

Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal

Autor
Mauro César Santiago Chaves

Orientador

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo.

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC



Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal

Mauro César Santiago Chaves

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Orientador:

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha
Oliveira

Banca examinadora:

Prof. Daniel de Andrade Oliveira Barral

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CHAVES, Mauro César Santiago. **Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais**: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal. 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília/DF, 2023.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Mauro César Santiago Chaves

TÍTULO: **Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais**: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal.

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste trabalho de conclusão de curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo das cópias e proibido o acesso a partes isoladas do conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Nome: Mauro César Santiago Chaves

e-mail: mauro.chaves@agu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a CHAVES, Mauro César Santiago

Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais:
recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-
Geral da União e do Poder Judiciário Federal / CHAVES, Mauro
César Santiago. – Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Controle da Desestatização e da Regulação. 2. Tema 2. 3.
Tema 3. I. Título.

CDU 02
CDD 020

Regulação Responsiva e Agências Reguladoras Federais: recorte jurídico-institucional sob a perspectiva da Advocacia-Geral da União e do Poder Judiciário Federal

Mauro César Santiago Chaves

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação, apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Brasília, 20 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Orientador
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Daniel de Andrade Oliveira Barral
Avaliador
Instituto Serzedello Corrêa
Escola Superior do Tribunal de Contas da União

Dedico este trabalho a Cátia, Vítor,
Beatriz e Isabela.

Agradecimentos

Felizmente, não percorri esta jornada sozinho e desejo expressar minha profunda gratidão a todos aqueles com quem compartilhei vivências, desafios e reflexões. É difícil medir o valor da ajuda que recebi, mas sei que sou devedor de cada um deles.

Agradeço, inicialmente, aos meus pais, Jerônimo e Lucília, pelas lições de que educação e trabalho árduos dignificam nossas vidas e nos permitem alcançar novos e melhores horizontes. Mais que as lições, os exemplos de toda uma vida transcendem o tempo e a memória.

Quero também agradecer a minha família pelo apoio incondicional, especialmente minha esposa, por estar sempre ao meu lado, sobretudo nos momentos mais difíceis. Sua inteligência e sensibilidade ainda me impressionam, mesmo após todos esses anos juntos. Aos meus filhos, agradeço o amor incondicional, a paciência, o carinho e a compreensão, mormente quando mais precisei me dedicar aos estudos.

Ao meu orientador, professor e amigo, Márcio Iório Aranha, expresso minha profunda gratidão. É redundante reafirmar suas qualidades acadêmicas, mas é preciso registrar, além de seu apoio, o privilégio de ser orientado por um dos maiores expoentes da Teoria da Regulação Responsiva no Brasil.

Ao longo desse percurso, a Advocacia-Geral da União teve um papel institucional fundamental, mesmo sabendo que o verdadeiro valor de uma instituição está nas pessoas com quem convivemos por intermédio dela. Assim, sou grato aos colegas de trabalho com quem convivi, especialmente a Guilherme de Azevedo, Theresa Amorim e Thomas Almeida.

Por fim, agradeço aos colegas, funcionários e professores da Escola Superior do Tribunal de Contas da União – Instituto Serzedello Corrêa –, pela oportunidade de realizar o curso, pela acolhida amistosa e pela riqueza de aulas, debates e reflexões construídos ao longo da especialização. Deixo aqui um agradecimento especial a todos, na pessoa da nossa querida Graça.

Resumo

Nos últimos anos, as agências reguladoras federais têm mudado sua abordagem regulatória de um modelo eminentemente baseado em técnicas de comando e controle para um modelo orientado a incentivos intrínsecos, com destaque para a Teoria da Regulação Responsiva, caracterizada por ser mais flexível e personalizada quanto à estrutura do setor regulado e aos comportamentos de seus agentes. Tal flexibilidade, contudo, tem gerado preocupações de alguns juristas sobre sua compatibilidade com os princípios constitucionais da administração pública. Este estudo analisa como a adoção da mencionada teoria pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela Advocacia-Geral da União e pelo Poder Judiciário Federal, considerando sua perspectiva regulatória mais flexível, especialmente quanto a sua compatibilidade com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e isonomia. A partir de uma pesquisa bibliográfica e da coleta de dados realizada por meio da aplicação de um questionário junto aos advogados públicos em exercício nas agências reguladoras federais, constata-se que ainda há poucas manifestações sobre a regulação responsiva e sua compatibilidade com os princípios constitucionais. Contudo, as manifestações proferidas destacam que não há obstáculos constitucionais ou legais para a adoção da teoria, desde que sejam adotados ajustes normativos e medidas preventivas de acordo com o caso concreto e o setor regulado. Quanto às decisões judiciais, apesar de serem poucas as que se referem explicitamente à Teoria da Regulação Responsiva, não há resistência interpretativa a sua adoção, desde que as decisões regulatórias sejam baseadas em uma interpretação razoável da lei e compatíveis com a Constituição.

Palavras-chave: Teoria da Regulação Responsiva; agências reguladoras federais; compatibilidade jurídica; Advocacia-Geral da União; Poder Judiciário Federal.

Abstract

In recent years, federal regulatory agencies in Brazil have been changing their regulatory approach from a predominantly "command and control" model to a model that is oriented towards intrinsic incentives, highlighting the Responsive Regulation Theory. This theory is characterized by being more flexible and tailored to the structure of the regulated sector and the behavior of those being regulated. However, this flexibility has raised concerns from some jurists regarding its compatibility with the constitutional principles of the Public Administration. This study examines how the adoption of the responsive regulation theory by federal regulatory agencies has been interpreted by the Attorneys Generals Office and the Federal Courts, considering its more flexible regulatory perspective, especially in relation to its compatibility with the principles of legality, impartiality, and equality enshrined in the Federal Constitution. A literature review and a survey administered to public lawyers working in the regulatory agencies subject to this study show that there are still few legal opinions about responsive regulation and its compatibility with constitutional principles. However, the expressions made highlight that there are no constitutional or legal obstacles to the adoption of this theory, provided that regulatory adjustments and preventive measures are adopted in accordance with the specific case and the regulated sector. With regard to judicial decisions, although there are few that explicitly refer to responsive regulation theory, there is no interpretative resistance to its adoption as long as regulatory decisions are based on a reasonable interpretation of the law and are compatible with the Constitution.

Keywords: Responsive Regulation Theory; Federal Regulatory Agencies; Legal Compatibility; Attorneys Generals Office; Federal Judiciary.

Lista de Figuras

Figura 1: Indicador composto: engajamento das partes interessadas no desenvolvimento de regulamentação subordinada – 2019

Figura 2: Pirâmide de estratégias regulatórias

Figura 3: Pirâmide de constrangimentos

Figura 4: Pirâmide de perfis dos regulados

Figura 5: Pirâmide de finalidades regulatórias

Figura 6: Pirâmide de pareamento entre perfis de regulados e tipos de justiça

Figura 7: Pirâmide de recompensas

Figura 8: Pirâmide de sanções

Figura 9: Pirâmide de regulação em rede

Figura 10: Diamante regulatório

Figura 11: Pirâmide de mecanismos regulatórios

Figura 12: Pirâmide tridimensional

Figura 13: Gráfico com os cargos dos advogados públicos que responderam ao questionário

Figura 14: Gráfico com percentual de respostas por procuradoria federal junto às agências reguladoras federais

Figura 15: Gráfico com percentual de advogados públicos respondentes que *já ouviram falar* na Teoria da Regulação Responsiva

Figura 16: Gráfico com percentual da fonte onde os advogados públicos respondentes obtiveram acesso, pela primeira vez, à Teoria da Regulação Responsiva

Figura 17: Gráfico com percentual de advogados públicos que já se manifestaram sobre a legalidade ou constitucionalidade da adoção da regulação responsiva

Figura 18: Gráfico com percentual de advogados públicos que têm conhecimento de manifestações jurídicas que analisaram a legalidade ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na *regulação responsiva*, proferidas pela Procuradoria em que atuam

Lista de Tabela

Tabela 1: Número total de advogados públicos por agência reguladora, quantidade de respostas recebidas e respectivo percentual por ente regulador

Lista de Abreviaturas e Siglas

- ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
- ACI – Aviso de Condição Irregular
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AGU – Advocacia-Geral da União
- AIR – Avaliação de Impacto Regulatório
- 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, Gás Natural e Biocombustíveis
- ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
- ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
- ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
- ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- CBA – Código Brasileiro de Aeronáutica
- CGU – Controladoria-Geral da União
- FUST – Fundo de Universalização de Telecomunicações
- GRIT – *Graduated Reciprocity in Tension Reduction*
- IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
- iREG – *Indicators of Regulatory Policy and Governance Brazil*
- ISC – Instituto Serzedelo Corrêa
- LGT – Lei Geral de Telecomunicações
- MPF – Ministério Público Federal
- MP-RS – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
- NDSR/UnB – Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
- NGP – Nova Gestão Pública
- NPM – *New Public Management*
- NUP – Número Único de Protocolo
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- PAC – Plano de Ações Corretivas
- PADO – Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações

PAR – Projeto Atuação Responsiva

PDRAE – Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado

PGF – Procuradoria-Geral Federal

PIGs – *Public Interests Groups*

RBAC – Regulamento Brasileiro da Aviação Civil

SIA – Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária

SCM – Serviço de Comunicação Multimídia

SeAC – Serviço de Acesso Condicionado

SEI – Sistema Eletrônico de Informações

SMP – Serviço Móvel Pessoal

STF – Supremo Tribunal Federal

STFC – Serviço Telefônico Comutado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TCU – Tribunal de Contas da União

TFT – *Tit for Tat*

TRF – Tribunal Regional Federal

Sumário

Introdução	17
1 Problema e justificativa	21
2 Objetivos	27
2.1 Objetivo geral.....	27
2.2 Objetivos específicos	27
3 Metodologia	28
4 Desenvolvimento	30
4.1 Direito, economia e regulação: por que analisar as relações entre teorias regulatórias e o arcabouço jurídico nacional?	30
4.2 Regulação responsiva: pressupostos e características	39
4.3 Controvérsias jurídicas e fundamentos constitucionais para adoção da regulação responsiva pelas agências reguladoras federais.....	59
4.4 Adoção de técnicas e estratégias da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais	69
4.5 Interpretação da AGU quanto à adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais.....	75
4.6 Como a adoção e a aplicação da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais têm sido analisadas pelo Poder Judiciário	113
Conclusão	123
Referências	126
Anexo – Pesquisa de Levantamento de Dados – Regulação Responsiva nas Agências Reguladoras Federais – Perspectivas Jurídicas	131

Introdução

As agências reguladoras federais no Brasil surgiram na década de 1990, em meio ao processo de privatização e abertura econômica pelo qual o Brasil atravessava. Tais agências foram criadas com o objetivo de regular os setores de infraestrutura que haviam sido privatizados, como energia elétrica, telecomunicações, transportes, entre outros. Originalmente, as estratégias regulatórias adotadas pelas agências reguladoras eram baseadas em técnicas eminentemente sancionatórias, ou seja, o controle e a fiscalização do cumprimento das normas eram realizados principalmente por meio de multas e penalidades, modelo também conhecido como de comando e controle. Esse modelo, no entanto, mostrou-se insuficiente para garantir a eficiência e a qualidade dos serviços regulados.

