituição reforça essa exegese. Não bastasse a incidência qualificada do princípio da segurança jurídica e a necessidade de maior controle da ação estatal, a reserva legal relativa encontra fundamento na cláusula geral do art. 5º, II, da Constituição, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988). O Direito Administrativo sancionador, afinal, é um instrumento por excelência de fixação de deveres para os particulares. Busca-se obrigar ou dissuadir o administrado de certa conduta com a ameaça de que sofrerá uma punição. Daí a necessidade de que esse ferramental seja estabelecido em “[...] virtude de lei, e não como um produto independente concebido pelo Poder Executivo” (Voronoff, 2017, p. 183).

Além disso, orientam a avaliação de legalidade dos atos normativos das agências reguladoras os parâmetros regulares de resolução de antinomias, como o critério da hierarquia, o qual ganha especial relevo diante da natureza infralegal dos atos editados pelas agências reguladoras – além das demais normas aplicáveis ao processo regulamentar.

Em relação ao conteúdo do padrão a ser estabelecido, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica baliza estritamente o poder normativo da Administração, vedando o ato regulatório, que, indevidamente, (i) criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, um grupo econômico ou profissional em prejuízo dos demais concorrentes – art. 4º, I –, (ii) impedir a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado – art. 4º, II –, (iii) exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado – art. 4º, III –, (iv) retardar a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios – ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco – art. 4º, IV –, (v) aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios – art. 4º, V –, (vi) criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional – art. 4º, VI –, (vii) introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas – art. 4º, VII (Brasil, 2019b).

Exemplo de normas que operacionalizam e limitam o poder normativo das agências reguladoras quanto à forma, como já se mencionou teoricamente (tópico 1.1.3) e demonstrou-se na empiria no curso do trabalho (tópico 2.3.1), são os avanços dos mecanismos de participação do cidadão no processo de tomada de decisão estatal, notadamente a análise de impacto regulatório – Decreto n.º 10.411/2020 –, a consulta pública – art. 9º, da Lei Geral das Agências Reguladoras; art. 31, da Lei de Processo Administrativo Federal; art. 26 e 29, da LINDB –, a audiência pública – art. 10, da Lei Geral das Agências Reguladoras; art. 32, da Lei de Processo Administrativo Federal – e resposta a consultas – art. 30, da LINDB –, além de demais mecanismos setoriais específicos que vinculam debate acerca do padrão a ser estabelecido pelo regulador – ou o dever-ser – à oitiva democrática (Brasil, 1942, 1999a, 2019a, 2020b). Nem se mencione o arcabouço principiológico explícito – art. 37, da Constituição Federal (Brasil, 1988) – e implícito que instrui o regime jurídico-administrativo.

3.1.2 Autorregulação (regulada)

A autorregulação consiste no disciplinamento da própria conduta por parte dos agentes regulados, usualmente por intermédio das agremiações tradicionais do Direito Civil, ao largo da regulação estatal. Trata-se, resumidamente, do autocerceamento de suas

respectivas liberdades por parte de um grupo de agentes do mesmo setor (Saddy, 2015), por meio de um conjunto de normas técnicas ou morais, com vistas ao atingimento de algum *standart* moral ou interesse público reflexo.

Os instrumentos que consubstanciam essa matriz regulatória consistem tanto em códigos de conduta ou de ética, manuais de normas técnicas e códigos de boas práticas em um determinado setor, por intermédio de documentos escritos, quanto em certificações e classificações de produtos, serviços e instituições (Binenbojm, 2016). Aliás, como bem destaca o professor Vital Moreira (1997, p. 56), “a autorregulação só é auto na medida em que é estabelecida por uma instituição associativa ou representativa dos próprios agentes regulados”, com eficácia restrita aos respectivos regulados que subscrevem o documento escrito.

Uma vez que o regulado, no exercício de sua autonomia da vontade, decide se submeter à disciplina estabelecida por uma entidade autorregulatória, aplica-se a ele o brocardo do *pacta sunt servanda* – art. 421, do Código Civil (Brasil, 2002a). Enquanto compuser a respectiva associação, o agente econômico não poderá se eximir do cumprimento das normas com as quais voluntariamente assentiu. Tratando-se de uma agremiação eminentemente privada, aplicam-se os postulados pertinentes às organizações civis – a exemplo do art. 53, e seguintes, do Código Civil – como a liberdade de associação – art. 5º, XVII, da Constituição Federal, sem prejuízo da observância aos demais preceitos constitucionais (Brasil, 1988, 2002a). Por se constituir em um mecanismo de organização autônoma, fundado na iniciativa privada, a autorregulação prescinde de autorização legal específica para sua existência, desde que não esbarre na legalidade em bloco (legislação e regulamentos) atinente ao setor.

Enquanto a autorregulação privada não esbarrar em norma de hierarquia legal ou superior que a inviabilize, não pode o Estado a coibir por intermédio de ato administrativo, em homenagem às dicções legais que homenageiam a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas – art. 2º, III, da Lei n.º 13.874/2019 (Brasil, 2019b). Inclusive, ao mesmo tempo em que o norte constitucional à legislação estimula essa espécie de associativismo – art. 174, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) –, a lei vigente garante uma hermenêutica das normas regulatórias que prestigie a liberdade econômica e contratual – art. 1º, § 2º, da Lei n. 13.874/2019 (Brasil, 2019b).

No Brasil, um exemplo emblemático de autorregulação privada sem intervenção estatal – criada, inclusive, como resposta à tentativa de controle estatal da publicidade durante o regime ditatorial da década de 1970 – é o Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária

(CONAR). A entidade reúne veículos de comunicação, agências de publicidade e anunciantes, exercendo funções de interpretação, aplicação e constante aperfeiçoamento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (Binenbojm, 2016).

Apesar das potencialidades de incremento do setor regulado “a custo zero” para os cofres públicos por intermédio da autorregulação privada, é possível que a autorregulação apresente disfuncionalidades na prática. De um lado, ao largo da supervisão estatal, a autorregulação privada é vulnerável à captura por agentes econômicos de maior porte, a qual pode ensejar práticas anticoncorrenciais, à revelia da persecução do interesse público, sejam elas colusivas ou excludentes, a fim de favorecer os agentes subscritores dos instrumentos autorregulatórios. De outro, é possível que, mesmo nutrido por boa-fé, o subsistema de autorregulação dê azo à (i) redundância regulatória ou à (ii) contradição normativa ou hermenêutica entre as normas emanadas pelo Estado regulador e pela agremiação privada (Saddy, 2015).

A tentativa de suprimimento estatal dessas mazelas ensejou concepções de regulação pública da autorregulação privada. Trata-se de fenômeno denominado “autorregulação regulada” na bibliografia especializada. A teoria responsiva define a autorregulação regulada por intermédio de duas características: por (i) uma entidade de cunho privado efetua a autorregulação (estabelecimento do padrão) e pelas (ii) regras privadas, que ganham “pedigree” jurídico reconhecido pelo ente público (Ayres; Braithwaite, 1992), independente do momento – delegação prévia do Estado ou reconhecimento posterior de legitimidade.

Outro aspecto que chama atenção na autorregulação regulada é que, no mais das vezes, os regulados passam a internalizar boa parte dos 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 – ainda sujeitas, em últimas análise, ao *enforcement* da agência reguladora, caso fracassem as tentativas de corrigir a atuação desconforme por parte da empresa (Aranha *et al.*, 2021b).

A autorregulação regulada comporta espécies diversas de ordenações formuladas ou executadas por entidades privadas sob a supervisão estatal. Assim como o restante da abordagem responsiva, trata-se de definição pouco rígida, posto que se visa uma considerável adaptabilidade do instrumental a contextos diferentes regulatórios (Ayres; Braithwaite, 1992). Portanto, as espécies de instrumentos derivados do gênero da autorregulação regulada admitem variações quanto à forma, ao momento e à intensidade do controle exercido pelo Estado (Binenbojm, 2016). Quanto à forma, pode-se conceber a instituição de uma entidade independente pelo próprio Estado para exercer a autorregulação regulada, como é o caso das

entidades aferidoras do setor de telecomunicações instauradas por meio de resoluções da Anatel (tópico 2.3.2.2).

No entanto, pode também o Estado regulador conferir legitimidade a uma associação de autorregulação já existente. É o caso das Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários – órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários, com atribuição de fiscalizar os respectivos membros e as operações com valores mobiliários nelas realizada – art. 17, *caput* e § 1º, da Lei n.º 6.384/1976 –, as quais tiveram pedigree jurídico encorpado a partir da edição da Lei n.º 10.303/2001 (Brasil, 1976, 2001b).

Quanto ao momento do reconhecimento da chancela pública, a ABNT exemplifica uma regulação estatal exercida *a posteriori* – Lei n.º 4.150/1962 – sobre a autorregulação privada previamente existente (Brasil, 1963). Ao inverso, no caso do ONS, foi parametrizada a supervisão estatal sobre a entidade desde a sua criação, efetuada por meio do art. 13, da Lei n.º 9.648/1998 (Brasil, 1998b). Em todos os casos mencionados, a intensidade do controle estatal é variável.

Apesar da complexidade de estabelecimento de balizas de legalidade a um gênero de instrumentos regulatórios amplo como a autorregulação regulada, as próprias normas constitucionais impõem a estrita observância de garantias fundamentais como “[...] (i) liberdade de acesso às entidades autorreguladoras; (ii) dever de tratamento isonômico; (iii) abertura à participação da sociedade nos processos deliberativos; (iv) observância de normas do devido processo legal” (Binenbojm, 2016, p. 310).

Por fim, não é raro o questionamento quanto à possibilidade de delegação de atos de fiscalização do ciclo de polícia à entidade eventualmente criada para o exercício da autorregulação sob a supervisão estatal, no sentido de instruir o exercício do poder de polícia – na fase sancionadora – pela agência reguladora, que detém competência para as medidas *ex post* à infração. Nesse ponto, remete-se o leitor ao tópico a seguir (3.2.2, delegação de atos de fiscalização).

3.2 COLETA DE INFORMAÇÕES

Apesar das premissas da regulação responsiva, insertas nas obras da teoria de base, guardarem íntima relação com a etapa de modificação de comportamentos do processo regulatório – visto que uma abordagem responsiva, não raro, é identificada com a tradicional pirâmide de *enforcement* elaborada por Ayres e Braithwaite (1992) –, não se olvida que a

máxima subjacente à regulação responsiva é a adaptabilidade ao contexto regulatório. A regulação responsiva parte do entendimento de que não há desenho regulatório atemporal (Ayres; Braithwaite, 1992) e, portanto, inexistem igualmente requisitos universais à aplicação da teoria de base.

Em território nacional, exemplos cristalinos da adaptação da regulação responsiva ao contexto setorial é a utilização de postulados responsivos na arquitetura de sistemas de fiscalização regulatória, quer por via da fiscalização assimétrica (setor da energia elétrica), como se vislumbrou no capítulo precedente, quer mediante a delegação de atos de fiscalização (setor petrolífero), conforme se verá a seguir.

3.2.1 Fiscalização assimétrica

Os instrumentos regulatórios associados à fiscalização assimétrica – ou responsiva – consistem na aplicação diferenciada de mecanismos de monitoramento do cumprimento das normas setoriais, cuja intensidade varia conforme o grau de aderência dos agentes regulados a critérios previamente estabelecidos – v.g. histórico de conformidade, capacidade econômico-financeira, nível de risco regulatório etc. –, o qual é notabilizado usualmente por intermédio de um “ranking” ou “faixas de tratamento”.

Trata-se de espécie bastante específica do gênero de “assimetrias regulatórias”. O termo “assimetria regulatória” designa, *lato sensu*, os casos em que a ordem jurídica admite a exploração de uma atividade em regimes jurídicos distintos, conformando cada qual de acordo com regras específicas de atuação (Marques Neto; Zago, 2018). Desse modo, a categoria “assimetria regulatória” engloba, por exemplo, a diferenciação entre serviços de telecomunicações prestados no regime privado – art. 126, da Lei n.º 9.472/1997 – e no regime público – art. 83 (Brasil, 1997d).

No entanto, a fiscalização assimétrica diferencia-se por dizer respeito (i) tão somente a instrumentos regulatórios de fiscalização e (ii) a agentes regulados submetidos a idêntico regime jurídico legal. Portanto, exclui-se do escopo dessa análise a assimetria disciplinada pelo próprio legislador no marco regulatório setorial, visto que a possibilidade de instituição *ex lege* de regimes jurídicos diversos a agentes regulados do mesmo setor econômico não configura objeto de controvérsia no âmbito das agências reguladoras¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Consoante anotado pelo ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento da constitucionalidade da Lei n.º 12.485/2011 (ADI4923), “é juridicamente possível ao legislador ordinário fixar regimes distintos, desde que, em respeito ao princípio geral da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*), revele fundamento constitucional

Conforme se viu na seção anterior desta dissertação, é possível colher experiências de fiscalização assimétrica no bojo da regulação brasileira, a exemplo do modelo de fiscalização prioritária dos serviços de geração de energia elétrica¹⁶⁰ e das atividades fiscalizatórias sobre os serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica¹⁶¹, ambos encampados pela Aneel. A bem da verdade, a ênfase de responsividade na fiscalização têm se tornado uma característica tupiniquim na aplicação dessa abordagem, posto que parece ter especial utilidade no suprimento da ineficiência de uma metodologia de fiscalização com abrangência geral e indiscriminada, cuja carência de recursos humanos não permite a periodicidade ideal (Palma, 2023).

Nesse sentido, a modulação de legalidade que se pretende traçar perpassa por três pontos de análise: Primeiro, quanto à viabilidade jurídica de implantação de uma metodologia fiscalizatória diferenciada a agentes regulados formalmente submetidos ao mesmo regime jurídico – isto é: o princípio da isonomia veda ou desaconselha a previsão dessa espécie de instrumento regulatório no âmbito nacional? Segundo, caso não esbarre no arcabouço normativo referente à isonomia de tratamento dos regulados, busca-se elucidar o ato por intermédio do qual pode ser implementada a fiscalização assimétrica – ato normativo legal, administrativo ou mesmo não normativo. Por fim, visa-se delimitar as normas que balizam essa espécie de instrumental administrativo.

A preocupação referente à potencial afronta, pela regulação assimétrica, ao princípio da isonomia previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (Brasil, 1988), não é novidade em seara doutrinária^{162,163}, visto que a regra geral é a igualdade de tratamento perante o Poder Público. Além disso, essa “[...] opção regulatória pode causar efeitos negativos, tratando iguais de forma desigual” (Galvão *et al.*, 2021, p. 68).

suficiente para a discriminação, bem como demonstre a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva” (Brasil, 2018e).

¹⁶⁰ O modelo é composto por três fases, escaláveis a depender do risco regulatório detectado pela Aneel: (i) monitoramento por indicadores, (ii) ação remota e (iii) ação presencial.

¹⁶¹ O fluxo de atividades fiscalizatórias passou a ser dividido em quatro etapas, também escaláveis a depender do risco regulatório encontrado em cada fase: (i) monitoramento, (ii) análise, (iii) acompanhamento e (iv) ação fiscalizadora.

¹⁶² “Uma terceira questão merecedora de atenção especial é referente ao já referido conceito de assimetria regulatória, ou seja, agentes econômicos sujeitos a uma incidência regulatória díspar, mas que competem na exploração de uma mesma atividade pública. Esta questão deve ser cotejada diante conceitos caros ao Direito Administrativo, que, como se sabe, preza pelo tratamento isonômico dos administrados” (Marques Neto, 2002, p. 27).

¹⁶³ “O princípio constitucional da igualdade (‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’) tem conteúdo indeterminado, pois várias questões fundamentais ficaram sem solução. Em que casos é importante igualar pessoas? Que fatores podem justificar diferenciações? Que graus de diferenciação são aceitáveis? O texto não responde a nada disso” (Sundfeld, 2011, p. 292).

Embora vislumbre-se certa pacificação doutrinária quanto à viabilidade de instituição de regimes jurídicos diferenciados – superação do paradigma da igualdade meramente formal –, especialmente quando lastreada na consecução dos objetivos fundamentais da República, deve-se proceder com cautela diante das circunstâncias jurídicas que permitem, face ao princípio da isonomia, a diferenciação dos agentes.

Nesse sentido, são pertinentes os parâmetros estabelecidos por Mello (2017, p. 21) para a aferição da legitimidade constitucional das justificativas subjacentes a tais distinções, *in verbis*:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: (a) a primeira diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação; (b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; (c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Nos moldes esboçados supra, a validade da assimetria regulatória depende do critério utilizado para o tratamento diferenciado – no caso da fiscalização assimétrica, via de regra, o risco regulatório –, da existência de uma relação lógica entre esse critério – *in casu*, o risco regulatório – e o tratamento diferenciado – maior intensidade de fiscalização regulatória a depender do risco –, e da sua compatibilidade com os ditames constitucionais (v.g. eficiência). Assim, a fiscalização assimétrica, contanto que idôneos os critérios para aferição do risco regulatório de cada regulado, encontra guarida na ordem jurídica, de acordo com a parametrização estabelecida pelo mestre Bandeira de Mello, sem violar o princípio da isonomia.

Diante do reconhecimento de que o princípio da isonomia não veda em absoluto o tratamento diferenciado entre agentes, desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável (Brasil, 2017b), o mecanismo de triagem entre a fiscalização assimétrica legal e aquela ilegal remonta o dever de motivação administrativa, isto é, a existência de razões técnicas ou econômicas que justifiquem a diferenciação e a sua fundamentação pública e transparente pelo ente regulador.

Assim, é mister que a implementação da fiscalização assimétrica seja precedida de fundamentação quanto à forma e requisitos da distinção de tratamento regulatório, de modo denso, claro e transparente, inclusive quanto à finalidade da medida – o fim colimado não deve se desviar da política pública setorial – e à proporcionalidade da diferenciação, em homenagem ao dever legal de motivação face ao princípio da isonomia (Marques Neto; Zago,

2018). Nesse sentido, o princípio da isonomia não veda ou desaconselha a implementação dessa espécie de abordagem fiscalizatória, mas tão somente exige sua lúdima fundamentação. Aliás, é precisamente neste ponto que a justificação da fiscalização assimétrica diante do princípio da isonomia intersecciona a dedução quanto à espécie de ato que pode estruturar esse instrumento regulatório.

A exigência de justificação racional da assimetria na fiscalização regulatória, por conseguinte lógico, conduz à necessidade de publicidade do ato instituidor dessa abordagem, para fins de cientificação dos agentes regulados quanto à fundamentação subjacente à opção regulatória e aos critérios empregados na diferenciação de tratamento regulatório.

A dedução de inviabilidade de operacionalização da fiscalização assimétrica por intermédio de ato não normativo advém, em âmbito constitucional, do art. 37 da Constituição Federal (Brasil, 1988), que institui a publicidade como regra geral dos atos administrativos, e não desvia dos comandos legais quanto ao dever de publicidade e motivação no âmbito do processo administrativo federal – art. 2º, V e VII, da Lei n.º 9.784/1997 –, ao direito do particular de obter informações relativas à implantação de programas de entidades públicas – art. 7º, VII, “a”, da Lei n.º 12.527/2011 –, à exigência de fundamentação no processo decisório das agências reguladoras – art. 5º, da Lei n.º 13.848/2019 – e, especialmente, à necessidade de asseguramento da segurança jurídica nas relações entre Administração e particulares – art. 30, da LINDB (Brasil, 1942, 2011a, 2019a).

Embora a seção anterior deste trabalho tenha demonstrado que a experiência das agências reguladoras brasileiras chancelou a adoção de uma metodologia fiscalizatória assimétrica sem a edição imediata de um ato normativo específico – conforme as Notas Técnicas n.º 217/2015-SFE/Aneel e n.º 1/2016-SFG/Aneel (Aneel, 2015, 2016) –, a técnica jurídica aplicada ao Direito Público preza pela cientificação prévia dos administrados e pela viabilização de controle social dos atos administrativos – na toada do Capítulo II da Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 2019a) – por intermédio de sua ampla publicidade.

Ainda que, em um primeiro momento, a sistemática fiscalizatória remeta a uma prática interna da agência reguladora, cuja divulgação seria desnecessária, trata-se de um notável ponto de contato entre a Administração e os regulados. A exigência de ampla publicidade visa prevenir surpresas ao administrado, considerando que a metodologia de fiscalização da agência possui impacto direto na relação estabelecida entre a Administração e os particulares, devendo submeter-se às ferramentas de transparência e controle social tradicionais do Direito Administrativo. Apesar disso, não se constata a incidência de reserva legal à matéria em comento posto que, em decorrência da fiscalização assimétrica, não se

vislumbra a imposição de nova obrigação aos regulados, mas tão somente a simplificação – ou a possibilidade de flexibilização – dos deveres já existentes de colaboração com a fiscalização estatal, decorrentes do ciclo ordinário de polícia administrativa das agências reguladoras.

Dessa feita, pode-se concluir que os instrumentos administrativos destinados à implantação da fiscalização assimétrica – ou responsiva – podem ser estruturados por meio de regulamento pelas próprias agências reguladoras. Isso porque tais normas (i) destinam-se a disciplinar internamente a atividade fiscalizatória das agências, sem transferir a terceiros a prática de determinados atos e (ii) não enfrentam o mesmo rigor da reserva legal exigida para a criação de sanções, uma vez que não impõem obrigações adicionais aos administrados. Logo, existe habilitação legal genérica para edição dessas normas regulamentares sobre o processo de fiscalização na própria legislação que confere autonomia regulatória e administrativa a tais agências, prescindindo de previsão legal específica.

Para além do arcabouço legal, atinente ao dever de motivação e publicidade dos atos administrativos, já mencionado, notadamente a edição de atos normativos nesse sentido submete-se às formalidades da Lei nº 13.848/2019, v.g. precedência de análise de impacto regulatório – art. 6º –, decisão final em caráter colegiado – art. 7º – etc. (Brasil, 2019a).

Por fim, ainda que a metodologia fiscalizatória seja abrandada em relação aos regulados cujo risco regulatório seja baixo, insta salientar que o ordenamento jurídico impede que a adoção de medidas diferenciadas se converta em uma absoluta exclusão da atividade fiscalizatória em relação à parte dos regulados – *mutatis mutandis*, sob a *ratio* do art. 26, § 1º, III, da LINDB (Brasil, 1942). Isto é: a aferição do risco regulatório – ou de outro critério empregado para diferenciar o tratamento regulatório dispensado aos particulares – por intermédio de auditorias, análise de indicadores ou outras formas de monitoramento deve ocorrer de modo continuado e devidamente motivado.

Em suma, a fiscalização assimétrica não autoriza, de forma indiscriminada, a omissão na verificação de determinados agentes ou a intensificação arbitrária do controle sobre outros. Ao contrário, a diferenciação deve ser pautada por critérios objetivos, fundamentados e publicados com antecedência, de modo a garantir a transparência e o equilíbrio na atuação regulatória, em consonância com os dispositivos supracitados.

3.3.2 Delegação de atos da fiscalização

Os instrumentos regulatórios associados à delegação da fiscalização consistem na transferência a particular da atribuição de determinada função fiscalizatória componente da competência regulatória, com graus de intensidade variados a depender do ato concedente. Trata-se de um dos mecanismos por intermédio dos quais se promove a governança do mercado privado por meio de descentralização de funções regulatórias (Ayres; Braithwaite, 1992), assim como a autorregulação regulada supracitada. Aliás, cumpre anotar duas diferenças conceituais entre os instrumentos componentes do gênero de *enforced self-regulation* e aqueles consistentes em mera delegação de atividades fiscalizatórias - embora, por vezes, os mesmos se sobreponham, figurando a delegação de atos de fiscalização como conseqüência de determinados modelos de autorregulação regulada

Em primeiro lugar, os gêneros diferenciam-se pela fase do processo regulatório na qual os instrumentos de cada um se enquadram. A autorregulação regulada engloba, via de regra, a fase do estabelecimento privado de um padrão - código de ética, compromisso quanto à qualidade regulatória etc. -, sob a supervisão estatal como plano de fundo (Aranha, 2024) - embora não se limite a essa etapa -, enquanto a delegação das atividades de fiscalização cinge-se à fase da coleta de informações para subsidiar a atuação estatal.

Em segundo lugar, a delegação de fiscalização exige que o Estado transfira ao particular, mediante ato legal ou administrativo - autorizado, neste último caso, pela legislação vigente -, o exercício de determinado ato decorrente do poder de polícia - o que denota um regime de direito público, inclusive controverso quanto à sua possibilidade jurídica -, enquanto a autorregulação regulada, embora sobreposta por uma supervisão estatal de intrínseco regime jurídico-administrativo, não raro têm gênese em uma iniciativa eminentemente privada, ainda que, sob o controle estatal, se altere o eventual regime exordial de direito privado próprio da autorregulação privada.

A fiscalização exercida por entes privados é medida convergente a uma abordagem regulatória responsiva na medida em que permite adaptabilidade da metodologia fiscalizatória ao contexto setorial e amplia o toolkit à disposição do regulador, permitindo o escalonamento inclusive de atividades fiscalizatórias e dando azo à construção de redes de parceiros regulatórios. Aliás, é plenamente viável a conjugação da fiscalização assimétrica com a delegação de certos atos fiscalizatórios a entes privados, visto que essa articulação permite ao poder público concentrar sua atuação fiscalizatória direta e intensiva sobre os agentes que apresentem maior risco regulatório, ao passo que confere aos regulados com histórico consolidado de conformidade a possibilidade de serem submetidos ao monitoramento por

fiscalizadores delegados, preservando-se, assim, a racionalidade na alocação de recursos estatais e a efetividade da regulação.

No tocante à legalidade do instrumento regulatório, não há como fugir do (bélico) debate quanto à delegação do poder de polícia, visto que a fiscalização compõe a fase antecedente à sanção de polícia na atuação administrativa. Nesse ponto, ressalta-se que os instrumentos regulatórios ligados à delegação da fase de modificação de comportamento – aplicação de medidas persuasivas ou sancionatórias à infração constatada – refogem ao escopo dos entes privados, posto que o ordenamento jurídico brasileiro (incontroversamente) não permite a delegação do poder de polícia, neste particular¹⁶⁴.

Goza de consenso doutrinário e jurisprudencial a aceção de que os atos decorrentes do poder de polícia estatal não são suscetíveis de delegação em bloco aos particulares, contudo, a experiência brasileira vem admitindo a viabilidade de transferência de atos específicos, sobretudo os de natureza fiscalizatória, técnica e material (Marrara, 2015).

Utilizando-se da divisão conceitual do poder de polícia administrativo difundida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) – ciclo de polícia¹⁶⁵, segmentado em (i) ordem de polícia, (ii) consentimento de polícia, (iii) fiscalização de polícia e (iv) sanção de polícia –, o STJ assentou que “somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder

¹⁶⁴ A posição histórica da doutrina é no sentido de inviabilidade de delegação do poder de polícia em qualquer de suas facetas, o qual é definido como o conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado, detentor único do poder de polícia, indelegável sob pena de falência virtual do Estado, sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública (Cretella Júnior, 1985).

¹⁶⁵ Segundo a teorização do ciclo de polícia, (i) a ordem de polícia é o preceito legal básico que viabiliza o ciclo de atuação, servindo de referência específica de validade e satisfazendo a reserva constitucional (art. 5º, II), para que não se faça aquilo que possa prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público; (ii) o consentimento de polícia é o ato administrativo de anuência administrativa que possibilita a utilização da propriedade particular ou o exercício da atividade privada, consistente em licença ou autorização na prática; (iii) a fiscalização de polícia consiste na função administrativa que verifica o cumprimento das ordens de polícia, e não apenas quanto à observância daquelas absolutamente vedatórias, como para constatar se, naquelas que foram consentidas, não ocorrem abusos do consentimento nas utilizações de bens e nas atividades privadas – pode ser preventiva, pela observação do adequado cumprimento das ordens e dos consentimentos de polícia, ou mesmo repressiva, porque prepara a repressão das infrações pela constatação formal da existência de atos infratores; e, finalmente, (iv) a sanção de polícia é a função pela qual se submete coercitivamente o infrator a medidas inibidoras ou dissuasoras impostas pela Administração (Moreira Neto, 2014).

Público” (Brasil, 2009)¹⁶⁶. Cumpre ressaltar que esse posicionamento jurídico não é pacífico¹⁶⁷, tampouco majoritário (Câmara, 2018, p. 69).

Embora se saiba que o Supremo Tribunal Federal (STF) não partilha de idêntico posicionamento – ao que se infere da ADIn n.º 1.717/DF e do RE n.º 539.224/CE¹⁶⁸ (Brasil,

¹⁶⁶ “ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Antes de adentrar o mérito da controvérsia, convém afastar a preliminar de conhecimento levantada pela parte recorrida. Embora o fundamento da origem tenha sido a lei local, não há dúvidas que a tese sustentada pelo recorrente em sede de especial (delegação de poder de polícia) é retirada, quando o assunto é trânsito, dos dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro arrolados pelo recorrente (arts. 21 e 24), na medida em que estes artigos tratam da competência dos órgãos de trânsito. O enfrentamento da tese pela instância ordinária também tem por consequência o cumprimento do requisito do prequestionamento. 2. No que tange ao mérito, convém assinalar que, em sentido amplo, poder de polícia pode ser conceituado como o dever estatal de limitar-se o exercício da propriedade e da liberdade em favor do interesse público. A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupo, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. 7. Recurso especial provido” (Brasil, 2009b).

¹⁶⁷ O Plenário do STF manifestou-se, por ocasião do deferimento de medida cautelar na ADIn 1.717/DF, que “não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais. No mesmo sentido, parte da doutrina compreende que as empresas públicas e as sociedades de economia mista nascem para prestar serviço público ou para exercer atividades econômicas stricto sensu e jamais poderão exercer poder de polícia, porque esta atividade não pode ser delegada à pessoa jurídica de Direito Privado” (Brasil, 2002c).

¹⁶⁸ “ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. 1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores. 2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I - Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aporta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministerial mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II - Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III - Remessa

2002c, 2012b) –, ressalvada a Ordem dos Advogados do Brasil (*sui generis*), constata-se que é potencialmente compatível o entendimento da Corte Excelsa com o Tribunal da Cidadania, posto que os referidos julgados do STF fizeram menção específica à vedação de delegação da sanção de polícia (“tributar e punir”)¹⁶⁹, não se debruçando detidamente a respeito da etapa meramente fiscalizatória.

Apesar da divergência hermenêutica instaurada no âmbito judicial, para os fins do presente trabalho é essencial a exploração das nuances de conformação de legalidade da vertente interpretativa que admite a delegação das funções fiscalizatórias – visto que, a nível metodológico, já se apresentou a modulação legal do posicionamento adverso (vedação absoluta). Por isso, a despeito do posicionamento de proibição de delegação absoluta do ciclo de polícia, os exemplos práticos já implantados no bojo da Administração serão explorados adiante.

As espécies de instrumentos regulatórios que dependem da delegação do poder fiscalizatório a ente privado, mesmo diante da vertente interpretativa da qual partilha o STJ, não possuem o condão de serem implementados sem autorização legal expressa – além de, via de regra, meio infralegal para sua operacionalização, como regulamento administrativo. Isso porque, segundo a perspectiva difundida pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o poder de fiscalização integra o ciclo do poder de polícia, o qual, por sua própria natureza, opera a limitação da esfera de liberdade dos particulares e a restrição de seus direitos em benefício do interesse público.

A imposição de restrições, ainda que indiretas, a direitos fundamentais demanda a legitimação parlamentar, conforme impõe o regime democrático de direito e o princípio da separação de poderes – art. 1º, *caput*, e 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Ainda que, no caso de delegação de certos atos de fiscalização, o poder de sanção permaneça no seio público, o mesmo é instruído pela atividade fiscalizatória (cuja atribuição legal é, via de regra, do ente regulador), característica que atrai, como corolário lógico, a exigência de reserva legal para a sua transferência – art. 5º, II, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

De modo mais específico, o art. 174 da Constituição Federal é cristalino ao dispor que o Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Portanto, há imposição

oficial provida. Pedido julgado improcedente. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento” (Brasil, 2012a).

¹⁶⁹ Do mesmo modo, nos momentos em que eventualmente a legislação esparsa menciona a indelegabilidade do poder de polícia, faz menção específica às fases da ordem de polícia e ao poder de sanção do ciclo de polícia – v.g. art. 4º, III, da Lei n.º 11.079/2004, o qual, a nosso sentir, somente possui aplicabilidade no âmbito das parcerias público-privadas *stricto sensu* (Brasil, 2004).

constitucional expressa no sentido de que a dicção legal é indispensável ao exercício da função fiscalizatória do Estado regulador (Brasil, 1988). A respeito dessa mesma disposição constitucional, a qual pode ser interpretada como vedação à delegação da função fiscalizatória do Estado regulador, ressalta-se, *mutatis mutandis*, segundo o entendimento de Sundfeld (2006), que o Poder Público, mediante delegação, trespassa apenas o exercício da atividade, mantendo sua titularidade, visto que o Estado nunca aliena os interesses públicos, tão somente transfere, temporariamente, o exercício das competências voltadas à sua implementação, sem abrir mão delas.

Assim, ao transferir ao particular delegado a prática de determinados atos de fiscalização, o Estado não abre mão de sua função fiscalizadora integralmente considerada. Pelo contrário, a fiscalização do setor regulado segue sob sua alçada, apenas transferindo-se a execução material de determinado(s) ato(s) da fiscalização ao *longa manus* delegado.