Com o passar do tempo, as agências reguladoras passaram a adotar novas estratégias regulatórias, mais voltadas à incorporação de incentivos intrínsecos aos agentes regulados. Essa nova abordagem consiste em criar mecanismos que estimulem o comportamento desejado dos agentes regulados, por meio de incentivos que tornem a regulação mais eficiente e efetiva e técnicas que busquem alinhar os interesses do regulador e do regulado em busca de objetivos comuns.

Assim, as agências reguladoras passaram a adotar uma abordagem mais orientada ao mercado, buscando estimular a competição, incentivar a inovação tecnológica e melhorar a qualidade dos serviços prestados aos usuários. Essa nova modelagem regulatória tem por objetivo criar um ambiente mais favorável aos investimentos e à expansão dos serviços prestados, garantindo ao mesmo tempo a proteção dos usuários e a melhoria da qualidade dos serviços.

Na transição paradigmática para um modelo regulatório que incorpora também incentivos intrínsecos, tem se destacado nos últimos anos a adoção de novas técnicas, instrumentos e ferramentas propostos pela Teoria da Regulação Responsiva (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). Ao contrário da estratégia de comando e controle, baseada eminentemente na imposição de normas e sanções, a Teoria da Regulação Responsiva utiliza uma abordagem mais flexível e adaptativa, a qual enfatiza a cooperação e a negociação entre regulador e agentes regulados.

No entanto, a regulação responsiva não se baseia exclusivamente em incentivos intrínsecos. Também se utiliza de sanções regulatórias, mas de forma

menos rígida. Essa teoria prevê que as sanções podem e devem ser adaptadas às circunstâncias específicas do caso e do perfil comportamental do agente regulado, considerando fatores relacionados à gravidade da conduta, ao histórico de conformidade do agente e às condições do mercado em que ele atua.

A nova modelagem regulatória exige monitoramento e avaliação constante das autoridades reguladoras para aprimoramento permanente das políticas e dos instrumentos regulatórios adotados, de forma a compreender como tais políticas e instrumentos estão funcionando na prática e adaptá-los conforme as necessidades do mercado e da sociedade. Assim, a regulação responsiva utiliza-se tanto de técnicas sancionatórias como de incentivos intrínsecos, ou seja, não se resume a um modelo de incentivos específico, mas a conjugação e adaptação de incentivos intrínsecos e extrínsecos, inter-relacionando suas técnicas e instrumentos regulatórios para melhor conformidade do agente regulado e do próprio mercado, em benefício da sociedade.

A flexibilidade e a adaptabilidade da teoria, contudo, têm gerado preocupação em alguns gestores e juristas pátrios quanto a sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia previstos no art. 37 da Constituição Federal brasileira. Como se sabe, a complexidade da regulação exige sua integração e interação com o ordenamento jurídico da sociedade. A regulação não pode ser vista apenas como um conjunto de normas isoladas, mas como parte de um sistema regulatório mais amplo que inclui leis, jurisprudência, práticas regulatórias, processos judiciais e outras instituições.

Como destaca Douglas North (1991, p. 97), as “regras do jogo” desempenham papel fundamental na economia e na sociedade. Isso significa que a regulação deve ser entendida como parte de um conjunto mais amplo de instituições que moldam o comportamento econômico e social. No entanto, a mera aplicação de teorias jurídicas tradicionais pode apresentar limitações para a solução de problemas complexos típicos das sociedades contemporâneas. Por isso é importante que as teorias regulatórias sejam avaliadas à luz do arcabouço jurídico nacional, levando em consideração as particularidades e os desafios da sociedade. A integração da regulação com o ordenamento jurídico nacional é fundamental para sua eficácia, legitimidade e aceitação pela sociedade.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo identificar e analisar como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Poder Judiciário Federal,

considerando sua perspectiva regulatória mais flexível, especialmente em face da sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Afinal, são esses os órgãos que vão apreciar a compatibilidade jurídica da adoção da Teoria da Regulação Responsiva com o sistema jurídico pátrio e em que condições tal teoria poderá ser adotada, favorecendo ou não sua institucionalização em cada setor regulado.

Para alcançar esse objetivo, um breve questionário foi elaborado e encaminhado a todos os procuradores em exercício nas procuradorias federais junto às 11 agências reguladoras federais para levantar dados e informações sobre manifestações jurídicas proferidas sobre casos que envolvam adoção ou aplicação da Teoria da Regulação Responsiva. Concomitantemente, foi realizada uma pesquisa na base de dados de jurisprudência unificada da Justiça Federal¹ com o intuito de identificar eventuais decisões judiciais que tenham apreciado questões ou controvérsias jurídicas relacionadas à adoção da regulação responsiva por órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal.

Os objetivos, a metodologia e os resultados desse levantamento serão expostos de forma mais detalhada ao longo deste trabalho. No tópico 1, serão apresentados o problema e a justificativa da pesquisa, em breve exposição sobre a trajetória das reflexões que levaram ao tema de pesquisa, destacando sua relevância e originalidade.

No tópico 2, serão apresentados os objetivos gerais e específicos da pesquisa, cujos procedimentos metodológicos adotados para alcançá-los estarão discriminados no tópico 3.

No tópico 4, será feito o desenvolvimento do trabalho, o qual foi subdividido em 6 subtópicos expostos a seguir.

O primeiro subtópico (4.1) traz uma breve exposição sobre a importância de se analisarem as relações entre direito, economia e regulação para ilustrar como as relações entre teorias regulatórias e o arcabouço jurídico nacional não apenas afetam os mercados, como também evitam consensos imprecisos, os quais, muitas vezes, limitam o debate econômico e regulatório a controvérsias equivocadas e pouco profícuas, como as que situam o Estado e o mercado como opostos inconciliáveis.

¹ O acesso a essa base de dados pode ser realizado no seguinte link da página na internet do Conselho da Justiça Federal: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>

No subtópico 4.2, são apresentados os principais aspectos da Teoria da Regulação Responsiva enquanto teoria regulatória preocupada em incorporar a lógica dos incentivos intrínsecos, sem menosprezar a importância da coerção extrínseca, além de algumas de suas técnicas regulatórias.

No subtópico 4.3, faz-se breve análise sobre os principais desafios jurídicos para a adoção das técnicas regulatórias recomendadas pela Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais e como tais desafios têm sido avaliados pelos recentes estudos jurídicos conduzidos a respeito do tema.

Em seguida, no subtópico 4.4, faz-se um levantamento para averiguar quais agências reguladoras federais estão adotando ou pretendem adotar as técnicas e estratégias regulatórias baseadas na Teoria da Regulação Responsiva. A partir desse levantamento, são identificadas algumas das principais mudanças regulatórias em andamento.

Os subtópicos 4.5 e 4.6, respectivamente, trazem uma análise de como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva tem sido interpretada pela AGU e, também, pelo Poder Judiciário Federal.

Por fim, a conclusão do trabalho sintetiza o atual estágio de interpretação relativo à adoção da Teoria da Regulação Responsiva no âmbito da AGU e do Poder Judiciário Federal, delineando tendências e sinalizando a compatibilidade da sua adoção com os princípios constitucionais analisados, desde que adotadas algumas cautelas jurídicas.

1 Problema e justificativa

O problema de pesquisa do presente trabalho pode ser resumido na seguinte questão: como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela Advocacia-Geral da União (AGU) – no caso, as unidades da AGU junto às agências reguladoras federais² – e pelo Poder Judiciário Federal em face dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988?

Apresenta-se a seguir breve exposição da trajetória de reflexões que levaram ao questionamento que deu origem a este trabalho, justificando sua relevância e originalidade.

As transformações sociais e econômicas ocorridas especialmente a partir da segunda metade do século XX nas economias ocidentais passaram a exigir um papel cada vez mais presente do Estado e, conseqüentemente, do direito na estruturação de economias de mercado mais eficientes. Nesse contexto, análises interdisciplinares sobre economia, direito e política tornaram-se necessárias para melhor compreensão das transformações sociais e institucionais em curso.

O Brasil também foi palco de grandes transformações políticas, sociais e econômicas nesse período. Para os fins que interessam a este trabalho, destacam-se as mudanças advindas do surgimento das agências reguladoras no final da década de 1990, decorrentes das propostas já em discussão em âmbito mundial que defendiam mudanças gerenciais na administração pública, em conjunto com reformas estruturais no campo da regulação, e a estruturação de novos arranjos institucionais com a criação de entidades reguladoras distintas dos órgãos da administração pública tradicional brasileira. Tal movimento, denominado Nova Gestão Pública, vigorou fortemente em escala global nas décadas de 1980 e 1990 com fortes repercussões até os dias atuais.

Em âmbito nacional, tal discussão pode ser mais bem compreendida com a análise da proposta de reforma administrativa concebida pelo Plano Diretor de

² Os órgãos jurídicos das agências reguladoras federais são as Procuradorias Federais, unidades descentralizadas da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU) a quem compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial, nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002 e dos artigos 17 e 18 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Reforma do Aparelho do Estado (Pdrae), que, entre outras mudanças, propôs a criação das agências regulatórias (BRASIL, 1998), responsáveis pelo fortalecimento da capacidade regulatória do Estado, particularmente sobre os setores objeto de privatização e nas atividades exploradas em regime de concessão.