Compreende-se que a disposição do art. 174 da Constituição Federal, nos moldes do art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n.º 9.784/1999, e do art. 26, § 1º, III, da LINDB, veda a renúncia da competência (fiscalizadora) por ocasião da delegação (Brasil, 1942, 1988, 1999a). Como se pode observar da empiria – conforme anotado no tópico 1.1.3 do presente trabalho –, a delegação ocorre tão somente em relação a determinados atos de fiscalização e de apoio ao poder de polícia, não contemplando a integridade da competência fiscalizatória (Brasil, 2009b).

Fora do âmbito das agências reguladoras, uma experiência relevante consiste na delegação de atos de fiscalização de trânsito às empresas operadoras de radares no trânsito de automóveis. O Código de Trânsito Brasileiro, mediante o seu art. 280, § 2º, autoriza que a fiscalização das infrações de trânsito ocorra por intermédio dos “pardais”, operados por agentes privados terceirizados previamente contratados pelo Poder Público¹⁷⁰ – com regulamentação fornecida por meio de resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (Brasil, 1997g). Ao apreciar a questão, implicitamente, a Corte Superior distinguiu os atos de fiscalização dos atos de sanção: “os ‘pardais’ não aplicam multas, apenas fornecem elementos fáticos para que o Detran [Departamento Estadual de Trânsito] lavre o auto e imponha sanções quando comprovadas as infrações” (Brasil, 2006).

¹⁷⁰ “O Código de Trânsito Brasileiro e Resoluções do CONTRAN permitem a comprovação de infrações no trânsito por meio de aparelhos eletrônicos” (Brasil, 2006). O ministro-relator fez questão de anotar que não se tratava de delegação do poder de polícia no caso concreto – fazendo menção ao poder de sanção –, posto que “a função da polícia administrativa envolve o ‘poder de império’ sobre a vontade individual, devendo ser exercida por entidade com personalidade jurídica de direito público (administração direta, centralizada, ou, se descentralizada, só se pode outorgá-la para uma autarquia). Para tanto, pode ser necessário o uso de insumos, pessoal e equipamentos privados, o que não se confunde com transferência do exercício do poder de polícia para o particular, o que representa um dos limites à desestatização” (Brasil, 2006).

Outro exemplo, desta vez de delegação de atos de certificação, que se insere no âmbito das agências reguladoras são os organismos de certificação de conteúdo local credenciados junto à ANP. É consabido que a exploração e a produção de petróleo e gás natural no Brasil são atividades controladas pela União – art. 20, IX, art. 176, *caput* e § 1º, e art. 177, todos da Constituição Federal (Brasil, 1988), e art. 21, da Lei n.º 9.478/1999 –, que outorga a empresas o direito de explorar blocos por meio de contratos regulados e fiscalizados pela ANP – art. 8º, IV, da Lei n.º 9.478/1997¹⁷¹ (Brasil, 1997e).

Nos contratos de concessão dos direitos de exploração, tanto o desenvolvimento quanto a produção de petróleo e gás natural, firmados entre a União e as concessionárias vencedoras das licitações, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – como parte de uma política pública de desenvolvimento da cadeia produtiva nacional –, impõe uma “cláusula de conteúdo local”, a qual representa a obrigação, expressa em percentuais, da concessionária a investir em bens e serviços ofertados pela indústria brasileira, assim privilegiando fornecedores e prestadores de serviço locais (Nunes, 2010). O eventual descumprimento do percentual de conteúdo local sujeita a concessionária às sanções advindas do poder de polícia da ANP – a exemplo da Resolução n.º 848/2021 (ANP, 2021).

A partir da 7ª Rodadas de Licitações para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, a ANP passou a delegar a entes privados¹⁷² a tarefa de fiscalizar o atendimento à cláusula conteúdo local, instituindo um mediador, denominado “Organismo de Certificação de Conteúdo Local”, entre a agência e as empresas reguladas, com vistas à emissão de um atestado de que o percentual de conteúdo local atingido em determinada atividade (Binenbojm, 2016). O caso da ANP é peculiar em razão da inexistência de autorização legal específica para a delegação de atos fiscalizatórios, o que abre margem para argumentação quanto a uma relevante diferenciação no plano do regime jurídico.

Poderíamos argumentar que a tarefa atribuída ao Organismo de Certificação de Conteúdo Local, a qual consiste, tão somente, na aferição técnica do percentual de conteúdo local, constitui atividade de avaliação da conformidade compulsória, de caráter técnico, que não se confunde com o exercício do poder de polícia administrativa, conforme o art. 4º, § 1º,

¹⁷¹ “Art. 8º A ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural, dos combustíveis sintéticos, dos biocombustíveis, do hidrogênio de baixo carbono e da captura e da estocagem geológica de dióxido de carbono, no que lhe compete conforme a lei, cabendo-lhe: IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução”.

¹⁷² Por intermédio das Resoluções ANP n.º 36/2007 (Regulamento de Certificação de Conteúdo Local), n.º 37/2007 (Regulamento de Credenciamento de Entidade para Certificação de Conteúdo Local), n.º 38/2007 (Regulamento de Auditorias de Certificadoras), e n.º 39/2007 (Regulamento do Relatório de Investimentos Locais), bem como disposições contratuais.

da Lei n.º 9.933/1999 (Brasil, 1999c). Essa compreensão parece ter sido acolhida pela Resolução ANP n.º 963/2023, a qual, ao dispor sobre os requisitos para o credenciamento dessas entidades, exige das empresas candidatas o certificado de acreditação válido emitido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) (ANP, 2023).

Não se trata de afastar a exigência de autorização legislativa, mas de reconhecer que, no caso das atividades de avaliação da conformidade compulsória de natureza técnica, essa autorização já se encontra presente no art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.933/1999, dispensando a edição de norma específica adicional (Brasil, 1999c). Para além da exigência de chancela legislativa, mostra-se essencial a delimitação precisa dos deveres, das atribuições e dos limites da atuação do agente delegado, sobretudo – embora não exclusivamente – nos casos em que haja maior proximidade entre os atos materiais desempenhados pelo particular e as funções fiscalizatórias ou sancionatórias do poder público.

Nesses contextos, impõe-se, como corolário lógico do princípio da legalidade administrativa, o balizamento normativo da atuação delegada por meio de regulamento administrativo, cuja elaboração deve ser precedida de análise de impacto regulatório – art. 6º, da Lei n.º 13.848/2019 – e de consulta pública, nos termos do art. 29 da LINDB, sem olvidar da cominação de sanções específicas ao seu desrespeito (Brasil, 1942, 2019a). Por fim, a escolha do instrumento jurídico adequado à delegação de atividades de apoio à fiscalização pelas agências reguladoras (contrato administrativo, credenciamento, etc.) não é passível de arbitrariedade, visto que depende essencialmente da natureza jurídica da relação e da função desempenhada pelo agente delegado.

No caso de natureza pública do ente delegatário, expressamente disciplinada pelo Marco Legal das Agências Reguladoras (art. 34-35, da Lei n.º 13.848/2019), é admitida inclusive a delegação de atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais – essas duas últimas inviáveis no caso de natureza privada do ente delegatário –, a ser efetuada mediante acordo de cooperação – art. 34, *caput* – e de convênios – casos de articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente – art. 31-33 (Brasil, 2019a).

3.3 MODIFICAÇÃO DE COMPORTAMENTOS

A previsão regulamentar de sanções administrativas, no mais das vezes precedida normativamente por sistemática sancionatória inserta na legislação de regência setorial, não é tópico inédito à regulação pátria, visto que a abordagem de comando e controle utiliza-se

amplamente desse instrumental – notadamente, as sanções pecuniárias – para conformar os comportamentos dos agentes regulados.

No entanto, considerando que o modelo normativo da regulação responsiva não se limita à previsão de sanções pecuniárias, mas se estrutura a partir da articulação entre medidas punitivas e persuasivas, dotadas de finalidades diferenciadas e calibradas em conformidade com as peculiaridades do caso concreto, abre-se margem ao debate quanto à conformação de legalidade de mecanismos regulatórios diversos – e nem sempre punitivos – do repertório sancionatório tradicionalmente empregado, v.g. o *naming and shaming*, os acordos entre regulador e regulado e mesmo a possibilidade de margem de tolerância administrativa.

Dessarte, a seguir, adentra-se cada um dos mecanismos regulatórios anteriormente elencados, visando perquirir as normas de regência que conformam cada um dos instrumentos administrativos. Anota-se que se trata de um esforço de balizamento genérico de legalidade, pois a quantidade de normas setoriais inviabiliza a investigação quanto a cada um dos setores regulados pelas agências reguladoras peculiarmente considerados.

3.3.1 Sanções premiais

As sanções premiais consistem em instrumentos regulatórios que subvertem a lógica operacional da regulação de comando e controle (prescrição-sanção), sob a premissa de que o poder de polícia estatal pode cumprir seus objetivos não apenas por prescrições, garantidas por sanções aflitivas, mas também por meio de induções a comportamentos voluntários, associadas a sanções premiais, convergentes com fins socialmente desejáveis (Binenbojm, 2016).

Ao invés de penalizar o comportamento particular indesejável, trata-se de mecanismo que estabelece uma situação ampliativa de direitos – prêmio, bônus tarifário, certificação de qualidade etc. –, “[...] ou ao menos, uma menor interferência estatal no seu âmbito de liberdade” (Galvão *et al.*, 2021, p. 134) aos regulados que voluntariamente aderirem a determinada postura altamente desejável, assim visando fornecer um *nudge* para que o particular – e, de arrasto, o setor regulado – ultrapasse a mera conformidade regulatória, atingindo novos padrões de excelência.

A título de gênero sancionatório complementar à regulação responsiva, os incentivos premiais foram sistematizados teoricamente em momento posterior à consolidação da abordagem responsiva, desenvolvida na década de 1990. Por constituírem um desdobramento subsequente a tal modelo, não integram originalmente a pirâmide de enforcement concebida

por Ian Ayres e John Braithwaite, a qual se estrutura a partir da lógica escalonada de constrangimento e não contempla explicitamente, em sua formulação inaugural, o uso de incentivos positivos.

A partir do desenvolvimento das sanções premiais como mecanismo regulatório autônomo, observa-se o deslocamento do modelo tradicional da pirâmide regulatória para a formulação conceitual do chamado diamante regulatório, uma estrutura que articula, de forma integrada e simétrica, a pirâmide do constrangimento (sancionatória) e a pirâmide da indução positiva (premial). Enquanto o objetivo final da pirâmide de constrangimento é a conformidade do regulado com as normas constitucionais, legais e administrativas, o diamante regulatório sugere que o atingimento do padrão mínimo de acatamento regulatório não seja um ponto final, mas um ponto de referência, oferecendo um roteiro para a melhoria setorial contínua (Kolieb, 2015).

Embora não sejam instrumentos regulatórios amplamente difundidos, é possível vislumbrar tímidas práticas administrativas compatíveis com o gênero de sanções premiais no cenário pátrio, inclusive no âmbito das agências reguladoras. Em decorrência da diferença de disciplina jurídica a depender do teor da sanção premial, subdivide-se o instrumental entre sanções premiais de cunho reputacional – reconhecimento público gratuito ao regulado – e de cunho financeiro – que implica ônus ao erário.

A nível de sanção premial reputacional, colhe-se o exemplo do Prêmio Aneel de Satisfação do Consumidor, condecoração da Aneel que prestigia as distribuidoras de energia melhor avaliadas em categorias divididas em região e porte econômico, conferindo um selo de qualidade, além de reconhecimento público, às empresas reguladas mais bem colocadas no *ranking* de satisfação dos consumidores.

Do mesmo modo, a Anatel inaugurou, em 2019, o Prêmio Anatel de Acessibilidade em Telecomunicações, premiando os regulados mais bem classificados na avaliação de critérios como acessibilidade nos sites, atendimento especializado nas lojas, eficiência dos canais remotos para pessoas com deficiência (PcD) e ações voluntárias de promoção dos seus direitos. Ambas as iniciativas, cujo teor consiste na divulgação das boas práticas dos regulados com vistas a conferir-lhes prestígio reputacional, junto ao respectivo setor e aos consumidores, foram criadas mediante ato infralegal não normativo¹⁷³, e prescindem de

¹⁷³ O Prêmio Anatel de Acessibilidade em Telecomunicações, embora não encontre dicção em ato normativo específico, foi instituído com base no Regulamento Geral de Acessibilidade da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 667/2016 (Anatel, 2016d), enquanto o Prêmio Aneel de Satisfação do Consumidor tem como base o Índice Aneel de Satisfação do Consumidor, sem a publicização de uma resolução específica que formalize sua criação.

autorização legislativa, visto que, além de não instituírem obrigações aos particulares, não implicam ônus de qualquer ordem ao erário ou à própria agência reguladora.

A rigor, a estruturação de sanções premiais que não acarretem ônus à Administração não exige a edição de ato normativo – embora seja indispensável a formulação de regulamento contendo critérios isonômicos para julgamento dos regulados, em vista dos princípios da impessoalidade e da isonomia – nem autorização legal específica. Nesses casos, o balizamento de legalidade vincula-se à base axiológica tradicional do regime jurídico-administrativo, isto é, a concessão do prêmio deve estar vinculada ao efetivo interesse público – por exemplo, difundir práticas de sustentabilidade sócioambiental – e preservar os deveres administrativos de isonomia e impessoalidade, evitando que a ideia de sanção premial desvirtue-se em privilégios indevidos ou meros favoritismos.

Além disso, a obrigatoriedade de publicação oficial do regulamento, contendo os parâmetros de julgamento, prazos, procedimentos e prêmios dessa espécie de sanção premial, decorre do princípio da publicidade que instrui a atividade administrativa – art. 37, da Constituição Federal – e da dicção do art. 68, II, do Decreto n.º 12.002/2024 – que dispõe quanto à publicação de atos normativos no Diário Oficial da União (Brasil, 1988, 2024).

Já a nível de sanção premial financeira, não são numerosos os exemplos na seara das agências reguladoras, até por conta da maior rigidez da disciplina jurídica conferida à matéria, haja vista o ônus suportado pelos cofres públicos.

Apesar da situação emergencial que deu azo à medida – circunstâncias de escassez hídrica –, entre 2021 e 2022, no âmbito da Aneel, foi implantado, por meio da Resolução Normativa Aneel n.º 1.008/2022¹⁷⁴ e com prévia autorização legislativa¹⁷⁵, o Programa de Incentivo à Redução Voluntária do Consumo de Energia Elétrica, sanção premial financeira consistente em um desconto creditado na fatura de energia do usuário que atingisse metas voluntárias de redução de consumo (Aneel, 2022). Os recursos aportados originaram-se da Conta de Desenvolvimento Energético, fundo público criado pela Lei n.º 10.438/2002 (Brasil, 2002b).

A despeito da especificidade da hipótese em comento – sanção premial financeira que importa em criação de despesa pública –, mesmo que custeada por fundo público (Conta de Desenvolvimento Energético), a legalidade do ato submete-se às formalidades da Lei de

¹⁷⁴ Ato normativo que regulamentou a Resolução n.º 2/2021, da Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energia, criado pela Medida Provisória n.º 1.055/2021, com vistas a operacionalizar o repasse dos créditos decorrentes do Programa de Incentivo à Redução Voluntária do Consumo de Energia Elétrica às distribuidoras e consumidores (Brasil, 2021d, 2021e).

¹⁷⁵ Medida Provisória n.º 1.055/2021, com força de lei – art. 62, da Constituição Federal (Brasil, 1988, 2021d).

Responsabilidade Fiscal – na dicção dos art. 15 a 16, da Lei Complementar n.º 101/2000 (Brasil, 2000) –, especialmente à estimativa do impacto orçamentário-financeiro da medida e à demonstração de compatibilidade em relação às leis orçamentárias vigentes. Abre-se parênteses quanto às sanções premiais financeiras com impactos fiscais.

Além da necessidade de observância aos parâmetros da Lei de Responsabilidade Fiscal no eventual caso de criação de despesa pública ou renúncia de receita – art. 15 e 16, e art. 14, da Lei Complementar n.º 101/2000, respectivamente (Brasil, 2000) –, especialmente por intermédio da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da medida e da demonstração de compatibilidade em relação às leis orçamentárias vigentes, a estruturação de sanções premiais financeiras com impactos fiscais se sujeita, ainda, aos critérios de economicidade, eficiência e motivação, devendo a agência instruir o ato regulamentar com elementos suficientes que demonstrem a proporcionalidade e o interesse público ínsito à medida, bem como à fiscalização exercida pelos órgãos de controle externo – art. 70-72, da Constituição Federal; art. 49, *caput* e §§, da Lei n.º 14.600/2023 (Brasil, 1988, 2023).

No mais das vezes – e tendo em vista a conformação legal das agências e do modelo de Estado regulador sob a abordagem de comando e controle instituído a partir do PDRAE, consoante a seção 2.1.1 desta dissertação –, o objeto de modulação factível ao regulador, a nível de sanção premial, é a sanção pecuniária aplicada em decorrência de infração administrativa. Exemplo disso é o desconto de 25% no valor da multa aplicada pela Aneel no caso de renúncia expressa à interposição de recurso – art. 38, § 2º, da Resolução Normativa n.º 846/2019 (Aneel, 2019).

Nesses casos, quando não se trata de renúncia de receita pública nem de criação de despesa, dispensam-se as formalidades mencionadas da Lei de Responsabilidade Fiscal para a estruturação do instrumento regulatório. A rigor, se trata de política (dosimétrica da multa) regulatória, a qual – conforme é comumente disposto nas legislações setoriais de regência quanto à competência das agências reguladoras para regulamentar as infrações administrativas, seu processamento e dosimetria, como no caso da Aneel, em que a chancela para tal encontra-se no art. 3º, X, da Lei n.º 9.427/1996 (Brasil, 1996) – pode ser estruturada mediante regulamento administrativo¹⁷⁶, no idêntico sentido e forma do desconto na multa

¹⁷⁶ De idêntico entendimento, Galvão *et al.* (2021, p. 134) anota que, para fins de legalidade, “[...] não há necessidade de que os incentivos e os *nudges* estejam previstos em lei. Trata-se, em verdade, de estratégias regulatórias à disposição do gestor. Assim, nada mais natural que a Anac, ao verificar que determinada empresa cumpre com os requisitos necessários quanto à qualidade do serviço prestado, estipule ‘prêmios’ da Administração que irá lhe conceder uma ampliação de direitos ou, ao menos, uma menor interferência estatal no seu âmbito de liberdade. Não há, pois, objetivo punitivo na implementação desses prêmios, no bojo da regulação responsiva pretendida, logo não é necessária a previsão de lei formal para tanto, bastando-se a sua compatibilidade com as atribuições legais da própria agência”.

operado via Resolução Normativa n.º 846/2019 da Aneel (2019). Por consectário lógico, a edição do ato normativo pressupõe o cumprimento às formalidades cabíveis do item 3.1.1 (decisão em caráter colegiado, publicação oficial, etc).

3.2.2 Margem de tolerância administrativa

A margem de tolerância administrativa consiste em uma faixa definida pelo regulador, dentro da qual certas infrações, elegidas como de baixa relevância, deixam de ser sancionadas¹⁷⁷. Essa faixa de permissividade visa evitar a mobilização do aparato estatal, com todos os custos inerentes ao processamento administrativo, face às irregularidades de menor repercussão e/ou, segundo a teoria de base, cujo infrator disponha de um histórico de conformidade regulatória.

A noção de uma esfera dentro da qual o regulador pode deixar de instaurar o consequente processo administrativo sancionador, quando deparado com uma infração administrativa, conduz a debates sobre (i) o parâmetro de legalidade (ou juridicidade), enquanto baliza de validade do ato frente ao ordenamento jurídico¹⁷⁸; (ii) a importação de institutos do Direito (Processual) Penal ao Direito Administrativo sancionador, diante da acepção de que as garantias do particular, defrontado com o *jus puniendi* estatal, teriam patamar constitucional e, portanto, seriam inarredáveis¹⁷⁹. Nessa perspectiva, também se inserem a importação de balizas oriundas da tipicidade material, como a necessidade de ofensividade da conduta típica e o princípio da insignificância.

De acordo com a hermenêutica neoconstitucionalista, a instauração do respectivo processo administrativo sancionador ficaria sob o crivo dos princípios constitucionais que também regem o processo penal, diante da unicidade do *jus puniendi* do Estado. A referida

¹⁷⁷ A margem de tolerância é uma faixa de permissividade prevista em ato normativo, razão pela qual não se confunde com o silêncio administrativo, o qual, segundo Saddy e Teixeira (2016, p. 111), constitui desvio ou abuso de poder que “[...] pressupõe o não cumprimento da obrigação de resolver, identificando-se como a chamada inatividade formal ou omissão específica da Administração”.

¹⁷⁸ Trata-se de perspectiva oriunda do giro democrático-constitucional do Direito Administrativo, o qual posicionou a Constituição no cerne da vinculação administrativa à juridicidade, submetendo o exercício do poder de polícia ao sistema de direitos fundamentais e o sistema democrático. Segundo o paradigma da juridicidade, a legislação administrativa continua a ser a fonte que propulsiona e limita a atuação dos agentes públicos e dos particulares (juridicidade *secundum legem*), mas, agora, sem a pretensa exclusividade de outros tempos e sempre aplicada conforme os ditames constitucionais. O maior diferencial é da juridicidade relativa ao paradigma da legalidade estrita à concepção de espaços de normatividade para além da lei ou desenvolvidos à míngua dela (juridicidade *praeter legem*), enquanto outros, excepcionalmente, podem legitimar-se contra a lei, a partir da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (Binenbojm, 2016).

¹⁷⁹ “A concepção de um Direito Administrativo sancionador adequado aos ditames de um Estado Democrático de Direito perpassa necessariamente pela plena observância das garantias individuais, o que exige a interconectividade com as normas protetivas do Direito Penal e Processual Penal, trazendo ao processo administrativo princípios como o da insignificância” (Castro, 2015, p. 186).

vertente interpretativa ressalta o caráter instrumental do processo administrativo e tende a cancelar uma ponderação axiológica com causa de dispensa do processo em sede de juízo de admissibilidade¹⁸⁰.

Nesse caso, o fundamento jurídico da margem de tolerância, encontraria guarida na juridicidade – *contra legem*, caso prevista a sanção em lei formal –, especialmente nos princípios da proporcionalidade – adequação da resposta estatal à infração concreta – e eficiência – evitar gastos desnecessários –, assim como nos institutos tradicionais ao direito penal, como o princípio da insignificância¹⁸¹.

A dispensa do processo administrativo com fulcro nos princípios referidos a pouco é corroborada pela base normativa inserta no art. 2º, parágrafo único, I – vinculação à lei e ao Direito – e IV, da Lei n.º 9.784/1999¹⁸², no art. 4º, da Lei n.º 13.848/2019¹⁸³, na Emenda Constitucional n.º 109/2021 (Brasil, 1999a, 2019a, 2021b)¹⁸⁴, e nos dispositivos constitucionais atinentes à base axiológica mencionada – especialmente o art. 37, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Assim como nos casos de extinção do feito penal pelo

¹⁸⁰ “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” (Aranha *et al.*, 2021b, p. 81-82).

¹⁸¹ “Não havendo previsão legal expressa de aplicação do princípio da insignificância, como é o caso do processo administrativo sancionador do BACEN e da CVM, o esforço argumentativo do agente público ao deixar de aplicar uma pena ou mesmo de instaurar um processo administrativo com base neste princípio da insignificância é maior, mas, ainda assim, está amparado pela legalidade, desde que relacionado aos testes da proporcionalidade e ao disposto no artigo 20 da LINDB” (Oliveira; Souza, 2020, p. 172).

¹⁸² “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, 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”.

¹⁸³ “Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público” (Brasil, 2019a).

¹⁸⁴ “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 expresso 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” (Aranha *et al.*, 2021b, p. 93).

princípio da bagatela, a margem de tolerância administrativa fundada nos institutos originários do direito penal seria eminentemente casuística.

Ocorre que, também nessa hipótese de margem de tolerância, fulcrada na principiologia constitucional, a decisão administrativa é conformada pelos limites consequencialistas impostos pela LINDB, na redação dada pela Lei n.º 13.655/2018 (Brasil, 2018b), afinal, a aplicação desparametrizada de normas de conteúdo semântico aberto possui o condão de gerar insegurança jurídica quanto ao desempenho da função administrativa, face à pluralidade de alternativas que comporta e à consequente ausência de previsibilidade (Justen Filho, 2018).

Assim, ainda que a dispensa do processo administrativo decorra de ato concreto da Administração fundamentado em elementos como a reduzida ofensividade da conduta em relação ao bem jurídico protegido pela norma administrativa – princípio da insignificância ou ofensividade –, o art. 30 da LINDB impõe ao regulador o dever de conferir segurança jurídica aos administrados (Brasil, 1942).

Por conseguinte, mesmo que a decisão administrativa apresente contornos casuísticos, variáveis conforme as circunstâncias específicas de cada situação concreta, a referida norma da LINDB exige a edição prévia de súmula administrativa ou regulamento que esclareça publicamente aos regulados os parâmetros objetivos que orientam a aplicação da margem de tolerância, inclusive como forma de assegurar o cumprimento dos deveres de impessoalidade e isonomia.

A eventual edição desse ato normativo demanda a abertura do processo regulatório à participação social pelos mecanismos legalmente adequados, a saber, análise de impacto regulatório – art. 6º, da Lei n.º 13.848/2019 e art. 5º, da Lei n.º 13.874/2019 –, consulta pública – art. 9º, da Lei n.º 13.848/2019 – e, eventualmente, audiência pública – art. 10, da Lei n.º 13.848/2019 –, além de outros meios previstos em regulamento administrativo quanto à participação de interessados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas – art. 11, da Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 2019a, 2019b).

Para além da divulgação prévia e clara dos parâmetros que delimitam a hipótese de dispensa do processamento administrativo – art. 30, da LINDB –, também o ato administrativo específico que faz incidir a margem de tolerância no caso concreto deve obedecer a requisitos qualificados de fundamentação (Brasil, 1942). Com efeito, o art. 22, *caput*, da LINDB determina a indispensabilidade de ponderação explícita das consequências práticas da decisão administrativa fundada em valores jurídicos abstratos (Brasil, 1942).

Ademais, no § 2º, exige-se que a motivação do ato demonstre expressamente a necessidade e a adequação da medida adotada, inclusive perante alternativas possíveis (Brasil, 1942).

Em síntese, ainda que se possa admitir, sob a hermenêutica neoconstitucionalista, a aplicação casuística de margem de tolerância similar ao teor do princípio da insignificância, revela-se inviável, sob a perspectiva dos novos critérios que informam o Direito Público, a aplicação casuística da margem de tolerância administrativa desacompanhada de prévia e expressa dicção em regulamento ou súmula administrativa, eis que, mesmo em contextos hermenêuticos alinhados à principiologia, subsiste o dever de prévia edição de ato público que forneça segurança jurídica e previsibilidade à atuação administrativa.

Além dos limites traçados pela reforma da LINDB, a adoção de margens de tolerância baseadas em critérios subjetivos e variáveis caso-a-caso é incompatível com as diretrizes da regulação responsiva, posto que a abordagem que valoriza a comunicação prévia entre regulador e regulado e o estabelecimento de parâmetros informados e objetivos para orientar e modificar comportamentos.

Portanto, afigura-se plenamente possível – e juridicamente prudente, diante da possibilidade de controle judicial do ato administrativo – a validação e justificação de margem de tolerância administrativa no âmbito da regulação responsiva sem a utilização de conceitos jurídicos abstratos. Aliás, foram nesse sentido – de convergência à perspectiva de legalidade estrita – os pareceres jurídicos dos órgãos consultivos sobre as propostas de estruturação de abordagens responsivas no seio das agências reguladoras brasileiras, analisados na seção anterior.

A rigor, a possibilidade jurídica de estabelecimento de margens de tolerância encontra respaldo no ordenamento pátrio vigente, como exemplificam os dispositivos contidos no Código de Trânsito Brasileiro, especificamente nos art. 231, V, art. 276, parágrafo único, e art. 323 (Brasil, 1997g). Nesses casos, verifica-se expressa autorização legal delegada ao Conselho Nacional de Trânsito para, no exercício do poder regulamentar que lhe é conferido, fixar os parâmetros quantitativos que materializam a faixa de tolerância às infrações administrativas previstas no mesmo diploma legal.

Gize-se que, no caso do Código de Trânsito Brasileiro, a margem de tolerância foi criada mediante a mesma espécie normativa em que fora prevista a sanção cujo âmbito de aplicação foi flexibilizado (Brasil, 1997g). Ainda que se tenha delegado à Administração Pública competência para delimitar quantitativamente essa faixa de tolerância, foi o próprio Poder Legislativo, autor da norma proibitiva, que expressamente estabeleceu também sua exceção. Nessa circunstância reside a questão central apontada pelos pareceres emitidos pelos

órgãos consultivos nos processos regulatórios analisados anteriormente: o inarredável respeito à hierarquia normativa e à separação dos poderes.

Justamente por essa razão é que a agência reguladora não pode, em sua regulamentação infralegal, criar margens de tolerância para descumprimentos de obrigações impostas em políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco criar instrumentos que tenham vistas a deixar de exercer sua atribuição punitiva quanto a descumprimentos dessas obrigações que chegaram a ocorrer e depois foram cessados (AGU, 2020).

Dessarte, a criação de margens de tolerância vincula-se, a nível de hierarquia normativa, estritamente ao ato normativo mediante o qual foi originada a obrigação que se pretende excepcionar. No caso de infração administrativa – ou de norma prevendo a obrigatoriedade de instauração do processo administrativo – prevista em lei federal, é indispensável que a margem de tolerância seja originada mediante lei federal *stricto sensu* ou disponha de remissão legal suficiente, ainda que a disposição legal, como no caso do Código de Trânsito Brasileiro, remeta à norma regulamentadora a disciplina das fronteiras dessa faixa de permissividade (Brasil, 1997g). Do mesmo modo, em relação à infração administrativa criada em norma infralegal, não depende da edição de lei a margem de tolerância, suscetível de integral disciplina por regulamento, dotado, como tal, de generalidade e abstração, cujos efeitos se protrairão no tempo.

Observa-se que situação jurídica similar se dá em relação à instituição das chamadas “medidas preventivas” pelas agências reguladoras, como o ACI e a SRCI no âmbito da Anac. Isso porque, na prática, os instrumentos administrativos de caráter *ex post* sem natureza sancionatória consubstanciam, em larga medida, o gênero “margem de tolerância” no cenário brasileiro. Por razões orientativas e educativas, ao invés de simplesmente dispensar o processo administrativo sem a cominação de qualquer providência administrativa no caso concreto, as agências reguladoras têm preferido aplicar gêneros de advertência aos regulados autuados, cuja função precípua é sinalizar a existência de condutas irregulares sem, contudo, ensejar punição formal.

A coincidência de natureza entre as “medidas preventivas” – advertência, aviso, solicitação de reparação – e o instituto da margem de tolerância reside no ponto nevrálgico em que ambas se assentam: a renúncia deliberada à sanção como resposta imediata à infração, em favor de uma lógica de responsividade e incentivo deliberado à conformidade normativa. Assim, no âmbito da Anac, a margem de tolerância criada por intermédio de ato infralegal sem remissão legal específica não poderia excepcionar a aplicabilidade do art. 299 e ss. do

Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual dispõe que relativamente a determinadas infrações será aplicada multa, sem correspondente previsão de dispensa da sanção (Brasil, 1986). Em um primeiro momento, portanto, a margem de tolerância, originada pela Resolução Anac n.º 472/2018 (Anac, 2018), somente seria aplicável às infrações administrativas previstas em regulamento e omissas na legislação vigente.

Contudo, com o advento da Lei n.º 14.368/2022, a qual alterou a lei de regência da Anac prevendo expressamente a viabilidade de aplicação de advertência e outras providências administrativas – art. 8º, LI, da Lei n.º 11.182/2005 –, inclusive de caráter não sancionatório, não se vislumbra óbice para que o alcance das medidas preventivas regulamentadas atinja, também, as infrações previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (Brasil, 1986, 2005, 2022). Trata-se, como já se mencionou, de uma questão que remete à hierarquia normativa.

Aliás, uma vez esclarecida a viabilidade de instituição da margem de tolerância administrativa, abre-se um parêntese quanto à posição jurídica em que se encontra o regulado diante da mesma. Em homenagem à faixa de discricionariedade administrativa voltada à indução de conformidade nos regulados no exercício da função regulatória, não se vislumbra possibilidade de reconhecimento a direito subjetivo do administrado à margem de tolerância ou à medida preventiva correspondente.

Além disso, utilizando-se do brocado *a maiori, ad minus*, às avessas, mas preservando-lhe a lógica operacional – “que não pode o menos, não pode o mais” –, a jurisprudência não tem admitido o direito subjetivo sequer às medidas de justiça penal negociada no âmbito processual¹⁸⁵, cujo respaldo jurídico é mais sólido – previsão legal vinculada a garantias fundamentais, como o *due process of law*. Intuitivamente, uma margem de tolerância inserta no bojo de regulamento não tem o condão de favorecer o particular a nível de direito subjetivo.

Ao invés disso, é viável afirmar que a margem de tolerância estabelecida no regulamento administrativo comporta a legítima expectativa de tratamento similar entre regulados em condições equivalentes, decorrente do dever de previsibilidade e do princípio da isonomia, assim como o dever de coerência institucional do ente regulador, cuja violação pode ser arguida em juízo como ofensa à segurança jurídica – art. 30, da LINDB – ou à isonomia – art. 4º-A, I, da Lei n.º 13.874/2019 (Brasil, 1942, 2019b).

¹⁸⁵ “O acusado/investigado não tem o direito subjetivo ao ANPP, mas sim o direito subjetivo ao eventual oferecimento ou a devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes (ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal), especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime” (Brasil, 2024).