Nesse contexto de transformação das atividades regulatórias estatais, foram criadas, desde 1995, onze agências reguladoras federais³ em diferentes setores⁴:

- I – Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel);
- II – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP);
- III – Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel);
- IV – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);
- V – Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS);
- VI – Agência Nacional de Águas (ANA);
- VII – Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);
- VIII – Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT);
- IX – Agência Nacional do Cinema (Ancine);
- X – Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);
- XI – Agência Nacional de Mineração (ANM).

Ao longo de quase três décadas, houve aprimoramento da regulação com diferentes intensidades, conforme as peculiaridades de cada setor e a maturidade institucional das respectivas agências, como se observa na adoção de consultas públicas, da avaliação de impacto regulatório (AIR) ou mesmo de novos modelos regulatórios distintos do modelo baseado exclusivamente em mecanismos sancionatórios, também conhecido como de comando e controle.

Quanto a este último aspecto, particularmente, têm sido observadas limitações ao modelo regulatório de comando e controle, o qual se baseia exclusivamente em incentivos extrínsecos, ou seja, aquele que se resume a mera aplicação de sanções, geralmente multas, em caso de descumprimento da regulação pelos agentes

³ A referência ao ano de 1995 decorre da promulgação das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, que mencionam expressamente a existência de órgãos reguladores nos setores de telecomunicações, bem como petróleo e gás, respectivamente.

⁴ Para fins deste trabalho, foram selecionadas apenas as agências reguladoras constantes do art. 2º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, em razão de suas características comuns relacionadas ao seu enquadramento jurídico de “natureza especial”, decorrentes da ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, da autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos.

regulados. Uma das limitações existentes pode ser ilustrada pelo processo nº 029.688/2016-7, em tramitação no Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do qual se realizou atividade de monitoramento da arrecadação de multas administrativas aplicadas pelas agências reguladoras e outros órgãos federais com atribuições de fiscalização e controle. No julgamento realizado pelo Plenário do Tribunal, em 6 de setembro de 2017, foram identificados “baixos valores financeiros arrecadados comparativamente às quantidades de multas arrecadadas” (TCU, 2017, p. 11)⁵.

No mesmo sentido são as conclusões do relatório técnico apresentado com o resultado da avaliação da capacidade institucional para regulação em agências reguladoras da área de infraestrutura do Brasil, elaborado pela Controladoria-Geral da União (CGU). Dentre as diferentes dimensões analisadas no relatório, a fiscalização obteve a seguinte conclusão:

No tocante à transparência e avaliação da efetividade da aplicação de penalidades e outros mecanismos decorrentes, como os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), observou-se que em 11 agências (47,8%) a pontuação obtida para esse item foi inferior a 1/3. Nesse sentido, há necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos relacionados ao processo sancionador, por exemplo, por meio de princípios como a regulação responsiva, segundo a qual as ações de fiscalização devem ser moduladas, dependendo no perfil e comportamento de negócios específicos. (OCDE, 2014a) [GONÇALVES *et al.* 2022, p. 201]

Diante desse contexto e considerando as diferentes alternativas e teorias regulatórias existentes, algumas agências reguladoras passaram a prever em suas resoluções e planos estratégicos o objetivo de adotar um modelo regulatório mais responsivo, ou seja, um modelo regulatório que incorporasse princípios e técnicas da Teoria da Regulação Responsiva (BRAITHWAITE, 1989).

Para citar alguns exemplos, a ANTT instituiu o Projeto Atuação Responsiva (PAR) para modernizar seu ambiente regulatório, unificar parâmetros de regulação e evitar conflitos judiciais com regulados. Isso foi oficializado pela Deliberação nº 246,

⁵ Quanto aos Acórdãos proferidos pelo TCU sobre as multas aplicadas por agências e órgãos reguladores, vale a pena transcrever a análise feita por Cardoso (2021, p. 158): “No Acórdão nº 1.970/2017 do Plenário do TCU, de 06 de setembro de 2017, que trata do acompanhamento da arrecadação de multas aplicadas pelos entes mencionados (com exceção do IBAMA e TCU), foi observado um percentual médio de 6,03% entre as multas aplicadas e as multas arrecadadas, entre 2011 e 2014. De maneira semelhante, o Acórdão nº 729/2020 do Plenário do TCU, de 1º de abril de 2020, assevera que os entes (incluindo o IBAMA, mas sem o TCU) apresentaram um índice de 2,37% de multas arrecadadas em relação às multas aplicadas, no período de 2015 e 2016.”

que incluiu a atuação responsiva como parte do Mapa Estratégico da ANTT para 2020-2030.

A Anatel também seguiu nesse sentido, editando resoluções que aprovavam diretrizes para adoção de mecanismos de regulação responsiva, conforme se observa da Resolução Interna nº 8/2021, que “aprova diretrizes para a elaboração da Agenda Regulatória e para o processo de regulamentação no âmbito da Agência”, e da Resolução Anatel nº 746/2021, que “aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória”. Tais resoluções estão em consonância com uma estratégia que já vinha sendo implantada pela agência, ao menos desde 2018, quando foi editado o *Manual de Boas Práticas Regulatórias* (ANATEL, 2018), o qual já recomendava a adoção da regulação responsiva como alternativa de ação não normativa.

Da mesma forma, a Anac tem buscado adotar a Teoria da Regulação Responsiva por meio do Projeto Regulação Responsiva, que pretende reavaliar o atual modelo regulatório da agência, alinhando-o ao seu plano estratégico para o período de 2020 a 2026 (ANAC, 2020), o qual orienta a agência a construir um modelo de regulação mais responsivo e inteligente.

Todavia, como destacam Oliveira e Ferreira Segundo (2022), a adoção da regulação responsiva pelas agências reguladoras federais requer atenção em face de alguns limites jurídicos. De acordo com os autores, a Teoria da Regulação Responsiva pressupõe uma flexibilidade na atuação do regulador que precisa estar em conformidade com as balizas do ordenamento jurídico pátrio, especialmente porque essa teoria não seria propriamente uma teoria jurídica.

Os autores destacam também a menor flexibilidade do direito brasileiro em razão de sua origem romano-germânica, se comparado com o direito dos países com tradição no *common law*. Considerando que o Direito Público pátrio foi forjado como limite ao absolutismo estatal, tais autores entendem ser relevante a atenção a ser dada à adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais diante do princípio da legalidade, o qual tem conteúdo e força normativa bastante distintos daqueles de países onde essa teoria foi concebida. Daí a relevância de se analisar como as unidades da AGU junto às agências reguladoras federais e o Poder Judiciário têm avaliado a compatibilidade da teoria com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

São essas as reflexões e os fundamentos do problema de pesquisa deste trabalho. É importante esclarecer que, originalmente, a pretensão do trabalho era realizar uma análise direta da compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, ao longo das reflexões e das pesquisas inicialmente realizadas, pareceu mais prudente e proveitoso, do ponto de vista acadêmico, realizar um trabalho que não tivesse a pretensão de apresentar uma resposta conclusiva a essa pergunta, nos termos de “sim ou não”, “compatível ou incompatível”.

Melhor que apresentar um trabalho conclusivo sobre a compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com o ordenamento jurídico brasileiro, em face dos princípios presentes no art. 37 da Constituição Federal, buscou-se compreender como o tema está sendo apreciado no âmbito da AGU e do Poder Judiciário. Afinal, são estes os órgãos que vão analisar juridicamente os atos normativos e sancionatórios adotados pelas agências reguladoras e, conseqüentemente, se pronunciar sobre a legalidade e a constitucionalidade de tais atos, favorecendo ou não a institucionalização da teoria regulatória, considerando o arcabouço normativo de cada setor regulado.

Assim, em vez de realizar um trabalho que buscasse fornecer mais uma tese jurídica sobre o tema, pareceu mais relevante do ponto de vista acadêmico compreender em que medida tais profissionais do direito conhecem a Teoria da Regulação Responsiva; se a consideram uma teoria juridicamente controversa, tanto na esfera administrativa quanto na judicial; como o tema está sendo interpretado; e quais são seus fundamentos jurídicos. Espera-se que tal recorte epistêmico subsidie futuras análises, abrindo novos horizontes de pesquisa. Em resumo, este trabalho parte da premissa de que, para entender como determinada teoria regulatória tem sido incorporada ao sistema jurídico pátrio, é necessário compreender também como os profissionais que atuam nesse sistema estão sendo informados a respeito da teoria em discussão e como a interpretam.

Ante tais breves considerações, pode-se resumir o problema de pesquisa na seguinte questão: como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela AGU e pelo Poder Judiciário Federal em face dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988?

Delimitado o problema de pesquisa, convém recordar que praticamente não há estudos ou pesquisas sobre o tema, apesar de a Teoria da Regulação Responsiva já estar sendo utilizada pelas agências reguladoras federais, inclusive por recomendação de entidades internacionais (OCDE, 2018) e órgãos federais de controle, como a CGU (GONÇALVES *et al.*, 2022), há mais de uma década. A ausência de estudos sobre a forma como essa teoria está sendo interpretada pela AGU e pelo Poder Judiciário destaca a originalidade deste trabalho.

No que concerne a sua relevância, além de a teoria já estar sendo incorporada no processo regulatório de diversas agências reguladoras federais, é importante compreender como esse processo está ocorrendo sob a perspectiva jurídica, permitindo antecipar debates futuros, bem como subsidiar análises sobre o processo de transformação e desenvolvimento regulatório brasileiro.

Apresentado o problema de pesquisa e sua respectiva justificativa, passa-se aos objetivos do trabalho.

2 Objetivos

2.1 Objetivo geral

O objetivo geral deste trabalho consiste em identificar como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais⁶ tem sido interpretada pela AGU e pelo Poder Judiciário Federal, particularmente em face de sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

2.2 Objetivos específicos

- a) Investigar se os advogados públicos em atuação nas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais⁷ conhecem a Teoria da Regulação Responsiva;
- b) Identificar a existência de manifestações jurídicas proferidas, no âmbito das unidades da AGU junto às agências reguladoras federais, quanto à legalidade e à constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva;
- c) Identificar a existência de decisões judiciais que apreciaram a legalidade e a constitucionalidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva em atos normativos ou sancionatórios adotados pelas agências reguladoras federais;
- e
- d) Examinar se tais manifestações jurídicas e decisões judiciais analisaram a compatibilidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

⁶ Quanto ao recorte adotado para delimitação das agências reguladoras federais objeto deste trabalho, ver esclarecimento constante da Nota de Rodapé nº 04.