Em síntese, verificou-se o seguinte:

- A figura da margem de tolerância pode ser validamente estruturada no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados determinados parâmetros normativos e hermenêuticos;
- É possível a fundamentação da margem de tolerância em parâmetros jurídicos abertos – art. 2º, parágrafo único, I, da Lei n.º 9.784/1999 –, como os princípios da proporcionalidade e da eficiência, inclusive com patamar constitucional, e em institutos tradicionais ao direito penal, a exemplo do princípio da insignificância – diante da interpretação a respeito da unicidade do *jus puniendi* estatal –, casos em que não se dispensa a edição de regulamento para disciplinar as hipóteses de cabimento – art. 30, da LINDB –, devendo-se apontar as consequências práticas no ato administrativo concreto – art. 20, *caput* e parágrafo único, da LINDB –;
- Alternativamente, é viável e juridicamente prudente a estruturação de uma margem de tolerância sem a importação da principiologia penal, tampouco a fundamentação calcada em parâmetros semanticamente abertos, desde que essa conformação normativa respeite a hierarquia das fontes do Direito e leve em conta os graus de resistência dos subsistemas jurídicos setoriais, os quais podem demandar previsão expressa em lei formal para legitimar o afastamento de sanções;
- Na etapa de estabelecimento do padrão normativo (edição do regulamento), é mister a delimitação de parâmetros determinados para a aferição de incidência da margem de tolerância no caso concreto – art. 30, da LINDB –, vedada a renúncia de competência – art. 26, § 1º, III, da LINDB –;
- Na subsunção da margem de tolerância ao caso concreto – etapa de modificação de comportamentos –, demanda-se da atuação administrativa a fundamentação qualificada – art. 50, da Lei n.º 9.784/1999 e art. 4º e 5º, da Lei n.º 13.848/2019 –, especialmente no caso de motivação do ato em parâmetros juridicamente abertos – art. 20, *caput* e parágrafo único, da LINDB –;
- As medidas preventivas *ex post* de caráter não sancionatório constituem faceta educativa da margem de tolerância e revelam-se mecanismos recomendáveis para a instituição de uma faixa de permissividade no ambiente regulatório pátrio, diante da prática regulatória inferida;

- Não se reconhece, em regra, um direito subjetivo do administrado à aplicação da margem de tolerância ou à adoção de advertência preventiva, vislumbrando-se tão somente a existência de legítima expectativa de tratamento isonômico e coerente, fundada tanto nas disposições regulamentares vigentes quanto na prática administrativa reiterada, cuja inobservância pode ensejar a sindicabilidade do ato por violação aos princípios correlatos (Brasil, 1942, 1999a, 2019a).

3.3.3 Acordos substitutivos de sanção

A semântica dos instrumentos negociais, no contexto de responsividade que se pretende enfatizar, recai prioritariamente sobre os acordos substitutivos de sanção, em detrimento dos acordos integrativos em sentido amplo, em que pese a base normativa seja bastante similar. Isso porque os acordos substitutivos bem engendram a lógica responsiva, posto que se tratam de instrumentos *ex post* à infração administrativa cujo teor visa retornar o particular à conformidade regulatória por meio de uma resposta ajustada às suas particularidades (*tit-for-tat enforcement*).

No âmbito de uma pirâmide sancionatória, os acordos figuram na resposta intermediária entre aquelas medidas puramente persuasivas – sanções premiaias, instrumentos orientativos, margem de tolerância, advertência etc. – e os instrumentos regulatórios com forte tores de dissuasão – sanção pecuniária, incapacitação etc. –, como uma derradeira tentativa de diálogo antes da imposição do rigor regulatório de que dispõe o Estado.

A figura dos acordos firmados entre Administração e particular pode ser considerada uma novidade histórica no cenário pátrio posto que, discrepando da teoria que balizava a prática administrativa até então, ganhou crescente relevo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, mediante sucessivas alterações legislativas que implementaram mecanismos consensuais para a resolução de conflitos no bojo da Administração – apesar de que o Direito Administrativo brasileiro sempre conviveu com pontuais instrumentos consensuais, como o art. 10, do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 (Brasil, 1941; Faria, 2019).

Fruto do paradigma da imperatividade administrativa, a legislação brasileira, até a década de 1980, não permitia que uma decisão sancionatória da Administração, por intermédio do poder de polícia, fosse alterada por meio de acordo ou compromisso, notadamente se isso importasse suspensão da sanção em troca de outra obrigação (Guerra; Palma, 2018). A faceta da indisponibilidade moldava a acepção de interesse público que se buscava salvaguardar, sem admitir-se qualquer negociação nesse sentido.

No entanto, a ideia de que nem sempre o sancionamento estrito figuraria como mais adequado meio de persecução do interesse público disseminou-se amplamente na doutrina¹⁸⁶. Postulando por uma Administração Pública não adversarial, passou-se a postular a retirada organizada da Administração dos jogos de soma zero, que retroalimentam a espiral onerosa da litigiosidade, em prol de uma substituição gradativa dessa tradicional postura belicosa pelo ideal regulador do primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos do tipo *win-win* (Freitas, 2017).

Acompanhando matriz cooperativa de atuação estatal erigida na doutrina, sucederam-se no tempo as reformas legislativas de abertura gradual à consensualidade, quer no bojo do processo judicial¹⁸⁷, por via das Leis n.º 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais¹⁸⁸), n.º 13.105/2015¹⁸⁹ (Novo Código de Processo Civil) e n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), quer no âmbito administrativo, a exemplo das Leis n.º 9.457/1997 (termo de compromisso no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários) e n.º 13.506/2017 (acordo administrativo no âmbito do Banco Central) (Brasil, 1995c, 1997c, 2015, 2017a, 2019c).

Já se discutia a existência de permissivo genérico para a celebração de acordos ou compromissos pela Administração decorrente da norma inserta no art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com redação dada pela Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), embora a insegurança jurídica caracterizasse o debate quanto à viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar sob esse fundamento (Guerra; Palma, 2018), devido ao limitado escopo de incidência, em tese, da legislação mencionada, às divergências doutrinárias quanto à possibilidade de negociação administrativa, bem como à carência de um precedente judicial qualificado a cancelar essa hipótese (Brasil, 1985, 1990a). Não obstante, se havia qualquer dúvida quanto à existência de permissivo legal para a celebração de acordos pela Administração e, especialmente, a

¹⁸⁶ Nesse sentido, adveio o posicionamento segundo o qual a indisponibilidade do interesse público, enquanto pedra de toque do regime jurídico administrativo, não seria ferida pela celebração de acordos pela Administração Pública, posto que a mesma não estaria negociando o interesse público, mas, sim, negociando os modos de atingi-lo com maior eficiência (Moreira Neto, 2003).

¹⁸⁷ Embora sem teor legislativo, vale a menção à Resolução n.º 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu medidas para incentivar “[...] o tratamento adequado de conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário” (CNJ, 2010).

¹⁸⁸ Instituíram os Juizados Especiais – e os mecanismos negociais correlatos – no âmbito da Fazenda Pública e da Justiça Federal, respectivamente, as Leis n.º 12.153/2009 e n.º 10.259/2001 (Brasil, 2001a, 2009a).

¹⁸⁹ Destaca-se o art. 3º, que em seus § 2º e § 3º determina como norma fundamental do processo civil a promoção pelo Estado, sempre que possível, da solução consensual de conflitos e, além disso, constitui como dever por parte de juizes, advogados, defensores públicos e membro do Ministério Público, estimular a conciliação, a mediação e outros meios consensuais, bem como o art. 174, que determina a criação das câmaras de mediação e de conciliação no âmbito dos entes federativos. Além disso, outra inovação significativa foram os negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190 e 191), avançando no sentido de uma cláusula geral de negociação processual (Eidt, 2023).

estruturação desse instrumental na seara regulatória, restou sepultada pelo advento do art. 26 da LINDB (Brasil, 1942).

Um exemplo da abertura à consensualidade e regulamentação setorial dos acordos regulatórios foi verificado na seção anterior, por intermédio do caso da Anac - art. 61-62, da Resolução Anac n.º 472/2018 (Anac, 2018), termo de cessação de conduta -, além de tantas outras agências reguladoras que regulamentaram a matéria sob a nomenclatura do TAC¹⁹⁰, ainda utilizando-se das balizas provenientes do art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985 (Brasil, 1985).

Diante da dicção contida na Lei da Ação Civil Pública, parte da doutrina sustenta que, já na década de 1990, havia autorização legal para a estruturação de instrumentos regulatórios negociais por meio de regulamento no seio das agências reguladoras, apesar da controvérsia da questão¹⁹¹.

Todavia, a partir da promulgação da Lei n.º 13.655/2018, sequer é estritamente exigível da Administração que a celebração de acordo substitutivo de sanção seja precedida de regulamento próprio, posto que a disposição do art. 26 da LINDB é imediatamente aplicável pelo regulador na medida em que dispõe do mínimo regulamentar – requisitos de validade, rol de legitimados, procedimento, limites e hipóteses de cabimento –, diversamente de sua norma predecessora (Brasil, 1942, 2018b; Guerra; Palma, 2018). Do mesmo modo, o marco legal das agências reguladoras previu expressamente a viabilidade de celebração de TAC entre a agência reguladora e pessoa física ou jurídica sujeita à sua competência regulatória – art. 32, da Lei n.º 13.848/2019 –, com similar balizamento legal aos TAC firmados pela Advocacia-Geral da União (AGU) – art. 4º-A, da Lei n.º 9.469/1997 (Brasil, 2019a).

Em termos de hierarquia normativa, a chancela para pactuação de acordo substitutivo de sanção, quer por via da LINDB, quer por via do Marco Legal das Agências Reguladoras, foi instituída pelo legislador federal, razão pela qual opera mesmo diante de sanção prevista na legislação setorial – salvo vedação específica situada em legislação especial. Portanto, ato administrativo concreto pode, desde logo, operacionalizar o referido instrumento regulatório, sem a edição de regulamento específico.

¹⁹⁰ Despontam os exemplos da Anatel – art. 5º, da Resolução n.º 589, de 7 de maio de 2012 e Resolução n.º 629/2013 –, da ANTT – Resolução n.º 5.823/2018 –, da ANS – Resolução Normativa ANS n.º 372/2015 – e da ANTAQ – Resolução ANTAQ n.º 3.259/2014 (Anatel, 2012a, 2013b).

¹⁹¹ “Apesar de ser, sim, uma cláusula de autorização para a realização de acordos por parte de entidades públicas, tal dispositivo não poderia ser encarado como uma autorização genérica. Seu âmbito de aplicação, muito claramente, restringia-se ao campo das ações civis públicas” (Faria, 2019, p. 158).

Contudo, convém ressaltar que, em homenagem ao dever de segurança jurídica – art. 30, da LINDB – e aos princípios da impessoalidade – art. 37, *caput*, da Constituição Federal – e da isonomia, é desejável que a estruturação do instrumento negocial no âmbito de cada autarquia seja realizada por intermédio de ato normativo infralegal, a fim de pormenorizar as hipóteses de cabimento e as vedações regulamentares adequadas ao setor regulado (Brasil, 1942, 1988).

A conformação de legalidade do acordo substitutivo de sanção advém do texto legal dos mesmos art. 26, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 e art. 33, *caput* e §§, da Lei n.º 13.848/2019 (Brasil, 1942, 2019a). Aliás, o compromisso em situação contenciosa de Direito Público previsto no art. 26 da LINDB e o TAC por agência reguladora inscrito no art. 32 da Lei n.º 13.848/2019 se tratam de regramentos com âmbitos de incidência distintos – e aplicabilidade interseccionada, no caso de TAC –, mas compatíveis em larga medida (Brasil, 1942, 2019a).

A nível formal, figuram na LINDB, como requisitos de validade à celebração do acordo com o regulado, (i) a prévia oitiva ao órgão de consultoria jurídica da agência reguladora, cujo teor não vincula o regulador, (ii) a posterior publicação no Diário Oficial da União e, eventualmente, (iii) a consulta pública – art. 26, *caput*, da LINDB –, no caso da presença de razões de interesse geral¹⁹² (Brasil, 1942).

Igualmente, a disciplina do TAC por agência reguladora efetuada pelo art. 32 da Lei n.º 13.848/2019 não excepciona a autarquia especial da submissão do feito ao órgão de consultoria jurídica – art. 32, *caput*, da Lei n.º 13.848/2019 c/c art. 4º-A, *caput*, da Lei n.º 9.469/1997 –, ao dever de publicidade como regra na Administração – art. 3º, I e II, da Lei n.º 12.527/2011 e art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n.º 9.784/1999 – e à consulta pública quando o processo envolver assunto de interesse geral – art. 31, da Lei n.º 9.784/1999 (Brasil, 1999a, 2011a, 2019a).

A nível procedimental, frisa-se que nenhum dos regramentos fixa momento processual específico para a celebração do acordo, legada a matéria à regulamentação administrativa. Ademais, caso omissis regulamento da agência reguladora neste particular, gize-se que o recurso administrativo – art. 56 e ss., da Lei n.º 9.784/1999 –, bem como a defesa de terceiros que eventualmente possam ser afetados pelo acordo – art. 9º, II, da Lei

¹⁹² Sabendo que essa seria uma decisão casuística, de um modo geral, a consulta pública é recomendada nos casos de: (i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimento bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) cujo cenário do compromisso seja complexo e de um mapeamento dos interesses em jogo (Guerra; Palma, 2018).

n.º 9.784/1999 –, são disciplinados pela legislação de processo administrativo federal (Brasil, 1999a).

A nível material, o § 1º, do art. 26 da LINDB, exige que o conteúdo da obrigação constante do acordo (i) convirja com o interesse público, (ii) se revista de adequação e proporcionalidade ao problema jurídico de fundo, (iii) não signifique renúncia de competência ou condicionamento de direito reconhecido por orientação geral, e que (iv) seja claro, inclusive quanto ao prazo para seu cumprimento e às sanções aplicáveis em caso de descumprimento (Brasil, 1942).

No caso de TAC, os incisos do art. 4º-A, da Lei n.º 9.469/1997, tão somente acrescem às disposições da LINDB quanto ao conteúdo da obrigação pactuada no que se refere (i) à forma de fiscalização do cumprimento – inciso III – e (ii) aos fundamentos de fato e de direito que balizam a obrigação – inciso IV –; corolários lógicos, também, nos compromissos firmados na forma da LINDB, em vista do dever de motivação e detalhamento escrito, detalhado e cristalino dos acordos para fins de acompanhamento pelos órgãos de controle. Em ambos os casos, se tratam de critérios basilares que não discrepam, em larga medida, dos requisitos para a validade do negócio jurídico inscritos no art. 104 do Código Civil (Brasil, 1942, 2002a; Guerra; Palma, 2018). Não é demais salientar que, consoante a referida norma, o objeto do negócio jurídico deve revestir-se de licitude, possibilidade e, especialmente, ser determinado ou determinável, aspecto que visa prevenir a pactuação de obrigações polissêmicas e semanticamente vagas, bem como, por conseguinte, a confusão no seu cumprimento – ou na verificação de seu descumprimento.

Por fim, insta salientar que inexiste direito subjetivo ao acordo substitutivo de sanção, qualquer que seja a sua nomenclatura – termo de cessação de conduta, TAC etc. –, até por conta da natureza negocial dos respectivos instrumentos regulatórios¹⁹³, que, apesar da previsão de hipóteses de aplicabilidade, se inserem na margem de discricionariedade do regulador. Nesse mesmo sentido, têm decidido as Cortes pátrias quando defrontadas com a tese de que os infratores (criminais) teriam direito subjetivo ao acordo – de não persecução

¹⁹³ Sob idêntica *ratio*, já decidiu o STJ: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO ACEITÁ-LO OU DE NEGOCIAR SUAS CLÁUSULAS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO PARTICULAR. 1. Tanto o art. 5º, § 6º, da LACP quanto o art. 211 do ECA dispõem que os legitimados para a propositura da ação civil pública ‘poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais’. 2. Do mesmo modo que o MP não pode obrigar qualquer pessoa física ou jurídica a assinar termo de cessação de conduta, o Parquet também não é obrigado a aceitar a proposta de ajustamento formulada pelo particular. Precedente. 3. O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes. 4. Recurso especial a que se nega provimento” (Brasil, 2012a).

penal¹⁹⁴ –: em decorrência do dever de motivação dos atos administrativos – art. 50, da Lei n.º 9.784/1999 (Brasil, 1999a) –, há direito subjetivo à manifestação fundamentada da autoridade competente para propor o acordo substitutivo da sanção; contudo, o acordo em si insere-se no bojo de margem de discricionariedade motivada.

3.3.4 Naming and shaming

Os instrumentos regulatórios em exame, derivados da noção de *naming and shaming*, consistem na divulgação da conduta ilícita perpetrada pelo regulado em cadastro ou lista pública após o devido processamento e consequente condenação, com vistas a desencorajar, pela via dissuasiva, a desconformidade legal e regulamentar¹⁹⁵.

O referido mecanismo administrativo se assenta sobre a premissa de que a reputação de uma empresa pode ser considerada uma forma de capital, por vezes até mesmo mais relevante do que o financeiro (Van Erp, 2008). Assim, em detrimento de dissuadir o infrator tão somente por intermédio da penalização pecuniária, opta-se pela reprimenda reputacional.

¹⁹⁴ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que denegou a ordem de habeas corpus, em que se pleiteava a remessa dos autos ao Ministério Público para análise da possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). 2. O paciente foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de dias-multa. 3. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a condenação e a recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP, fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida. II. Questão em discussão 4. A discussão consiste em saber se a recusa do Ministério Público em oferecer o Acordo de Não Persecução Penal, com base na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, é válida e se o Poder Judiciário pode compelir o Ministério Público a ofertar o acordo. 5. A Defesa alega que os requisitos para o oferecimento do ANPP são taxativos e que a quantidade de droga não é um critério previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. III. Razões de decidir 6. O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, sendo uma faculdade do Ministério Público, que deve considerar as peculiaridades do caso concreto e a suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime. 7. A recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP foi fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, o que foi considerado suficiente para justificar a não propositura do acordo. 8. O Poder Judiciário não pode substituir o Ministério Público na decisão de oferecer ou não o ANPP, uma vez que tal decisão é discricionária e cabe ao órgão acusador, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça. IV. Dispositivo e tese 9. Agravo regimental não provido. Tese de julgamento: 1. O acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 2. A decisão de não oferecer o ANPP, fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, é válida e não pode ser imposta pelo Poder Judiciário ao Ministério Público. Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 28-A; CF/1988, art. 129, I. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 1.912.425/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20.03.2023; STJ, RHC 159.643/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19.04.2022” (Brasil, 2025).

¹⁹⁵ Trata-se de um gênero de mecanismos administrativos derivados da teoria da *reintegrative shaming*, desenvolvida na década de 1980 no âmbito da criminologia, em antítese à concepção de que a vergonha decorrente da sanção criminal possuía condão de, tão somente, estigmatizar o infrator (Braithwaite, 1989). Assim, a teoria do envergonhamento reintegrativo debruçou-se sobre o potencial de retorno à conformidade – ou ressocialização, na terminologia penal – subjacente ao *naming and shaming*, sendo posteriormente amoldada à realidade da regulação econômica e setorial (Braithwaite; Makkai, 1994).

Usualmente, a prática é materializada em cadastros públicos ou listas disponibilizadas eletronicamente, contendo o nome do infrator e a(s) infração(ões) cometida(s).

Trata-se de instrumento adequado à abordagem da regulação responsiva por representar a ampliação do *toolkit* regulatório disponível ao ente regulador, sendo viável a sua conjugação com outras medidas – como, por exemplo, o sancionamento administrativo tradicional –, no sentido de escalamento sancionatório, não sendo preciso recorrer, de pronto, às sanções mais gravosas ou incapacitantes. Em outras palavras, apesar de não se tratar formalmente de penalização, o *naming and shaming* tem o condão de potencializar a eficiência dissuasiva da pirâmide sancionatória, incentivando o cumprimento às normas também por via de *nudges* não somente financeiros.

A opção, nesta subseção, pela nomenclatura formal “*naming and shaming*”, ao invés de “sanção reputacional”, visa não dar, ativamente, margem a confusões quanto à natureza jurídica do referido instrumento administrativo na seara nacional. Enquanto a doutrina estrangeira ressalta a faceta dissuasiva do mecanismo (sanção reputacional¹⁹⁶), o espaço reservado à publicização dos ilícitos no Brasil afasta-se do caráter formalmente punitivo e identifica-se com as máximas da transparência e da publicidade¹⁹⁷. Isso porque, de fato, não se trata – a divulgação da infração em cadastro público – de pena cominada à conduta abstratamente prevista em norma administrativa, mas, sim, de instrumento de transparência, com inarredáveis nuances dissuasivas.

Apesar da distinção quanto à natureza jurídica, as funções desempenhadas pela *blacklist* se interseccionam, de modo que a bibliografia estrangeira não desconhece o argumento da transparência como propulsor legal da prática do *naming and shaming* no âmbito da regulação, atribuindo-lhe relevante papel de fundamentação idônea para a

¹⁹⁶ “Interest in the role of emotion has grown in a number of regulatory fields. Shame is of particular significance because most regulatory interventions implicitly or explicitly communicate disapproval. In some cases, such as restorative justice with juveniles, great care is necessary to avoid this disapproval becoming stigmatising. In other cases, such as regulating powerful corporations, disapproval has to be expressed loudly if it is to be heard. In all these cases, the expression of disapproval raises the possibility of invoking shame” (Harris, 2017, p. 70-71).

¹⁹⁷ Nesse particular, faz-se menção, especialmente, à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 509, na qual o STF assentou que a “lista suja do trabalho escravo” regradada, à época, pela Portaria Interministerial n.º 4/2016, do Ministério do Trabalho e Previdência Social, não representaria sanção, mas, sim, mecanismo de transparência ativa, a teor da Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2011a, 2020c).

implantação do mecanismo no seio estatal¹⁹⁸, e a literatura pátria não ignora a função de modificação de comportamentos ínsita ao referido mecanismo regulatório (Duarte, 2022).

No Brasil, embora não se tenha identificado a utilização do *naming and shaming* como instrumento regulatório já consolidado no âmbito das agências reguladoras, despontam exemplos da publicização de infrações em outras entidades da Administração Pública, como é o caso do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo¹⁹⁹, do *ranking* de reclamações elaborado pela Secretaria Nacional do Consumidor²⁰⁰, do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), ambos mantidos pela CGU²⁰¹, dentre outros.

Nesse sentido, deduz-se que instrumentos administrativos consistentes na publicização dos infratores das normas regulatórias são passíveis de estruturação por via de regulamento no âmbito das Agências Reguladoras – notadamente, quanto aos processos administrativos de sua atribuição, sem extrapolar do setor regulado –, prescindindo de nova lei para tanto, eis que o arcabouço legal existente chancela a sua implementação.

Isso porque, conforme se delineou supra, o cadastro de infratores não se trata de penalidade administrativa propriamente dita, tampouco traduz imposição direta de restrição de direitos, mas de medida de densificação das normas constitucionais e legais que versam sobre acesso à informação, a partir do resultado de procedimentos administrativos públicos²⁰²,

¹⁹⁸ “Shaming of individuals or businesses is also increasingly common in the regulatory process. Regulators issue blacklists of tax offenders; disclose health and safety violations, toxic emissions and offences of financial laws; and issue public warnings against schools or nursing homes with quality deficits. Although often justified as ‘transparency’ in the context of open government and freedom of information, such disclosure equally serves to warn potential clients, deter individuals and organizations from offending and stimulate compliance, and thus clearly has elements of shaming” (Van Erp, 2021, p. 439).

¹⁹⁹ Atualmente regido pela Portaria Interministerial MTE/MDHC/MIR n.º 18/2024, o cadastro – vulgarmente denominado “lista suja do trabalho escravo” – instituído via norma infralegal pelo Ministério do Trabalho e Emprego, foi fundamentado diretamente na Lei de Acesso à Informação – art. 3º, *caput*, I e II, e art. 7º, *caput*, VII, “b”, da Lei n.º 12.527/2011 – e indiretamente nas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como a Convenção sobre Escravidão de 1926, a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956, o Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros (Brasil, 2011a; Grisa, 2024).

²⁰⁰ Trata-se de *ranking* originado em disposição do art. 44 do Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu a necessidade de criação de um cadastro de reclamações contra fornecedores e produtores para auxiliar na salvaguarda dos consumidores; por intermédio do Decreto n.º 2.181/1997, foi atribuída à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça a competência para elaborar e divulgar o cadastro nacional de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços (Brasil, 1997b). Operacionalizado a partir de 2006, o cadastro divulga anualmente as duzentas empresas que mais receberam reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor no respectivo ano, através do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Duarte, 2022).

²⁰¹ Ambos os cadastros foram criados por força de disposição legal; enquanto o Cadastro Nacional de CEIS, criado pelo art. 23 da Lei n.º 12.846/2013, dispõe de informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas que impliquem restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a administração pública de qualquer esfera federativa, o CNEP, criado pelo art. 22 da mesma legislação de regência, contém informações referentes às sanções impostas com fundamento na Lei Anticorrupção.

²⁰² Consoante o que foi externalizado pelo voto do ministro Edson Fachin no julgamento da ADPF, quanto à lista suja do trabalho escravo, independentemente da matéria tratada, “[...] uma vez identificado, autuado e

legítimos e idôneos²⁰³. Aliás, se a divulgação da condenação administrativa acarretar a incidência de sanções de ordem social, isso nada mais significa que assentar a eficácia regulatória daquele instrumento, inexistindo a imposição inédita de sanções pelo Poder Público, a necessitar de mediação legislativa específica.

As disposições legais que embasam a referida dedução encontram-se insertas nos art. 7º, VII, e art. 8º, da Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), no que determinada, à Administração Pública, a divulgação, independentemente de requerimento, do resultado de operação realizada no exercício do poder fiscalizatório, bem como no art. 29, § 2º, IX, da Lei n.º 14.129/2021 (Lei do Governo Digital), ao dispor que as entidades da Administração Pública indireta deverão divulgar na internet as sanções administrativas aplicadas a pessoas, a empresas, a organizações não governamentais e a servidores públicos (Brasil, 2011a, 2021c).

A nível mais amplo, trata-se de perspectiva compatível com o tratamento da publicidade como regra e do sigilo como exceção no âmbito estatal – art. 5º, XXXIII, art. 37, *caput* e § 3º, II, e art. 216, § 2º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) –, consoante o art. 29, § 1º, I, da Lei n.º 14.129/2021 (Lei do Governo Digital) (Brasil, 2021c).

Desse modo, a conformação de legalidade do cadastro público é sintonizada por dicções de, ao menos, três diplomas legais, a saber, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Governo Digital e, em situações específicas, a Lei Geral de Proteção de Dados. Em um primeiro momento, o cadastro de infratores, nos moldes debatidos, tende a listar tão somente pessoas jurídicas condenadas administrativamente pelo ente regulador, relativizando a necessidade de indicação de um encarregado pelas operações de tratamento de dados pessoais – art. 23, III, da Lei n.º 13.709/2018 (Brasil, 2018c). Contudo, o tratamento de dados pessoais nessa espécie de instrumento, embora não usual, é legalmente possível²⁰⁴ – art. 7º, II e III, da Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018c).

Havendo qualquer tratamento de dados identificáveis de pessoas físicas – como microempreendedor individual (MEI), autônomos, sócios ou responsáveis técnicos –, em vista da considerável quantidade de empresas individuais em determinados segmentos econômicos, cujos dados comerciais coincidem com seus dados pessoais, se aplica a exigência legal de

finalizado o processo administrativo destinado à sua caracterização, a aplicação das infrações administrativas pode ser objeto de ampla divulgação pelas Autoridades Públicas” (Brasil, 2020a, p. 14).

²⁰³ O entendimento em comento foi primeiramente externalizado, *mutatis mutandis*, pela Procuradora-Geral da República à época do julgamento da ADPF n.º 509/DF (Brasil, 2018a).

²⁰⁴ Contanto que devidamente fundamentada a necessidade, adequação e finalidade do tratamento de dados, em consonância com os demais princípios elencados no art. 6º, da Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018c).

indicação de um encarregado²⁰⁵ apto (i) a garantir a conformidade do instrumento regulatório com a LGPD, (ii) a responder às solicitações dos titulares – como pedidos de correção, anonimização ou exclusão de informações –, e (iii) a atuar junto à ANPD, caso haja questionamentos sobre a legalidade do cadastro.

Em outro vértice, a conformação legal fornecida pela legislação correlata implica que a formatação do cadastro público comporte a interoperabilidade desse sistema no bojo da própria Administração – art. 3º, XIV, da Lei n.º 14.129/2021 – e que lance mão de uma linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão – art. 3º, VII, da Lei n.º 14.129/2021, e art. 8º, § 3º, I, da Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2011a, 2021c). Por fim, é imprescindível a definição regulamentar da periodicidade da atualização da base de dados do cadastro – art. 8º, § 3º, VI, da Lei n.º 12.527/2011 –, com a manutenção do histórico, de forma a garantir a perenidade de dados, a padronização de estruturas de informação e o valor dos dados à sociedade – art. 29, VI, da Lei n.º 14.129/2021 (Brasil, 2011a, 2021c).

3.4 SÍNTESE DO CAPÍTULO III

Ao longo do capítulo III, enquadraram-se os instrumentos regulatórios em gêneros mais amplos, a fim de explicitar as necessárias balizas de legalidade a cada qual. Viu-se que a estruturação de uma abordagem responsiva na regulação exige cuidadosa conformação ao regime jurídico-administrativo vigente. A partir da análise de cada mecanismo regulatório, verificou-se que a compatibilidade entre os instrumentos responsivos e o princípio da legalidade requer a observância de limites formais — como o respeito à hierarquia normativa, à competência legalmente atribuída e aos mecanismos de participação procedimental — e materiais, derivados do conteúdo vinculante dos direitos fundamentais e do regime de Direito Público que rege as agências reguladoras.

Neste ponto, convém uma síntese articulada dos principais parâmetros delineados, a fim de orientar a atuação do gestor público que vise estruturar uma abordagem responsiva na esfera de sua competência. Não custa lembrar que, para a implementação de cada instrumento específico, recomenda-se a consulta ao respectivo subcapítulo, onde se encontram detalhadas as exigências normativas particularmente incidentes.

Inferiu-se que, para que a agência reguladora possa validamente implementar instrumentos administrativos aderentes à lógica responsiva, impõe-se a observância de alguns

²⁰⁵ Pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD – art. 5º, VIII, da Lei Geral de Proteção de Dados (Brasil, 2018c).

requisitos: (i) estruturação por intermédio de regulamento (art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em homenagem ao dever de segurança jurídica do ente público; (ii) precedência de análise de impacto regulatório (art. 6º, da Lei n. 13.848/2019); (iii) submissão da matéria à participação social (art. 9º a 13 da Lei n. 13.848/2019); (iv) publicização das reuniões deliberativas (art. 8º da Lei n. 13.848/2019) e decisão em caráter colegiado (art. 7º da Lei n. 13.848/2019); (v) publicação oficial do regulamento (art. 68, inciso II, do Decreto n.º 12.002/2024) e sua divulgação no plano de comunicação da agência (art. 16, da Lei n. 13.848/2019), sem prejuízo da ampla comunicação das medidas implementadas por outros meios, com o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão (art. 3º, IV e VII, da Lei n. 14.129/2021); (vi) base legal autorizadora suficiente, especialmente em casos de delegação de funções fiscalizatórias ou de imposição de obrigações aos particulares, os quais exigem remissão legal específica e explícita; (vii) previsão no regulamento dos procedimentos, vedações e requisitos de aplicabilidade de cada instrumento, bem como dos fatores de *discrímen* no tratamento dos regulados, a fim de prevenir violações à isonomia e à impessoalidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para fins de clareza e organização, as conclusões estão sistematizadas conforme os capítulos específicos da dissertação e posteriormente reunidas em uma síntese conclusiva geral.

O primeiro capítulo delimitou as bases teóricas da regulação estatal, com especial atenção aos fundamentos que justificam a sua adoção – a correção de falhas de mercado e a promoção da solidariedade social e dos direitos fundamentais – e à descrição das categorias conceituais que viriam a agremiar os instrumentos regulatórios no derradeiro capítulo (estabelecimento de padrão, coleta de informações e indução de comportamentos).

A partir dessa plataforma conceitual, compreendeu-se a regulação responsiva em contraste com o modelo tradicional de comando e controle. A nível de resposta à irregularidade administrativa, verificou-se que, diversamente do modelo de comando e controle, a regulação responsiva (i) dispõe da legitimidade advinda da atividade orientativa e persuasiva inicialmente intentada, (ii) parte de premissas bottom-up ao agregar o agente privado à regulação, em contraste àquela top-down, e, por fim, (iii) lida de modo flexível com o âmbito motivacional dos regulados racionais, em detrimento de proceder à mera subsunção uniforme da norma ao fato.

Verificou-se, ainda, que os desenvolvimentos mais recentes da regulação responsiva – informados por aportes da regulação inteligente, da regulação baseada em riscos e da regulação verdadeiramente responsiva – também oferecem diretrizes para o campo da fiscalização, isto é, anterior à constatação das infrações.

Em contraposição à metodologia de fiscalização indiscriminada, típica do comando e controle, a abordagem responsiva propõe, ao menos, dois princípios orientadores das atividades de monitoramento regulatório: (i) a priorização, mediante a fiscalização diferenciada (assimétrica) dos agentes regulados, com base em critérios como histórico de conformidade ou grau de risco regulatório, permitindo sua organização em faixas de tratamento, e (ii) a cooperação, por meio de mecanismos de monitoramento que agreguem terceiros à regulação, seja mediante a escuta qualificada de sugestões dos regulados para o aprimoramento dos instrumentos fiscalizatórios, seja por intermédio da execução cooperativa de procedimentos de monitoramento, inclusive com a delegação de determinados atos fiscalizatórios.