⁷ Quanto aos órgãos jurídicos das agências reguladoras federais, ver observação constante da Nota de Rodapé nº 02.

3 Metodologia

Estabelecidos o problema de pesquisa, sua justificativa e respectivos objetivos, descrever-se-á, a seguir, a metodologia adotada com o fim de apresentar o caminho percorrido para o alcance dos objetivos pretendidos.

Primeiramente, foi realizada uma **pesquisa bibliográfica** com levantamento de referências no campo das relações entre direito, economia e regulação, com ênfase nos teóricos da regulação responsiva, tendo em conta o objetivo precípuo da pesquisa, bem como alguns autores que discutiram sua compatibilidade jurídica, a fim de identificar as preocupações relacionadas à teoria quanto a sua compatibilidade com o sistema jurídico nacional. A pesquisa bibliográfica subsidia o marco teórico das reflexões e questões apresentadas ao longo do texto.

Para além da pesquisa bibliográfica, foi realizada uma **pesquisa documental** fundamentada na consulta aos documentos institucionais produzidos no âmbito das agências reguladoras federais, em interface com as manifestações proferidas pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais, por meio de seu sistema informatizado (Super Sapiens) de forma a compreender como a Teoria da Regulação Responsiva vem sendo interpretada pelas unidades jurídicas, especialmente em face da legislação e da Constituição Federal.

De modo complementar, foi realizado um levantamento junto aos advogados públicos federais em exercício nas agências reguladoras selecionadas. Para a coleta de dados, foi elaborado um **questionário**, por meio da plataforma Google Forms, com questões abertas e fechadas, cujo link de acesso foi enviado via e-mail institucional, com o fim de:

- a) Investigar se conhecem a Teoria da Regulação Responsiva;
- b) Identificar a existência de manifestações jurídicas que analisaram a legalidade e/ou a constitucionalidade de atos normativos e/ou sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva; e
- c) Identificar a existência de decisões judiciais que apreciaram a compatibilidade jurídica da adoção da Teoria da Regulação Responsiva em atos normativos ou sancionatórios das agências.

Foi realizada ainda uma pesquisa no sistema de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal no intuito de identificar as decisões judiciais proferidas pela Justiça Federal que analisaram expressamente a constitucionalidade e legalidade da aplicação da teoria da regulação responsiva pelas agências reguladoras federais.

As informações coletadas foram sistematizadas e analisadas com base no referencial teórico construído ao longo do trabalho, tendo como referência o objeto da pesquisa.

4 Desenvolvimento

4.1 Direito, economia e regulação: por que analisar as relações entre teorias regulatórias e o arcabouço jurídico nacional?

As transformações sociais e econômicas ocorridas desde o fim da Segunda Guerra Mundial demonstram, cada vez mais, a importância do papel do Estado e, conseqüentemente, do direito como instituições relevantes para o estabelecimento de economias de mercado eficientes (CAROTHERS, 2006). A partir do século XX, a transcendência das relações econômicas, o volume e a velocidade do fluxo de capitais e bens em dimensões globais tornaram indispensável a realização de análises interdisciplinares sobre economia, política e direito, especialmente em razão da interface cada vez maior entre tais áreas de conhecimento e seu impacto sobre a sociedade e suas instituições.

Tal abordagem interdisciplinar também se tornou relevante para o aprimoramento da compreensão das transformações da sociedade contemporânea na medida em que teorias, institutos e práticas jurídicas exercem enorme influência na forma como as demandas sociais, as instituições políticas e os projetos econômicos se conformam na construção de políticas públicas. Destaca-se, assim, a necessidade de se analisarem conceitos e institutos jurídicos, com suas respectivas repercussões na economia e na política. Para tanto, é preciso revisitar instituições jurídicas tradicionais, concebidas em circunstâncias históricas e sociais específicas, distintas das atuais, de forma que o direito possa reposicionar-se em um mundo cada vez mais dinâmico e complexo, tornando as teorias jurídicas mais refinadas e adequadas ao enfrentamento dos problemas sociais do século XXI.

Nesse contexto, é preciso ampliar o conhecimento jurídico para que incorpore análises estruturais não apenas da economia, mas também do fenômeno regulatório e seu arcabouço jurídico, a fim de evitar consensos imprecisos e incompletos sobre as relações entre direito, economia e desenvolvimento, os quais, muitas vezes, acabam sendo reduzidos, no debate público, a controvérsias equivocadas e pouco profícuas, como as que limitam o debate econômico e regulatório em aparentes opostos inconciliáveis, tais como Estado *versus* mercado.

A partir de uma análise mais detida sobre os instrumentos clássicos de implementação de políticas públicas, sejam os de natureza distributiva, redistributiva ou regulatória (LOWI, 1964), constata-se que a regulação é o instrumento que tem se destacado com maior evidência nas últimas décadas na medida em que os governos têm voltado suas atenções à regulação das atividades econômicas. Observa-se ainda que, em um mundo cada vez mais conectado, o contexto internacional afeta sensivelmente a formulação e a implementação de instrumentos regulatórios, seja em razão dos riscos sistêmicos presentes nos mercados financeiros, seja na saúde, no meio ambiente, na segurança, nos investimentos e na concorrência entre empresas, pois grandes divergências regulatórias tendem a gerar incertezas e custos adicionais aos negócios, razão pela qual esse é um tema cada vez mais presente na agenda governamental.

No Brasil, a regulação como instrumento de política pública ganhou particular destaque no final do século XX, especialmente a partir da década de 1990, com a reforma administrativa concebida pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (Pdrae)⁸. Dentre as principais mudanças propostas no plano, destaca-se a proposta de criação de agências autônomas (BRASIL, 1995), posteriormente denominadas de agências regulatórias (BRASIL, 1998), responsáveis pelo fortalecimento da capacidade regulatória do Estado, particularmente sobre os setores produtivos objeto de privatização de empresas estatais e nas atividades exploradas por concessão⁹.

O Pdrae corresponde a um projeto governamental instaurado no Brasil, alinhado ao movimento popularmente conhecido como gerencialista, também

⁸ Cavalcante (2020, p. 40) resume bem as origens do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE): “O PDRAE foi elaborado durante o início do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), em 1995, em um momento histórico de intensos debates sobre a reformulação do papel do Estado em contexto de globalização e necessidade de enfrentamento de um longo período de crises econômicas que os países emergentes, sobretudo latino-americanos, viveram. Nesse cenário, questões cruciais como ajuste fiscal, redução do papel do Estado na economia, privatização e abertura comercial dominavam a agenda governamental (Brasil, 1998), sob forte influência do ideário conhecido como Consenso de Washington.”

⁹ Dubash e Morgan (2012) destacam a presença das poderosas pressões externas, especialmente de instituições financeiras internacionais, para adotar determinadas instituições públicas, notadamente a inovação institucional de agências reguladoras em setores de infraestrutura. A título ilustrativo, destacam a influência duradoura de tais pressões que pode ser observada na publicação do Banco Mundial, *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems* (BROWN et al. 2006), que requer uma agência reguladora independente relativamente autônoma como ponto de partida para o desenho institucional no setor de serviços públicos.

denominado de Nova Gestão Pública-NGP¹⁰ (LANE, 2000). Tal movimento, que vigorou fortemente em âmbito mundial desde as reformas ocorridas no governo da Primeira-Ministra do Reino Unido, Margaret Thatcher, defendia mudanças gerenciais na administração pública juntamente com propostas reformadoras no campo da regulação, instrumentalizando novos arranjos institucionais e a criação de entidades reguladoras com características específicas, distintas dos demais órgãos da administração pública tradicional¹¹.

Tais mudanças no perfil estatal presentes no Pdrae ocasionaram transformações nas entidades e nos órgãos públicos nacionais, com reflexos não apenas nos fundamentos tradicionais da administração pública brasileira, como também em seu processo de gestão e de decisão, especialmente no final da década de 1990¹². Conseqüentemente, houve mudanças no processo de controle da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos praticados pelos novos entes reguladores, especialmente em razão de suas novas formas de intervenção no domínio econômico e na responsabilidade estatal.

Nesse processo de transformação, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, atrelada à reforma administrativa, alterou a redação do art. 37 da Constituição de 1988, elencando o princípio da eficiência entre os referenciais que vinculam a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

As transformações ocorridas ao longo desse processo de crescente delegação de serviços públicos buscavam maior presença da iniciativa privada na atividade

¹⁰ O termo Nova Gestão Pública (*New Public Management – NPM*) foi cunhado por estudiosos do Reino Unido e da Austrália (Hood 1991), que trabalhavam nas áreas de administração pública. Com origens na década de 1980, a proposta tem por objetivo transformar o perfil do setor público burocrático em algo com estilo mais empresarial, a partir de ideias e modelos de gestão emprestados do setor privado, enfatizando a centralidade dos cidadãos destinatários dos serviços, como clientes.

¹¹ Como destacam Cunha e Goellner (2020, p. 247): “[...] a filiação programática ao movimento de reformas regulatórias vigente nos anos 1990 ao redor do mundo, somada à estratégia de desconcentração do Estado por intermédio da criação de agências (ou agencificação), fez com que o PDRAE impulsionasse a instauração de agências reguladoras no Brasil. Esses órgãos concretizaram transformações no terreno das relações entre a administração pública e o mercado (e destes para com a sociedade), acompanhando o processo de privatização de empresas e delegação de serviços públicos em curso na mesma época.”

¹² É importante destacar que, apesar de as discussões sobre regulação ganharem destaque no Brasil e no mundo ao final do século XX, a regulação e a concepção de agências reguladoras não constituem um fenômeno recente. Ao menos desde o final do século XIX as questões afetas à regulação de mercados e a criação de agências regulatórias já estavam em debate e institucionalização nos Estados Unidos da América (MCCRAW, 1984).

estatal e a desregulamentação das atividades delegadas em razão de suas concepções minimalistas do papel do Estado. Essa mudança de concepção estatal ocasionou grandes debates e transformações no Direito Administrativo brasileiro, que passou por um movimento de maior defesa do consensualismo, em grande medida necessário para a celebração dos contratos de concessão dos serviços públicos, com maior flexibilização do então celebrado axioma da supremacia do interesse público¹³.

Evidentemente, ao longo dos anos, à medida que as agências reguladoras foram adquirindo maior expertise, estrutura e maturidade institucional, as transformações havidas na qualidade da regulação nacional permitiram diversos avanços no processo regulatório brasileiro. Tais avanços podem ser observados nas diferentes análises e nos relatórios elaborados sobre o tema, seja em âmbito nacional (GONÇALVES *et al.*, 2021), seja em âmbito internacional (OCDE, 2019).

Dos citados relatórios, pode-se observar que ocorreram mudanças relevantes em termos de ampliação do escopo da política regulatória na adoção de consultas públicas e na avaliação de impacto regulatório (AIR). Todavia, os dados do *Indicators of Regulatory Policy and Governance Brazil 2019* (iREG)¹⁴ demonstram que houve ligeira queda na qualidade da regulação brasileira no período de 2016 a 2019, em relação ao ano de 2015, conforme se observa na Figura 1:

¹³ Souto (2000, p. 157) resume bem tal transição: “Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas — concedente, concessionário e usuário. Para tornar o serviço acessível ao usuário e remunerar os elevados investimentos, é preciso diluir a cobrança das tarifas em contratos de longo prazo. Ocorre que, raramente, os contratantes terão capacidade de, no momento da negociação ou da estipulação das condições e obrigações, conhecerem e prevenirem todas as situações que podem ocorrer no futuro. Isso realça o papel do agente regulador, que deve buscar interpretar, de forma isenta, os princípios que orientaram a celebração do contrato, para propor soluções através da mediação, e em caso de insucesso, da arbitragem.”

¹⁴ O *Indicators of Regulatory Policy and Governance (iReg)* (OCDE, 2019) corresponde a um indicador de adoção de melhores práticas regulatórias pelos países analisados.

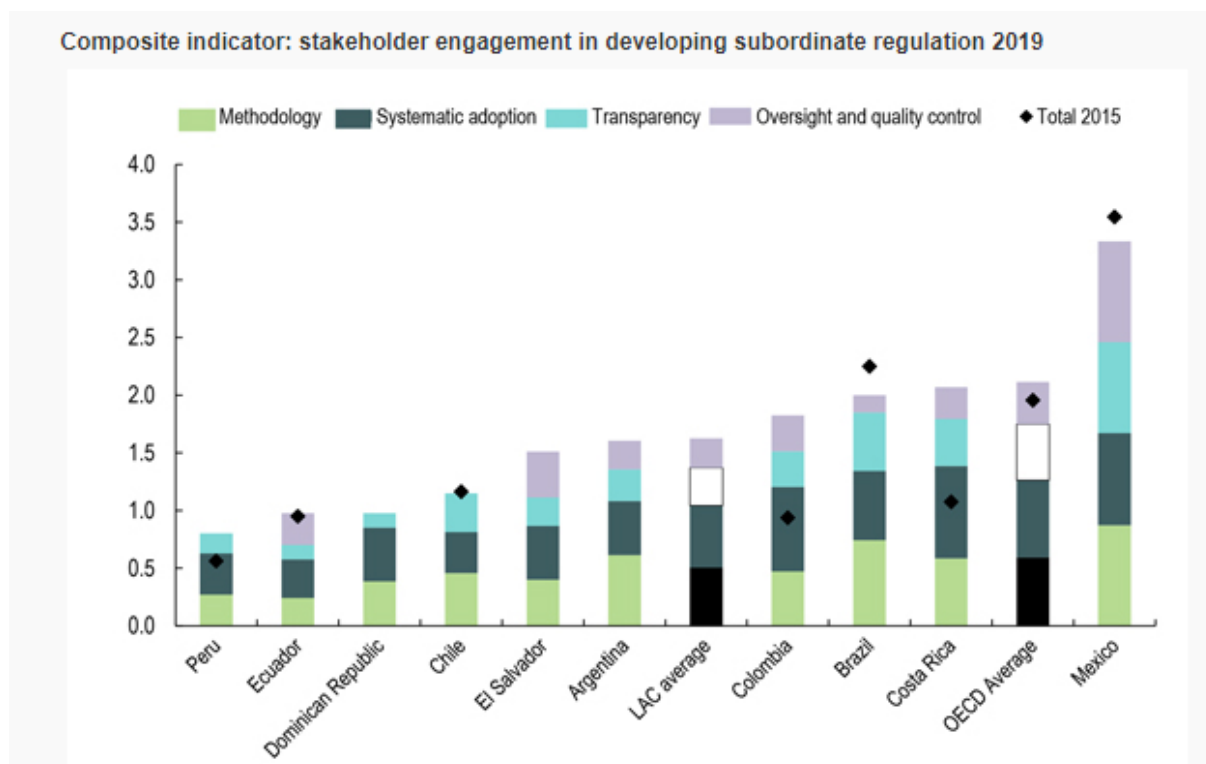


Figura 1: Indicador composto: engajamento das partes interessadas no desenvolvimento de regulamentação subordinada – 2019

Fonte: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/composite-indicator-on-stakeholder-engagement-in-developing-subordinate-regulations.htm>

Nota: A Figura 1 exibe a pontuação total agregada nas quatro categorias separadas do indicador composto. A pontuação máxima para cada categoria é um (01) e a pontuação máxima para o indicador agregado é quatro (04). Quanto mais práticas regulatórias, conforme preconizado na *Recomendação da OCDE sobre Política Regulatória e Governança de 2012*, um país implementou, maior a pontuação do indicador. Os dados dos países da ALC refletem a situação em 31 de março de 2019. Os dados dos países da OCDE cobrem 34 países da OCDE e refletem a situação em 31 de dezembro de 2017.

Assim, apesar dos progressos já obtidos, ferramentas, práticas e objetivos da regulação precisam ser reavaliados e atualizados periodicamente, pois a realidade é dinâmica e as transformações tecnológicas, econômicas e sociais exigem que os reguladores e regulados ajustem suas condutas e práticas aos novos contextos a fim de melhorar a qualidade dos produtos e serviços prestados aos usuários.

Todavia, o debate sobre o aprimoramento regulatório não pode ficar limitado aos temas relacionados a técnicas de gestão e ferramentas regulatórias. Sem desmerecer ou diminuir a importância de tais aspectos, outros horizontes de aperfeiçoamento precisam ser considerados. Para além das formas de regulação tradicional, faz-se necessário modular e adaptar o Estado regulador com o fim de alcançar inovações institucionais capazes de superar os problemas contemporâneos,

como destacam Lodge e Wegrich (2014). Para alcançar tal objetivo, é necessário que o Estado regulador tenha uma postura mais flexível e ágil.

A partir dessa perspectiva é que se faz necessário analisar novos modelos de regulação baseados em incentivos intrínsecos no intuito de se encontrar um caminho não apenas novo, mas também promissor, na perspectiva do regulador, e se utilizarem mecanismos e iniciativas dos próprios regulados em prol do interesse público, o que se convencionou denominar de alinhamento de interesses.

A regulação é um fenômeno interdisciplinar que envolve diversas áreas do conhecimento, razão pela qual a aplicação de teorias jurídicas tradicionais apresenta limitações, sendo insuficientes para abordar todos os aspectos relevantes do problema, especialmente quando se trata da regulação de temas complexos e dinâmicos, o que acaba gerando reflexos colaterais negativos, como o estreitamento do debate regulatório a polarizações ou impasses ideológicos maniqueístas, reduzidos a debates sobre regular ou desregular ou Estado *versus* mercado. O debate sobre regulação precisa superar tal polarização, evitando armadilhas ideológicas para avançar sobre novas bases e relações comprováveis empiricamente, desenvolvendo soluções mais eficazes e adaptáveis às necessidades regulatórias contemporâneas.

A complexidade da regulação exige não apenas integração, mas interação com o ordenamento jurídico de determinada sociedade. Como destacou Douglas North (1991), as regras do jogo ou instituições importam e desempenham papel fundamental nas sociedades e na economia¹⁵. Por essa razão, é necessário avaliar mais detidamente as relações existentes entre teorias regulatórias e o arcabouço jurídico nacional, especialmente em face das naturais limitações decorrentes da aplicação de teorias jurídicas tradicionais para solução de problemas complexos, típicos das sociedades contemporâneas.

¹⁵ Douglas North (1991, p. 97) assim define instituições: “As instituições são as restrições humanamente concebidas que estruturam a interação política, econômica e social. Eles consistem em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) e regras formais (constituições, leis, direitos de propriedade). Ao longo da história, as instituições foram criadas por seres humanos para criar ordem e reduzir a incerteza nas trocas. Juntamente com as restrições padrão da economia, eles definem o conjunto de escolhas e, portanto, determinam os custos de transação e produção e, portanto, a lucratividade e a viabilidade de se engajar na atividade econômica. Eles evoluem de forma incremental, conectando o passado com o presente e o futuro; a história, em consequência, é em grande parte uma história de evolução institucional na qual o desempenho histórico das economias só pode ser entendido como parte de uma história sequencial. As instituições fornecem a estrutura de incentivos de uma economia; à medida que essa estrutura evolui, ela molda a direção da mudança econômica em direção ao crescimento, estagnação ou declínio.” [Tradução Livre]

Nesse contexto, o presente trabalho pretende identificar e analisar como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela AGU e pelo Poder Judiciário Federal, considerando sua perspectiva regulatória mais flexível, especialmente quanto à sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

A Teoria da Regulação Responsiva apresenta características que transcendem o modelo tradicional de condutas predefinidas para as situações-problema consideradas irregulares, que costumam ser tradicionalmente utilizadas em nosso regime jurídico sancionatório, como se observa principalmente no Direito Penal e Administrativo nacional. Essa teoria, originária da criminologia, parte da premissa de que a regulação e seus mecanismos sancionatórios devem ser compreendidos como um esforço para a criação de incentivos não só extrínsecos, mas também intrínsecos ao cumprimento das regras (BRAITHWAITE, 1989).

Assim, a teoria busca superar a concepção legalista de comando e controle, em que o regulador pretende orientar a conduta do regulado por meio do microgerenciamento de sua atuação privada, normalmente mediante a descrição exhaustiva da forma como o regulado deve realizar suas atividades. A concepção regulatória de comando e controle fundamenta-se em um modelo de coerção eminentemente extrínseco, baseado na expectativa de que ameaças de sanções seriam suficientes para alinhar a conduta do regulado às expectativas do regulador (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012).