No segundo capítulo, por intermédio de uma retomada histórica do contexto de inauguração do Estado regulador nos moldes contemporâneos, pôde-se compreender que o

modelo de regulação de comando e controle adotado no Brasil em meados da década de 1990 buscava responder, ao menos, a três vetores considerados problemáticos à época: (i) à crise fiscal, (ii) ao esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado e (iii) à forma de administração pública burocrática. Verificou-se que, em balanço retrospectivo, o referido modelo não logrou a pretendida conformidade legal e regulamentar dos regulados na variedade de setores abertos ao capital privado.

Constatou-se que, diante desse cenário, as agências reguladoras brasileiras iniciaram uma progressiva incorporação de instrumentos responsivos como estratégia de aperfeiçoamento do modelo tradicional de comando e controle, também com o propósito de alinhar a atividade regulatória a valores como a transparência, a proporcionalidade e a eficiência.

Incursionou-se em três experiências marcantes de regulação responsiva no seio das agências reguladoras – Anac, Anatel e Aneel –, a fim de aferir (i) em quais momentos regulatórios a regulação responsiva fora utilizada pelas agências reguladoras – definição do padrão; coleta de informações ou alteração das condutas –, (ii) quais instrumentos regulatórios a tem conformado e (iii) quais os apontamentos e discussões de legalidade pautaram a sua estruturação. Ademais, o levantamento documental das iniciativas responsivas nas três agências contribuiu para sistematizar, de forma concentrada, a trajetória institucional da abordagem responsiva, facilitando futuras pesquisas sobre o tema.

Inferiu-se que a regulação responsiva foi utilizada em todas as fases regulatórias, seja na definição de padrão (autorregulação regulada da Anatel), seja na coleta de informações (fiscalização assimétrica da Aneel), seja na alteração de condutas (margens de tolerâncias e instrumentos consensuais da Anac). A análise de atos normativos e de processos regulatórios específicos – como o Processo do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) n.º 53500.205186/2015-10/Anatel – permitiu identificar os principais pontos de atenção dos órgãos consultivos do Executivo federal, bem como das deliberações dos colegiados das agências. As preocupações de legalidade do segundo capítulo – sobretudo aquelas expressas pelas procuradorias federais especializadas – serviram de base para a problematização jurídica do capítulo seguinte, que buscou enfrentar tais questões.

O terceiro capítulo, por sua vez, sistematizou os instrumentos regulatórios deduzidos da teoria e da prática analisada, culminando nas categorias de autorregulação privada, autorregulação regulada, fiscalização assimétrica, delegação de atos fiscalizatórios, sanções premiais, margem de tolerância administrativa, acordos administrativos e sanções reputacionais. Foram agrupados os instrumentos segundo sua função predominante –

definição de padrão, fiscalização/coleta de informações e modificação de comportamentos –, com vistas a conferir maior precisão jurídica à confirmação de legalidade.

Ao fim, a hipótese inicialmente formulada, quanto à existência de fundamentos normativos sólidos para a estruturação da abordagem responsiva em âmbito pátrio, se confirmou. Concluiu-se que o ordenamento jurídico pátrio, especialmente diante da abertura legislativa, doutrinária e jurisprudencial à consensualidade administrativa e à instrumentalidade das sanções, bem como - mas não apenas - face à edição das Leis nº 13.655/2018 e Lei n. 13.848/2019, dispõe de balizas sólidas para a operacionalização de uma abordagem responsiva na seara das agências reguladoras brasileiras, haja vista a viabilidade de implementação da maior parte do *toolkit* regulatório analisado, desde que respeitados certos parâmetros legais.

Dentre esses parâmetros, destacam-se, de forma geral, a: (i) estruturação por intermédio de regulamento (art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em homenagem ao dever de segurança jurídica do ente público; (ii) precedência de análise de impacto regulatório (art. 6º, da Lei n. 13.848/2019); (iii) submissão da matéria à participação social (art. 9º a 13 da Lei n. 13.848/2019); (iv) publicização das reuniões deliberativas (art. 8º da Lei n. 13.848/2019) e decisão em caráter colegiado (art. 7º da Lei n. 13.848/2019); (v) publicação oficial do regulamento (art. 68, inciso II, do Decreto n.º 12.002/2024) e sua divulgação no plano de comunicação da agência (art. 16, da Lei n. 13.848/2019), sem prejuízo da ampla comunicação das medidas implementadas por outros meios, com o uso de linguagem clara e compreensível a qualquer cidadão (art. 3º, IV e VII, da Lei n. 14.129/2021); (vi) base legal autorizadora suficiente, especialmente em casos de delegação de funções fiscalizatórias ou de imposição de obrigações aos particulares, os quais exigem remissão legal específica e explícita; (vii) previsão no regulamento dos procedimentos, vedações e requisitos de aplicabilidade de cada instrumento, bem como dos fatores de *discrímen* no tratamento dos regulados, a fim de prevenir violações à isonomia e à impessoalidade.

Assim, inferiu-se a desnecessidade de flexibilização arbitrária da legalidade para a estruturação de uma abordagem responsiva. Isso porque a ordem jurídica já admite genericamente a possibilidade de (a) acordos administrativos substitutivos de sanção; (b) exercício da autorregulação pelos agentes privados; (c) tratamento diferenciado, a nível de fiscalização e sanção, a agentes econômicos cujo risco regulatório e histórico de conformidade seja discrepante; (d) incentivos diversos da seara econômica (ex. *nudge* reputacional, seja positivo - sanção premial -, seja negativo - naming and shaming), sem o sacrifício dos postulados da segurança jurídica e da impessoalidade. Ademais, apesar da

controvérsia jurisprudencial e doutrinária, vislumbrou-se também a viabilidade de delegação de certos atos da regulação a terceiros.

Deste modo, o trajeto para a averiguação da hipótese inicial demonstrou, ainda, que os instrumentos administrativos convergentes com uma concepção responsiva não são, em sua maioria, estranhos à Administração Pública brasileira. Embora adstritos a determinados contextos e setores, logrou-se apresentar diversos exemplos funcionais de regulação por incentivos no âmbito das agências reguladoras - os quais, repisa-se, não excluem a sanção como mecanismo efetivo de ordenação administrativa.

Aliás, em nenhum dos casos analisados foi descartada a sanção pecuniária como uma das principais engrenagens da engenharia regulatória. Relewa destacar que o ponto nevrálgico desta pesquisa foi viabilizar a complementação dos mecanismos tradicionais de dissuasão administrativa, inclusive a fim de conferir-lhes mais efetividade quando utilizados, com instrumentos responsivos que atuem sobre esferas motivacionais distintas. Até porque, com isso, torna-se mais factível a realização dos fins regulatórios e, com efeito, a concretização dos direitos fundamentais. Em última análise, a conformação de legalidade da abordagem responsiva — concebida, em sua origem, à margem das amarras do Direito Público — não apenas a legitima frente ao ordenamento jurídico, mas a reconduz ao seu verdadeiro propósito: ser meio para a realização do interesse público e instrumento qualificado do regime jurídico-administrativo.

Por fim, sublinha-se que a delimitação desta investigação à etapa de modelagem legal de uma abordagem responsiva não apenas não exclui, como reforça a especial necessidade de aprofundamento científico na etapa subsequente à positivação dos instrumentos responsivos — ou seja, sua implementação na prática administrativa. O ponto de inflexão identificado, a partir das observações dos avaliadores durante a arguição da banca de defesa, foi a relevância de investigações empíricas sobre a condução material de processos regulatórios responsivos, ainda que em contextos distintos das agências reguladoras. Afinal, a legislação e o regramento administrativo não determinam, por si sós, o conteúdo efetivo do Direito. Adentrar a esfera prática da atuação do regulador responsivo constitui, portanto, a missão que se impõe às pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, n. 10, p. 1-50, 1997. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/556>. Acesso em: 8 abr. 2025.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer n.º 00108/2017/PF-Aneel/PGF/AGU**. Brasília, DF, 2017a.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer n.º 00496/2020/PF-ANATEL/PGF/AGU**. Cuida de Proposta de regulamento de fiscalização regulatória. Brasília, DF, 14 jul.2020.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer n.º 00554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU**. Cuida de proposta de consulta pública de regulamento de fiscalização regulatória. Brasília, DF, 12 set. 2016.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Parecer n.º 00964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**. Cuida de normatização e regulamentação e outros. Brasília, DF, 8 dez. 2017b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). **Diretrizes para a qualidade regulatória**. Brasília, DF: Anac, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Instrução Normativa n.º 154, de 20 de março de 2020. Estabelece as diretrizes e os procedimentos para o processo regulatório e a melhoria contínua da qualidade regulatória. **Boletim de Pessoal e Serviço**: Brasília, DF, 24 mar. 2020a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). **Plano de Supervisão da Segurança Operacional 2020-2022**. Brasília, DF: Anac, 2019a.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). **Plano Estratégico 2020-2026**. Brasília, DF: Anac, 2019b.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). **PSOE: Programa de Segurança Operacional Específico**. Brasília, DF: Anac, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.º 472, de 6 de junho de 2018. Estabelece providências administrativas decorrentes das atividades de fiscalização no âmbito da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária. **DOU**: Brasília, DF, 8 jun. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.º 599, de 14 de dezembro de 2020. Dispõe sobre o rito do processo administrativo para apuração de infrações cometidas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária. **DOU**: Brasília, DF, 15 dez.

2020b.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Nota Técnica n.º 1/2016–SFG/Aneel**. Brasília, DF: Aneel, 2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). **Nota Técnica n.º 217/2015-SFE/Aneel**: metodologia para o monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo das distribuidoras e das transmissoras de energia elétrica. Brasília, DF: Aneel, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa n.º 846, de 11 de junho de 2019. Aprova procedimentos, parâmetros e critérios gerais da fiscalização da Agência Nacional de Energia Elétrica. **DOU**: Brasília, DF, 13 jun. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa n.º 1.008, de 15 de março de 2022. Dispõe sobre a Conta Escassez Hídrica, as operações financeiras, a utilização do encargo tarifário da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE para estes fins e os procedimentos correspondentes. **DOU**: Brasília, DF, 18 mar. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa n.º 63, de 12 de maio de 2004. Aprova procedimentos para regular a imposição de penalidades aos concessionários, [...] pela comercialização de energia elétrica e pela gestão de recursos provenientes de encargos setoriais. **DO**: Brasília, DF, 13 maio 2004.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Análise n.º 52/2021/MM do Processo n.º 53500.205186/2015-10**. Brasília, DF: Anatel, 2021a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Informe n.º 3/2016/SEI/COQL/SCO do Processo n.º 53500.205186/2015-10**. Brasília, DF: Anatel, 2016a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Memorando n.º 58/2017/SEI/AD do Processo n.º 53500.205186/2015-10**. Brasília, DF: Anatel, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Processo n.º 53500.205186/2015-10**. Brasília, DF: Anatel, 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Portaria n.º 2.705, de 4 de outubro de 2023. Aprova o Procedimento de Fiscalização para subsidiar a elaboração do Ranking de Acessibilidade estabelecido no Regulamento Geral de Acessibilidade em Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo (RGA), aprovado pela Resolução n.º 667, de 30 de maio de 2016, e nos termos do Manual Operacional do RGA (MORGA). **Boletim de Serviço Eletrônico**: Brasília, DF, 25 out. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Processo n.º 53500.007953/2019-42**. Brasília, DF: Anatel, 2019a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Relatório Anual 2015**. Brasília, DF: Anatel, 2016b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Relatório de Análise de Impacto Regulatório**: evolução do modelo de acompanhamento, fiscalização e controle. Brasília, DF: Anatel, 2016c.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução Anatel n.º 632, de 7 de março de 2014. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. **DOU**: Brasília, DF, 10 mar. 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução Anatel n.º 746, de 22 de junho de 2021. Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória. **DOU**: Brasília, DF, 23 jun. 2021b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução Anatel n.º 749, de 15 de março de 2022. Aprova o Regulamento de Numeração dos Serviços de Telecomunicações e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 18 mar. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 460, 19 de março de 2007. Aprova o Regulamento Geral de Portabilidade – RGP. **DOU**: Brasília, DF, 21 mar. 2007.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 574, 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM). **DOU**: Brasília, DF, 31 out. 2011a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 575, de 28 de outubro de 2011. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP e altera o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, aprovado pela Resolução n.º 477, de 7 de agosto de 2007, e alterado pelas Resoluções n.º 491, de 12 de fevereiro de 2008, n.º 509, de 14 de agosto de 2008, n.º 564, de 20 de abril de 2011 e n.º 567, de 24 de maio de 2011. **DOU**: Brasília, DF, 31 out. 2011b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 589, de 7 de maio de 2012. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. **DOU**: Brasília, DF, 10 maio 2012a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 600, de 8 de novembro de 2012. Aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC). **DOU**: Brasília, DF, 12 nov. 2012b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 612, de 29 de abril de 2013. Aprova o Regimento Interno da Anatel. **DOU**: Brasília, DF, 2 maio 2013a.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 629, de 16 de dezembro de 2013. Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC). **DOU**: Brasília, DF, 18 dez. 2013b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 667, de 30

de maio de 2016. Aprova o Regulamento Geral de Acessibilidade em Serviços de Telecomunicações de Interesse Coletivo. **DOU**: Brasília, DF, 31 maio 2016d.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução n.º 717, de 23 de dezembro de 2019. Aprova o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações - RQUAL. **DOU**: Brasília, DF, 26 dez. 2019b.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Acórdão n.º 233, de 2021. Trata o presente Acórdão de recurso voluntário (SEI n.º 1169958) interposto pela empresa Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina – CIDASC, [...] que lhe aplicou a penalidade de multa pecuniária no valor total de R\$ 257.730,00 (duzentos e cinquenta e sete mil setecentos e trinta reais) pelo cometimento das infrações tipificadas nos incisos XVII, XXII, XXXII e XXXIII do art. 32 da Resolução n.º 3.274-ANTAQ. **DOU**: Brasília, DF, 18 maio 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). Resolução ANP n.º 848, de 14 de julho de 2021. Dispõe sobre a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC relativo ao descumprimento da cláusula de conteúdo local de contratos de exploração e produção de petróleo extintos ou com fases encerradas. **DOU**: Brasília, DF, 15 jul. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). Resolução ANP n.º 963, de 12 de dezembro de 2023. Dispõe sobre os requisitos e procedimentos para a acreditação de organismos de certificação de conteúdo local de bens e serviços pela ANP. **DOU**: Brasília, DF, 13 dez. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e governança no Brasil. SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: o que foi feito e o que falta fazer**. Rio de Janeiro: Ipea, 2005, p. 127-161.

ARANHA, Márcio Iorio *et al.* **Estudo com a proposta, para a temática escolhida pela Diretoria Colegiada da Anac, de modelagem regulatória baseada em mecanismos de incentivos**. Brasília, DF: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2021a.

ARANHA, Márcio Iorio *et al.* **Estudo sobre abordagem comando-e-controle e teorias da regulação apoiadas em incentivos, com ênfase na regulação responsiva e seus fundamentos**. Brasília, DF: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2021b.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 9. ed. Londres: L'accademia Publishing, 2024.

ARANHA, Márcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. **Estudo sobre teorias jurídicas da regulação apoiadas em incentivos**. Brasília, DF: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações, 2019.

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

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Risk-Based Regulation. **Law and Policy**, v. 32, n. 2, p. 181-210, 2010.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BARDACH, Eugene; KAGAN, Robert. **Going by the Book: The Problem with Regulatory Unreasonableness**. Philadelphia: Temple University Press, 1982.

BEZERRA, Tito Livio Guedes. **A fiscalização responsiva no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel**. 2022. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2022.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRAITHWAITE, John, *et al.* **Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid**. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.

BRAITHWAITE, John. **Crime, Shame and Reintegration**. New York: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John. **Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

BRAITHWAITE, John. Responsive Regulation and Developing Economies. **World Development**, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University, 2002.

BRAITHWAITE, John. The Essence of Responsive Regulation, Fasken Lecture. **UBC Law Review**, v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011.

BRAITHWAITE, John. **To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.

BRAITHWAITE, John; MAKKAI, Toni. Reintegrative Shaming and Compliance with Regulatory Standards. **Criminology**, v. 32, p. 361-385, 1994.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC n.º 360, de 23 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o regulamento técnico de rotulagem nutricional de alimentos

embalados. **DOU**: Brasília, DF, 26 dez. 2003.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Resolução CD/ANPD n.º 1, de 28 de outubro de 2021. Aprova o Regulamento do Processo de Fiscalização e do Processo Administrativo Sancionador no âmbito da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **DOU**: Brasília, DF, 29 out. 2021a.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Instrução Normativa n.º 4, de 21 de fevereiro de 2020. 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, [...] desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa. **DOU**: Brasília, DF, 26 fev. 2020a.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria n.º 349, de 28 de novembro de 1997. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. **DOU**: Brasília, DF, 2 dez. 1997a.