Sob a perspectiva jurídica, trata-se, fundamentalmente, de um modelo regulatório lastreado em coerções externas, muito influenciado pela teoria kelseniana do direito, segundo a qual uma das características precípua do direito é sua natureza coativa, que se manifesta especialmente diante da prática de um ato ilícito e sua consequente coação¹⁶. Kelsen não foi o único a entender o direito como um sistema de coação. Tal perspectiva é compartilhada por outros autores, como Max Weber

¹⁶ Kelsen (1998, p. 35) afirma: "Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo."

(2009)¹⁷, o que reforça a tradição sancionatória de nosso sistema jurídico, baseado no modelo romano-germânico.

Sob a perspectiva econômica, a abordagem coercitiva tem origem em perspectivas científicas positivistas, que se fundamentam eminentemente em premissas econômicas neoclássicas sobre o processo de tomada de decisão individual, mais conhecida como individualismo metodológico¹⁸. Tal vertente teórica foi muito utilizada pela Escola Austríaca, a qual pressupõe que o estudo das ações econômicas do homem deveria ser feito abstraindo outras dimensões, como as culturais, morais, éticas e políticas. Tal visão fragmentada do ser humano, guiada por condutas racionais em busca de maximização de utilidade marginal e bem-estar, passou a designar esse indivíduo idealmente concebido como *homo economicus*.

A partir dessa perspectiva teórica jurídico-econômica, em que o agente regulado age de forma racional na busca de maximizar utilidade, evitando sanções jurídicas (compreendidas como desincentivos econômicos), é que se encontram os fundamentos da perspectiva regulatória eminentemente coercitiva utilizada para direcionar a conduta dos atores regulados. Em resumo, tal abordagem pressupõe que os regulados seguirão os objetivos definidos pelo ente regulador quando os desincentivos ou prejuízos ocasionados pela sanção forem maiores que os benefícios decorrentes do descumprimento das regras.

O alinhamento do método de comando e controle com escolas do positivismo jurídico que se destacaram no Brasil, a partir da década de 1940 até 1990¹⁹, permite

¹⁷ Weber identifica o direito com coação organizada. Ao estabelecer os conceitos fundamentais de seu sistema sociológico, Weber (2009, p. 21) afirma: “Uma ordem é denominada: a) Convenção, quando [...]; b) Direito, quando está garantida externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”.

¹⁸ O individualismo metodológico tem relação com a epistemologia weberiana e a filosofia Kantiana, sob a perspectiva de que o principal responsável pela elaboração do processo de conhecimento é o indivíduo. Na perspectiva econômica, o individualismo metodológico é amplamente utilizado pela Escola Austríaca, a qual busca explicar os fenômenos econômicos a partir da ação dos indivíduos e não das entidades coletivas. Para melhor compreensão do individualismo metodológico na economia, ver: CARVALHO, A. R. de. O conceito de individualismo metodológico em Hayek revisitado. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, v. 26, n. 50, p. 83-110, 2008. Numa perspectiva crítica a tal metodologia: HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Victor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. **Revista Brasileira de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 262-282, June 2011; e THALER, RICHARD, H. From Homo Economicus to Homo Sapiens. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

¹⁹ Boucault (2015) esclarece: “No seu universo metodológico, o positivismo jurídico no Brasil, a partir da década de 40 até 1990 demonstra, em geral, o aval pelos juristas dos referenciais juspositivistas, como elemento estruturante entre as normas jurídicas, e ordenamento jurídico e sua validade.”

compreender melhor a resistência dos juristas e especialmente da burocracia estatal à adoção de teorias apoiadas em incentivos intrínsecos.

Todavia, apesar da ênfase nos incentivos extrínsecos como elemento fundamental do direito, mais recentemente, têm sido identificados casos em que tais incentivos acabam tendo efeito adverso sobre as motivações naturais que os cidadãos têm para se engajar em comportamentos socialmente valorizados (ATIQ, 2014). Assim, torna-se necessário refletir sobre novos modelos regulatórios, dentre os quais se destacam aqueles voltados aos incentivos intrínsecos, especialmente diante do crescente quadro de multas aplicadas por agências reguladoras com baixo índice de sucesso na arrecadação (TCU, 2017).

Os modelos regulatórios de comando e controle fundamentam-se precipuamente na coação e na autoridade estatal em casos de desvios (LOPES, 2018), enquanto a regulação por incentivos utiliza-se de mecanismos de alinhamento de interesses entre regulador e regulado, de forma a diminuir o conflito de interesses entre estes e a própria sociedade. Todavia, não basta supor que haverá um mecanismo de incentivo eficiente e universal para todos os agentes regulados. É preciso elaborar estratégias dinâmicas que reconheçam e incorporem as várias dimensões dos comportamentos dos agentes regulados. A análise jurídico-regulatória deve avançar rumo à compreensão e à elaboração de estratégias conjunturais que abarquem a diversidade de comportamentos e motivações dos agentes regulados. É exatamente aqui que reside um dos grandes méritos da regulação responsiva.

A Teoria da Regulação Responsiva apropria-se de técnicas de regulação por incentivos no intuito de alinhar os objetivos do regulador e do regulado em uma estratégia menos invasiva e mais flexível, focando mais no resultado a ser alcançado pela regulação que propriamente nas ações do regulado, sem renunciar às sanções quando necessárias. Punição e persuasão são dependentes entre si e se reforçam mutuamente (BRAITHWAITE, 1985). Tal teoria busca também superar a polarização existente no debate entre regular e desregular (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A notoriedade e a abrangência dessa teoria tornaram-na uma das principais teorias regulatórias da atualidade, com projetos em andamento para sua adoção pelas agências reguladoras brasileiras (OLIVEIRA; FERREIRA SEGUNDO, 2022), inclusive por recomendação da OCDE (2018). Nesse contexto, destacam-se sua importância e repercussão no cenário jurídico atual.

Todavia, como o modelo responsivo requer que o regulador atue de forma inovadora sobre o rol de respostas regulatórias possíveis, percebe-se certa insegurança jurídica tanto em reguladores como em agentes regulados, na medida em que a atividade regulatória tende a se alterar, conforme haja mudanças aferíveis de estrutura, motivação ou mesmo no comportamento do regulado. Por outro lado, esse modelo propõe também que o regulador não aplique sanções ao regulado quando ele for cooperativo com o regulador. Tais características promovem incertezas por parte de alguns gestores e advogados públicos quanto à compatibilização da teoria regulatória com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal, os quais devem lastrear a conduta do administrador público²⁰.

Feita essa breve contextualização, o próximo tópico dedicar-se-á a explicar os principais aspectos da Teoria da Regulação Responsiva, enquanto teoria regulatória preocupada em incorporar a lógica dos incentivos intrínsecos, sem menosprezar a importância da coerção extrínseca.

4.2 Regulação responsiva: pressupostos e características

Estudos e pesquisas sobre regulação de mercados têm destacado a importância e a efetividade de modelos regulatórios que utilizam estratégias regulatórias mais abrangentes e estruturadas, compostas não apenas de sanções e punições, mas também de incentivos aos regulados (BENKLER, 2009; FRIEDMAN, 2016). Apesar de tais constatações, os modelos regulatórios adotados pelas agências reguladoras brasileiras ainda estão muito comprometidos com abordagens regulatórias de caráter eminentemente coercitivo, baseadas em modelos também conhecidos como de comando e controle.

²⁰ Aranha (2021b, p. 561) ilustra bem tal problema: “A interpretação jurídica, como também o próprio teor do ordenamento jurídico brasileiro, pecam por não fornecer ao regulador os meios para o bom cumprimento de sua função. Os marcos reguladores de diversos setores, salvo raras exceções, percebem os institutos jurídicos, como é o caso dos condicionamentos administrativos, como seres prontos e acabados, que entregarão bons resultados sempre que as condições de sua implementação forem satisfeitas. Eles não promovem a (re)fundação dos instrumentos jurídicos segundo estratégias inovadoras e, por isso, afastam, cada vez mais, os institutos clássicos de direito administrativo da finalidade que os motivou. Quando uma interpretação jurídica impede que se reatribua significado a institutos jurídicos, ela se insurge contra a função básica de administração das leis e condena o ordenamento jurídico à progressiva perda da força normativa.”

A regulação apoiada em estratégias de comando e controle corresponde a um modelo em que a autoridade exerce seu poder regulatório essencialmente por meio da aplicação de sanções punitivas, sendo caracterizada pela adoção da coação e da ameaça sancionatória como instrumentos privilegiados de conformação do comportamento dos regulados (BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012). Em tal modelo, as respostas regulatórias para cada comportamento regulado são, em geral, fixadas *ex ante*, por meio do estabelecimento dos padrões normativos que devem pautar a atuação dos regulados, cuja desconformidade desencadeia a imediata resposta repressiva do regulador. Ou seja, anteriormente à análise em concreto das condutas praticadas pelos atores regulados e independente do grau de impacto que tais condutas provocam no atingimento dos objetivos regulatórios, a norma estabelece de forma apriorística a punição a ser aplicada em caso de descumprimento do padrão normativo fixado.

As atribuições de *enforcement* da norma e conformação do comportamento são reduzidas, portanto, à coação extrínseca exercida por meio do mero enquadramento ou subsunção dos fatos à norma, a qual se baseia em suposta relação de causa e efeito entre o comando do regulador e o comportamento do regulado. Se o ator regulado cumpriu as determinações normativas, não será punido; se as violou, deverá ser sancionado com as penas previstas na legislação. Haveria, pois, uma relação linear entre conformidade à norma quanto ao comportamento do regulado e o comando do regulador. Nessa relação, o controle (em especial, a sanção) atuaria como o principal garantidor desse elo entre os dois elementos²¹.

A Teoria da Regulação Responsiva (AYRES; BRAITHWAITE, 1992), por outro lado, parte da premissa de que a efetividade da regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a cumpri-las de forma voluntária, em um ambiente

²¹ Como destaca Bobbio (1995, p. 158), neste modelo jurídico positivista, o direito explicita “quando” a sanção deve ser aplicada: “quando ocorrem determinadas circunstâncias previstas pela lei: (isto é, quando são cometidos ilícitos; assim o código penal pode ser considerado não como um conjunto de normas que dirigem comandos aos cidadãos, mas sim como um conjunto de normas que impõem aos juízes a aplicação de certas penas, quando os cidadãos cometem certos atos)”. Tal perspectiva jurídica sancionatória, ao ser transposta do Direito Penal para o Direito Regulatório, acaba por reforçar a tendência de considerar a autoridade reguladora como aquela que deve aplicar penalidades quando os atores regulados cometem atos ilícitos. Como se observa, o foco persiste no ato ilícito, e não no comportamento ou na conduta dos atores regulados.

de diálogo e interação entre regulador e regulado, combinando estratégias de persuasão e sanção.²²

Um ponto importante a ser destacado é que a Teoria da Regulação Responsiva não se confunde com a Teoria do Direito Responsivo (NONET; SELZNICK, 1978), pois a primeira não tem a pretensão de adentrar nos fundamentos da regulação, mas transcender a polarização existente no debate entre regular e desregular. A proposta da regulação responsiva não busca adentrar no debate ideológico, mas formular análises baseadas em estudos empíricos, tendo por pressupostos a concepção de que uma boa regulação é aquela que sabe impor sanções, quando necessárias, porém sem excluir a capacidade de buscar a persuasão, apoiada mais nas sinergias que nas incompatibilidades entre regulador e regulado, reduzindo as resistências às regras:

In the preceding chapter it was argued that both punishment and persuasion are effective and necessary in regulating mine safety, that a punitive strategy can inhibit persuasion, and vice versa, but that this need not necessarily happen. Indeed, there can be more synergy than incompatibility between the two strategies. The task of this chapter and chapter six is to suggest approaches for extracting the most effective enforcement from a mix of punishment and persuasion. (BRAITHWAITE, 1985, p. 119)

Tal teoria propõe uma nova abordagem regulatória que supere a mera dicotomia maniqueísta entre regular ou desregular e que fomente o agir virtuoso dos regulados. Espera-se, com essa nova modelagem regulatória, criar um ambiente em que regulados e demais agentes de mercado sejam persuadidos a adotar condutas em conformidade com os objetivos regulatórios. Evidentemente, o modelo não está imune às sanções, as quais serão utilizadas em casos de desconformidade mais expressivos ou contumazes de obrigações ou compromissos regulatórios. Nesse contexto, diante do dilema punir ou persuadir, deve-se substituir o “ou” pelo “e”, reformulando-o para a afirmação punir e persuadir, na medida em que correspondem a técnicas complementares de persuasão (BRAITHWAITE, 1985).

Em resumo, a regulação responsiva transcende a mera polarização entre a Teoria da Escolha Racional e a regulação legalista baseada exclusivamente em

²² Deve-se destacar que a Teoria da Regulação Responsiva foi muito aprimorada após sua obra original. Posteriormente à sua publicação, seus autores propuseram vários acréscimos à teoria (PARKER, 2013).

sanções (comando e controle) e reconhece a importância de ambas, tentando incorporar aspectos comportamentais na conduta dos regulados a partir de evidências empíricas e interação efetiva entre os agentes envolvidos na regulação. Ou seja, para além da polarização entre direito e economia, reguladores devem considerar ambos e devem ser capazes de levar em conta, de forma dinâmica e seletiva, o comportamento do agente regulado²³.

Nesse sentido, a regulação responsiva propõe um escalonamento na intensidade das respostas regulatórias, conforme o comportamento do agente regulado, de maneira que regulador e regulado não sejam vistos e não se vejam como adversários, mas participantes de um projeto qualitativo e comercial de aprimoramento regulatório. Nessa nova modelagem, a sanção não é excluída das estratégias regulatórias, mas deixa de ser a principal protagonista e passa a ter função subsidiária, sendo utilizada nos casos em que as técnicas de persuasão do regulado não sejam bem-sucedidas.

A Teoria da Regulação Responsiva parte da premissa de que a lei e o processo não são capazes de atingir todos os objetivos neles pretendidos (BRAITHWAITE, 1984). Sua finalidade precípua é reorientar o papel do Estado no intuito de buscar continuamente estratégias inovadoras no campo da regulação, principalmente diante de eventuais falhas que venham a surgir no uso de uma estratégia específica. Afinal, sabe-se que iniciativas regulatórias podem falhar, mas nem por isso deve-se abandonar a regulação. Tais tropeços só reforçam a percepção de que a qualidade e a efetividade da regulação deve ser sempre uma meta a ser atingida.

Dentre os principais pressupostos dessa teoria, Aranha (2019) destaca os seguintes:

- a) Punição e persuasão são interdependentes e se reforçam mutuamente, quando utilizados de maneira efetiva e articulada pelo poder público, de forma que a abordagem regulatória não pode ser apenas uma constante punitiva, mas também uma constante persuasiva;

²³ Aranha (2019, p. 100) destaca os cuidados necessários à compreensão apropriada da Teoria da Regulação Responsiva: “Para sua compreensão de fundo, entretanto, é necessário percorrer o itinerário de sua origem e pressupostos, bem como perquirir como ocorre a transferência de funções regulatórias do Estado para o ambiente regulado, no que a regulação responsiva se distingue de outros esforços regulatórios, tais como a correção, a metarregulação e a autorregulação, em relação ao que uma regulação se apresenta como responsiva e, finalmente, como deve ser apresentado o desenho regulatório para que contenha diferenciais responsivos.”

- b) A fiscalização regulatória da própria indústria (autorregulação) pode ser mais ostensiva, longa e profunda que a realizada pelo poder público, razão pela qual deve ser reforçada para ser internalizada nos atores regulados;
- c) Regras governamentais detalhadas não são suficientes para cobrir adequadamente problemas relacionados à gestão empresarial ineficiente. A eficiência na gestão empresarial pode e deve ser incentivada pelas pirâmides de escalada regulatória;
- d) As diferentes personalidades dos distintos agentes regulados tornam seus comportamentos sensíveis a diferentes motivações, o que exige sólidas estruturas regulatórias e eficientes estratégias de ação do regulador (*Tit-for-Tat regulatory strategy*)²⁴;
- e) O regulador que promove a escalada de estratégias regulatórias tem vantagem comparativa sobre o que não as utiliza;
- f) A regulação cooperativa será tanto mais viável quanto maior for a intensidade de três requisitos: (i) uso de uma estratégia de barganha de reação equivalente; (ii) estrutura hierárquica de sanções e estilos regulatórios de intervenção nas pirâmides de constrangimento; e (iii) altura da pirâmide, considerando a afilidade da sanção mais severa.

Uma vez expostas as premissas e os pressupostos da Teoria da Regulação Responsiva, é natural que se questione: em relação a quê a teoria se propõe responsiva. Segundo Ayres e Braithwaite (1992), a teoria é responsiva a três elementos: (i) à estrutura da indústria ou do mercado regulado; (ii) às motivações dos atores regulados; e (iii) ao próprio comportamento desses atores. Segundo Aranha (2021a), os três aspectos da teoria não estão em um mesmo patamar, pois os dois primeiros seriam apenas pressupostos da teoria, sendo que o terceiro é o que

²⁴ Aranha (2019, p. 107-108) destaca que a complexidade de comportamentos dos atores regulados resulta em quatro pressupostos sistêmicos da Teoria da Regulação Responsiva: “a) uma estratégia regulatória inteiramente apoiada em persuasão e autorregulação será manipulada pelos regulados quando eles forem motivados por racionalidade econômica; b) uma estratégia apoiada prioritariamente em punições minará a boa vontade dos atores quando forem motivados por um senso de responsabilidade social; c) uma estratégia apoiada prioritariamente em sanções punitivas fomentará uma subcultura de resistência à regulação na organização empresarial, em que métodos de resistência legal e contra-ataque serão incorporados no modo de ser da indústria; d) a estratégia regulatória da reação equivalente – isso por aquilo, *tit for tat* ou TFT – será eficaz em impedir o desrespeito às normas por atores puramente movidos por racionalidade econômica, mas também será útil em gerar confiança e ação ou compromisso cívico – *civic virtue*.”

corresponde à própria identidade da teoria na medida em que a regulação responsiva deve ser sensível prioritariamente ao perfil comportamental dos atores regulados.

Todavia, alguns autores sustentam uma abordagem responsiva mais ampla por parte do regulador, abrangendo lógicas regulatórias inovadoras e diversificadas, como se observa das conclusões de Baldwin e Black (2008):

A regulação é realmente responsiva quando conhece seus regulados e seus ambientes institucionais, quando é capaz de implantar diferentes e novas lógicas regulatórias de forma coerente, quando é sensível ao desempenho e quando compreende quais são seus desafios mutáveis. Como os reguladores em todo o mundo precisam operar dentro de redes de controle mais complexas e enfrentar taxas crescentes de mudança, espera-se que a necessidade de regulamentação realmente responsiva cresça. (BALDWIN; BLACK, 2008, p. 47 – tradução livre)

Tais lógicas regulatórias inovadoras e diversificadas ensejam uma reflexão mais atenta sobre a disciplina legal quanto ao tratamento isonômico dos regulados, o que será objeto de reflexão mais detalhada no próximo tópico deste trabalho. Para fins da exposição da teoria, convém destacar sua proposta de que o regulador estabeleça relação com os atores regulados (sanções ou recompensas), conforme as respectivas condutas de cada firma (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A modelagem regulatória da Teoria da Regulação Responsiva recomenda a incorporação de novos elementos e estratégias regulatórias na calibragem das respostas dos regulados, de forma que estratégias regulatórias distintas são consideradas necessárias para conduzir o comportamento dos agentes regulados em direção da conformidade e da virtuosidade.

Tal modelagem enseja um escalonamento da intervenção governamental, também denominada de escalada de constrangimentos, que costuma ser representada por uma pirâmide. A pirâmide corresponde a uma das representações mais conhecidas da Teoria da Regulação Responsiva, cujo caráter gradual de constrangimentos reforça uma perspectiva de cooperação entre regulador e regulado de forma a evitar que sanções sejam aplicadas, desde que haja cooperação por parte dos atores regulados.