BRASIL. Ministério Público Federal. Ofício n.º 113/2016/SE/3CCR. Brasília, DF, 16 jun. 2016a.

BRASIL. Ministério Público Federal. Parecer n.º 159/2018 – SFCONST/PGR. Sistema Único n.º 140.727/2018. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 509/DF. Brasília, DF, 2 jul. 2018a.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995a.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 10.411, 30 de junho de 2020. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019. **DOU**: Brasília, DF, 1 jul. 2020b.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 12.002, de 22 de abril de 2024. Estabelece normas para elaboração, redação, alteração e consolidação de atos normativos. **DOU**: Brasília, DF, 23 abr. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n.º 2.181, 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n.º 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 21 mar. 1997b.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 3.365, 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **DOU**: Rio de Janeiro, RJ, 18 jul. 1941.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **DO**: Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.

BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional n.º 109, de 15 de março de 2021. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal [...] e suspende condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da Covid-19. **DOU**: Brasília, DF, 16 mar. 2021b.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **DOU**: Brasília, DF, 13 jul. 2001a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **DOU**: Brasília, DF, 1 nov. 2001b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**: Brasília, DF, 11 jan. 2002a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, [...] e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 29 abr. 2002b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **DOU**: Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 28 set. 2005.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **DOU**: Brasília, DF, 23 dez. 2009a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º [...]; e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 18 nov. 2011a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 12.529, de 18 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...]; e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 30 nov. 2011c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; [...] e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 4 nov. 2017a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **DOU**: Brasília, DF, 26 abr. 2018b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **DOU**: Brasília, DF, 15 ago. 2018c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, [...] e a Lei n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. **DOU**: Brasília, DF, 26 jun. 2019a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; [...] e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 20 set. 2019b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **DOU**: Brasília, DF, 24 dez. 2019c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei n.º 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017. **DOU**: Brasília, DF, 30 mar. 2021c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 14.368, de 14 de junho de 2022. Altera as Leis n.ºs 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), [...] e 8.666, de 21 de junho de 1993. **DOU**: Brasília, DF, 15 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 14.600, de 19 de junho de 2023. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; [...] e 14.074, de 14 de outubro de 2020. **DOU**: Brasília, DF, 20 jun. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 4.150, de 21 de novembro de 1962. Institui o regime obrigatório de preparo e observância das normas técnicas nos contratos de obras e compras do serviço público de execução direta, concedida, autárquica ou de economia mista, através da Associação Brasileira de Normas Técnicas e dá outras providências. **DOFC**: Brasília, DF, 11 fev. 1963.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 6.384, de 7 de dezembro de 1976. Regula a eleição para prefeito, vice-prefeito e vereadores, nos municípios que deixaram de fazê-la no dia 15 de novembro de 1976. Lei n.º 7.347/1985. **DOFC**: Brasília, DF, 7 dez. 1976.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a

bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 25 jul. 1985.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **DOU**: Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 12 set. 1990a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 14 fev. 1995b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 27 set. 1995c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 27 dez. 1996.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.457, de 5 de maio de 1997. Altera dispositivos da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **DOU**: Brasília, DF, 6 maio 1997c.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. **DOU**: Brasília, DF, 17 jul. 1997d.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 7 ago. 1997e.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 10 set. 1997f.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **DOU**: Brasília, DF, 24 set. 1997g.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 13 fev. 1998a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, [...] e de suas subsidiárias e dá outras

providências. **DOU**: Brasília, DF, 27 maio 1998b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **DOU**: Brasília, DF, 1 fev. 1999a.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.847, de 26 de outubro de 1999. Dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 27 out. 1999b.

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 9.933, de 20 de dezembro de 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. **DOU**: Brasília, DF, 21 dez. 1999c.

BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória n.º 1.055, de 28 de junho de 2021. Institui a Câmara de Regras Excepcionais para Gestão Hidroenergética com o objetivo de estabelecer medidas emergenciais para a otimização do uso dos recursos hidroenergéticos e para o enfrentamento da atual situação de escassez hídrica, a fim de garantir a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no País. **DOU**: Brasília, DF, 28 jun. 2021d.

BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória n.º 155, de 15 de março de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **DO**: Brasília, DF, 16 mar. 1990b.

BRASIL. Presidência da República. Resolução n.º 2, de 2021-CN. Altera disposições da Resolução n.º 01/2006-CN, para ampliar a transparência da sistemática de apresentação, aprovação e execução orçamentária referente às emendas de relator-geral. **DOU**: Brasília, DF, 2 dez. 2021e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Segunda Turma. Recurso Especial n.º 1.670.907/RS. **DJe**: Brasília, DF, 13 ago. 2019d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.587.457/SP. Brasília, DF, 28 jun. 2018d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 1778145/SC. Brasília, DF, 3 dez. 2019e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 964.982/SP. Direito processual penal. Agravo regimental. Habeas corpus. Acordo de não persecução penal. Requisitos não preenchidos. Agravo regimental não provido. **DJe**: Brasília, DF, 31 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 772.347/DF. Administrativo. Recurso especial. Omissão não configurada. Inexistência de violação ao artigo 535, II do CPC. Multa de trânsito. Nulidade de autos de infração. Equipamento eletrônico (radar fixo). Lavratura do auto de infração. Ausência de indicação do agente autuador. Art. 280 do CTB. Resolução do Contran. **DJ**: Brasília, DF, 17 abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.240.057/AC. Processual civil. Embargos de declaração. Vícios inexistentes. Análise de matéria constitucional. Competência do STF. (Administrativo. Contrato administrativo. Rescisão unilateral. Indenização por lucros cessantes. Cabimento.). **DJe**: Brasília, DF, 28 jun. 2011b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 596.764/MG. Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Termo de ajustamento de conduta. Não obrigatoriedade de o ministério público aceitá-lo ou de negociar suas cláusulas. Inexistência de direito subjetivo do particular. **DJe**: Brasília, DF, 23 maio 2012a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 817.534/MG. Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade. **DJe**: Brasília, DF, 10 nov. 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717/DF. [ementa]. **DJ**: Brasília, DF, 7 nov. 2002c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.923. Brasília, DF, 2018e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 509/DF. **DJe**: Brasília, DF, 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 539.224. **DJe**: Brasília, DF, 18 jun. 2012b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 633.782. **DJe**: Brasília, DF, 26 out. 2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898.450/SC. **DJe**: Brasília, DF, 31 maio 2017b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1.970/2017 – Plenário. Processo n.º 029.688/2016-7. **TCU** [online], Brasília, DF, 6 set. 2017c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 4.547/2020 – Plenário. Processo n.º 000.123.456/2020-1. **TCU** [online], Brasília, DF, 19 maio 2020e.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 651/2016 – Plenário. Processo n.º 000.789.012/2016-5. **TCU** [online]: Brasília, DF, 24 fev. 2016b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 729/2020 – Plenário. Processo

n.º 024.820/2018-0. **TCU** [online]: Brasília, DF, 1 abr. 2020f.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. A crise da América Latina: consenso de Washington ou

crise fiscal? **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 21, n. 1, p. 3-24, 1991.

CÂMARA, Rafael Rodrigues Pessoa de Melo. Funções de autoridade pública: sobre a constitucionalidade de sua delegação a particulares e a análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 280, de 2017. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 4, n. 1, p. 63-78, 2018.

CÂMARA, Rafael Rodrigues Pessoa de Melo. **Participação privada no exercício de funções de autoridade pública**: análise comparada da experiência brasileira e estadunidense. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2021.

CARVALHO, Luiz Carlos Pereira de. **Teoria da firma**: a produção e a firma: manual de economia. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Daniel Guimarães Medrado de. Direito Administrativo sancionador: reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância. **Revista Ajuris**, v. 42, n. 137, p. 173-187, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n.º 105, 6 de abril de 2010. Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. **DJE/CNJ**: Brasília, DF, 8 abr. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO (CONTRAN). Resolução n.º 738, de 6 de setembro de 2018. Estabelece os padrões e critérios para a instalação de travessia elevada para pedestres em vias públicas. **DOU**: Brasília, DF, 10 set. 2018.

COOPER, John Xiros. **Modernism and the Culture of Market Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Fundamentos do direito administrativo. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade De São Paulo, v. 72, n. 1, p. 299-317, 1977.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 162, p. 10-34, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 27-60.

DRAHOS, Peter. **Regulatory Theory**: Foundations and Applications. Canberra: ANU Press, 2017.

DUARTE, Paula da Cunha. Cadastros públicos e risco reputacional: como estimular empresas a adotarem comportamentos socialmente desejáveis através de nudges. In: PORTO, Antônio Maristrello; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro (orgs.). **Perspectivas da análise econômica do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 371-397.

EIDT, Elisa Berton. **Autocomposição na Administração Pública**: o desenvolvimento da consensualidade por meio das câmaras administrativas de prevenção e resolução de conflitos. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2023.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In*: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 141-169.

FERNANDES, Camilla de Andrade Gonçalves. **A reforma do modelo de fiscalização do setor elétrico brasileiro**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Gestão Pública) – Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, DF, 2018.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 276, p. 25-46, 2017.

FREITAS, Luciano Charlita de; ARANHA, Márcio Iório; MOURA FILHO, Ronaldo Neves. The Instrumentalization of Responsive Regulation and its Relative Efficiency: Experiences of the Brazilian National Telecommunications Agency. **Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital**, n. 4, p. 160-191, 2024.

FUJIWARA, Thomas; MACHADO, Eduardo Luiz; OLIVEIRA, Gesner. A experiência brasileira com agências reguladoras. *In*: MOTTA, Ronaldo Seroa da; SALGADO, Lucia Helena. **Marcos regulatórios no Brasil**: o que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: Ipea, 2005. p. 163-198.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat *et al.* **Estudos sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anac**. Brasília, DF: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2021.

GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A Fine is a Price. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 1-17, 2000.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de Derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GRISA, Cesar Jackson Junior. **Naming and Shaming no Brasil**: as listas e cadastros públicos como instrumentos de transparência na administração pública. 2024. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2024.

GUERRA, Sergio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 278, p. 135–169, 2018.

GUNNINGHAM, Neil. Environmental Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures. **Journal of Environmental Law**, v. 21, n. 2, p. 179-212, 2009.

GUNNINGHAM, Neil; JOHNSTONE, Richard. **Regulating Workplace Safety: systems and sanctions**. Oxford University Press: 1999.

HAINES, Fiona. Corporate Regulation: Beyond Punish or Persuade. **Oxford Socio Legal Studies**. Clarendon Press: 1992.

HAMPTON, Philip. **Reducing Administrative Burdens**: Effective Inspection and Enforcement. London: Her Majesty's Treasury, 2005.

HARRIS, Nathan. Shame in Regulatory Settings. In: DRAHOS, Peter (ed.). **Regulatory Theory**: Foundations and Applications. Canberra: ANU ePress, 2017. p. 59-75.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review** 457, v. 10, n. 8, p. 457-478, 1897.

HOOD, Christopher; ROTHSTEIN, Henry; BALDWIN, Robert. **The Government of Risk**: Understanding Risk Regulation Regimes. Oxford: Oxford University Press, 2001.

JOB, Jenny *et al.* Culture Change in Three Taxation Administrations: From Command-and-Control to Responsive Regulation. **Law & Policy**, v. 29, p. 84-101, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13-41, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 68, p. 15-61, 2005.

KOLIEB, Jonathan. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. **Monash University Law Review**, p. 136-162, 2015.

LAZZARINI, Marilena. A voz dos consumidores nas agências reguladoras. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patrícia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2009. p. 59-73.

LOBEL, Orly. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. **Minnesota Law Review**, n. 89, p. 343-470, 2004.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. O enraizamento da regulação de qualidade: fazer as perguntas difíceis é a resposta. In: PROENÇA, Jadir Dias; COSTA, Patricia Vieira da; MONTAGNER, Paula (org.). **Desafios da regulação no Brasil**. Brasília, DF: ENAP, 2006. p. 17-36.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACRORY, Richard. **Regulatory Justice**: Making Sanctions Effective, final report. London: Cabinet Office, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. **Revista Direito do Estado**, n. 1, v. 4, p. 23-38 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 228, p. 13-30, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parecer jurídico elaborado para a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA)**. São Paulo: [s. n.], 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 1, p. 175-201, 2018.

MARRARA, Thiago. O exercício do poder de polícia por particulares. **Revista de Direito Administrativo**, v. 269, p. 255-278, 2015.

MEDAUAR, Odete. **O direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e Direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, n. 3, p. 35-53, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MORGAN, Karen; MORGAN, Bronwen. **An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MURPHY, Kristina. **Moving towards a more effective model of regulatory enforcement in the Australian Taxation Office**. Centre for Tax System Integrity. Canberra, 2004.

NUNES, Cíntia Bezerra de Melo Pereira. Descumprimento da cláusula de conteúdo local por parte do concessionário: sanções impostas pela ANP. **Revista Direito e Energia**, v. 2, 2010.

NUNES, Edson; MOLHANO, Leandro; PEIXOTO, Vitor. **Agências reguladoras no Brasil**. Rio de Janeiro: Observatório Universitário, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; FERREIRA, Luiz Paulo. Responsividade no Direito Administrativo sancionador de agências reguladoras. **Consultor Jurídico**, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/pimenta-oliveira-administrativo-sancionador-agencia-s-reguladoras/>. Acesso em: 15 jul. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O modelo norte-americano de agências reguladoras e sua recepção pelo direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 47, p. 157-176, 2009.

OLIVEIRA, Rebecca Féo de; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. O princípio da insignificância no Direito Administrativo sancionador. **Revista do Direito**, v. 3, n. 62, p. 154-170, 2020.

OLIVEIRA, Robson Rocha de. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. **Saúde e Sociedade**, v. 23, n. 4, p. 1198-1208, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **Regulatory Enforcement and Inspections, Organization for Economic Cooperation and Development Best Practice Principles for Regulatory Policy**. Paris: OECD Publishing, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Regulação responsiva: a visão do TCU. **Jota**, 2023. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2023/10/11.10.2023-Regulacao-responsiva-a-visao-do-TCU.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.

PEREZ, Marcos Augusto. As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 5, p. 59-66, 2007.

PROSSER, Tony. Regulation and Social Solidarity. **Journal of Law and Society**, n. 33, p. 364-387, 2006.

QUINALIA, Cristiana Camarate Silveira Martins Leão. O papel do regulador de TICs e a persuasão do regulado na solução de problemas. **Jota**, 6 dez. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/mulheres-na-regulacao/o-papel-do-regulador-de-tics-e-a-persuasao-do-regulado-na-solucao-de-problemas>. Acesso em: 17 nov. 2024.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e agências reguladoras: reforma regulatória da década de 1990 e desenho institucional das agências no Brasil. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). **Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório**. Brasília, DF: Anvisa/Casa Civil da Presidência da República, 2009. p. 125-159.

REINO UNIDO. **Statutory Code of Practice for Regulators**. Londres: Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, 2007.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da Administração Pública: um estudo específico do silêncio administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, a. 16, n. 65, p. 109-133, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto. O Programa Nacional de Desestatização: aspectos relevantes da política de privatização. **Revista de Ciências da Administração**, v. 1, p. 43-59, 1998.

SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research on Regulation. *In*: NOLL, Roge (ed.). **Regulatory Policy and the Social Sciences**. Berkeley: University of California Press, 1985. p. 363-367.

SILVA, Antônio José e. **A regulação responsiva nas atividades de fiscalização da aviação civil brasileira**. 2022. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, 2022.

SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL). **Código de autorregulação das telecomunicações: estruturação do sistema de autorregulação no setor de telecomunicações no Brasil**. [S. l.]: SINDITELEBRASIL, 2020. Disponível em: https://conexis.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Co%CC%81digo-SART_Assinado.pdf. Acesso em: 17 nov. 2024.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 97-128.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? *In*: BARBIERI, Catarina Helena Cortada; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287-305.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

VAN ERP, Judith. Reputational Sanctions in Private and Public Regulation. **Erasmus Law Review**, v. 1, n. 5, p. 145-163, 2008.

VAN ERP, Judith. Shaming and Compliance. *In*: VAN ROOIJ, Benjamin; SOKOL, Daniel (ed.). **The Cambridge Handbook of Compliance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. p. 438-450.

VORONOFF, Alice Bernardo de Medeiros. **Por um discurso de justificação e aplicação para o Direito Administrativo sancionador no Brasil**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Supremacia do interesse público, direitos fundamentais e a proporcionalidade nos atos das agências reguladoras. **Revista Jurídica da Presidência**, Edição Comemorativa de 17 anos, p. 209-232, 2016.

WERHAN, Keith. Delegalizing administrative law. **University of Illinois Law Review**, v. 423, 1996.

YEUNG, Karen. **Securing compliance: A principled approach**. Hart Publishing: 2004.

ZUCCHINI, Luana Corina Medea Antonioli. **A importância da regulação responsiva no setor aéreo**. **Jota**, 30 out. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/aviacao-desafios-da-retomada/a-importancia-da-regulacao-responsiva-no-setor-aereo>. Acesso em: 27 nov. 2024.