A partir dessa perspectiva, a teoria elabora a famosa Pirâmide Regulatória ou Pirâmide de Constrangimentos Regulatórios, na qual se observa um escalonamento gradual das formas de intervenção estatal na atividade econômica dos agentes

regulados. Aranha (2019) destaca algumas das orientações prescritivas para caracterização de uma pirâmide efetivamente responsiva:

- a) Que existam punições ameaçadoras no topo da pirâmide;
- b) Que exista uma hierarquia de sanções e de estratégias regulatórias de graus variados de intervenção;
- c) Que funcione com controle cidadão apoiado no conceito de tripartismo²⁵ republicano regulatório;
- d) Que inspire confiança na atitude esperada do regulador em escalar ou desescalar o constrangimento normativo de forma efetiva (credibilidade); e
- e) Que contemple a escalada de constrangimentos em geral e não apenas de punições formais, causando desconforto ao regulado, bem como a percepção de que a migração prejudicou efetivamente sua situação.

Em que pese haver orientações prescritivas para a caracterização de uma pirâmide responsiva, é importante explicitar que não há um conjunto de prescrições específicas quanto à melhor forma de regular. Ayres e Braithwaite (1992) esclarecem que a regulação responsiva não é um programa claramente definido ou um conjunto de prescrições sobre a melhor forma de regular. Não há uma receita pronta. Ao contrário, a melhor estratégia depende do contexto, da cultura regulatória e de sua história. Responsividade é, acima de tudo, uma atitude que permita a criação de uma ampla variedade de abordagens regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Em que pese não haver um conjunto de prescrições regulatórias predefinidas para todas as situações-problema, considerando que cada setor, ambiente institucional e cultura regulatória demandará uma estratégia específica para cada caso, é possível estabelecer algumas técnicas a serem utilizadas na elaboração das pirâmides de punições e incentivos. Ou seja, mesmo não havendo soluções universais, há uma gama de técnicas úteis à estruturação das ações regulatórias na elaboração da pirâmide de incentivos e constrangimentos.

Uma das primeiras técnicas recomenda que o formato da pirâmide seja alongado, de forma que o topo da pirâmide seja distante da base. Ou seja, quanto maior for o conjunto de punições à disposição do regulador, melhor. A Teoria da Regulação Responsiva considera importante a existência de diversos níveis de

²⁵ O conceito de “tripartismo” será detalhado nas próximas páginas deste tópico.

intervenção, com distintas e progressivas punições, devidamente escalonadas ao longo da pirâmide, de forma que o regulado tenha clara percepção de que, em caso de não cooperação regulatória, haverá redução de sua liberdade de ação com novas camadas de sanções crescentemente ameaçadoras, gerando progressiva restrição, intervenção e punição (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Nas pirâmides, a fiscalização começa na base (ou seja, a maior parte) da pirâmide, que normalmente consiste em estilos de fiscalização suaves e discursivos que apelam para a responsabilidade social dos cidadãos. Se tal persuasão falhar, as inspeções sobem na pirâmide em direção a sanções cada vez mais rigorosas.

A percepção que dá suporte a esse modelo regulatório é de que a regulação não surge nem se sustenta na ausência de valores e princípios morais. A melhor forma de garantir o cumprimento de regras é convencer seus destinatários de sua legitimidade. Em regra, uma comunicação bem-sucedida motiva os cidadãos a cumprir a regulação por meio da autorregulação, o que resulta em alta conformidade com baixos custos públicos de fiscalização. Da mesma forma, o uso desnecessário da força tende a provocar resistência. Portanto, os reguladores não devem minar o potencial comunicativo usando apenas a força, especialmente diante de atores regulados que são receptivos à persuasão.

Outra técnica recomendada pela teoria reside na forma de sua aplicação, mais conhecida como estratégia de reação equivalente (*Tit-for-Tat enforcement*)²⁶. Essa técnica pressupõe que a atividade regulatória e fiscalizatória deve iniciar-se na base da pirâmide de aplicação. Caso os regulados demonstrem disposição para cumprir as regras regulatórias, os órgãos de inspeção continuam usando respostas suaves. Caso os atores regulados não mostrem disposição para cumprir a regulação, os órgãos de inspeção sobem na pirâmide em direção a respostas mais rigorosas²⁷.

É importante esclarecer que a estratégia *Tit-for-Tat* (TFT) não é apenas retaliatória, mas também indulgente. Na medida em que uma empresa relutante

²⁶ Gezelius (2019, p. 220-221) destaca que o modelo *Tit-for-Tat* (TFT) de Ayres e Braithwaite (1992) é indiscutivelmente o modelo mais influente de imposição regulatória surgido nos últimos tempos.

²⁷ Ayres e Braithwaite (1992, p. 19) defendem uma convergência entre modelos regulatórios supostamente inconciliáveis: o modelo da “escolha racional” e algumas análises sociológicas que rejeitam os pressupostos do modelo de escolha racional. A convergência se dá em relação à eficácia da estratégia *Tit-for-Tat* (TFT). Com base nessa convergência, os autores argumentam que as agências reguladoras geralmente são mais capazes de garantir a conformidade quando se apresentam como “grandes armas benignas” (*Benign Big Guns*). Segundo os mesmos autores, “os reguladores serão mais capazes de falar baixinho quando carregarem bastões grandes”, ou seja, quanto maiores e mais variadas forem as regras de conformidade, maior será o sucesso dos reguladores, por mais paradoxal que isso possa parecer.

começa a colaborar com o regulador, a fiscalização retorna a uma escala mais branda e cooperativa, de forma a utilizar a capacidade de autorregulação dos regulados tanto quanto possível. A TFT é inspirada na estratégia de redução gradual de tensão, denominada originalmente de *Graduated Reciprocation in Tension Reduction* – GRIT, desenvolvido por Charles E. Osgood (1962) no auge da Guerra Fria.

Essa estratégia tem sido muito utilizada nas negociações internacionais e pode ser assim resumida: um lado sinaliza um avanço na forma de uma concessão ou um compromisso em uma de suas demandas. A norma da reciprocidade obriga a outra parte a retribuir o favor com uma concessão própria, desistindo de uma de suas demandas. Ao longo desse processo, ambos os lados constroem confiança por meio de compromissos recíprocos até chegarem a um equilíbrio de consenso. O oposto também pode acontecer. Embora a intenção de Osgood fosse descongelar as relações da Guerra Fria entre superpotências, o GRIT provou ser útil em outros processos, desde as relações internacionais até disputas menores no local de trabalho.

A Teoria da Regulação Responsiva também recomenda a adoção de determinadas estratégias de ação ao regulador, de forma a atender ao binômio objetivos-motivações do regulado, como bem resume Aranha (2019):

- a) O regulador deve buscar primeiramente uma abordagem de cooperação com o regulado, sinalizando uma atuação colaborativa;
- b) O regulador deve manter sempre presente uma sinergia entre punição e persuasão;
- c) O regulador deve se comportar de forma coerente e clara no sentido de que atores regulados indisciplinados, desonestos ou não colaborativos serão efetivamente punidos, garantindo credibilidade ao regulador e à regulação;
- d) Deve ser dado tempo razoável ao regulado para corrigir suas condutas previamente à escalada dos constrangimentos, sinalizando o compromisso do regulador com a justiça de suas sanções, garantindo, contudo, sua aplicação em caso de descumprimento regulatório;
- e) O regulador deve identificar de forma clara, na pirâmide de constrangimento, os níveis de conformidade às normas com seu respectivo gravame sancionatório, incluindo meios sancionatórios diversificados;
- f) Tanto o modelo da pirâmide regulatória como o setor regulado devem ser estruturados numa perspectiva de longo prazo; e

- g) A fiscalização regulatória deve ser episódica e concentrada em corrigir os padrões de comportamento indesejados no intuito de garantir crescente exigência de condutas cooperativas do regulado. A aplicação rotineira de penalidades inibe a cooperação e retira os benefícios esperados das penalidades verdadeiramente graves.

Como se observa, a persuasão deve ser a prioridade regulatória a garantir o alcance da conformidade dos atores regulados, por meio da internalização das regras regulatórias. Assim, recomenda-se o uso do princípio do mínimo suficiente, escalando as sanções na pirâmide de constrangimentos apenas até o necessário para o alcance da conformidade. O excesso na escalada de constrangimentos tende a minar a relação de cooperação entre regulador e regulado²⁸.

Outro ponto relevante da Teoria da Regulação Responsiva refere-se aos seus destinatários, os quais podem ser divididos em três grupos principais: (i) grupos de interesse público (*Public Interests Groups – PIGs*); (ii) competidores desregulados (*unregulated competitors*); e (iii) empresas reguladas (*regulated firms*). Tais grupos podem colaborar na promoção da governança do mercado privado por meio de delegações de determinadas funções reguladoras (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Um elemento-chave na regulação responsiva é o valor atribuído ao tripartismo (AYRES; BRAITHWAITE, 1992), termo que os autores utilizam para se referir à participação de grupos de interesse público nas decisões regulatórias. Os autores sustentam que a participação de diferentes grupos nas decisões regulatórias pode gerar uma série de benefícios. Em primeiro lugar, os PIGs na mesa de negociação alteram a dinâmica entre atores regulados e regulador. Em segundo lugar, os autores reconhecem a dedicação ao propósito da maioria dos grupos voluntários, o que reduz o risco de cooptação, de forma que a “captura” do regulador também é inibida, pois os grupos de interesse público representarão uma posição de controle mais forte que

²⁸ Esse é um ponto relevante da Teoria da Regulação Responsiva, denominado de “Princípio do Mínimo Suficiente” (*The Minimal Sufficiency Principle*). Os pressupostos de tal princípio foram resumidos por Braithwaite (1992, 49) nas seguintes passagens: “[...] o que pode ser melhor para o cumprimento de curto prazo também pode ser contraproducente para a internalização de longo prazo de um desejo de cumprimento. E essa internalização de longo prazo é a questão mais importante em quase todos os domínios do controle social, porque geralmente é impossível para a sociedade organizar seus recursos de modo que recompensas e punições aguardem cada ato de obediência ou descumprimento. [...] uma grande quantidade de evidências empíricas apoia um princípio do mínimo suficiente: quanto menos saliente e poderosa for a técnica de controle usada para garantir o cumprimento, mais provável será a internalização. [Tradução livre]

o regulador. Em terceiro, os recursos regulatórios serão usados de forma mais eficiente se for aproveitado o papel de fiscalização que os grupos locais podem desempenhar (HILL; STEWART, 1998).

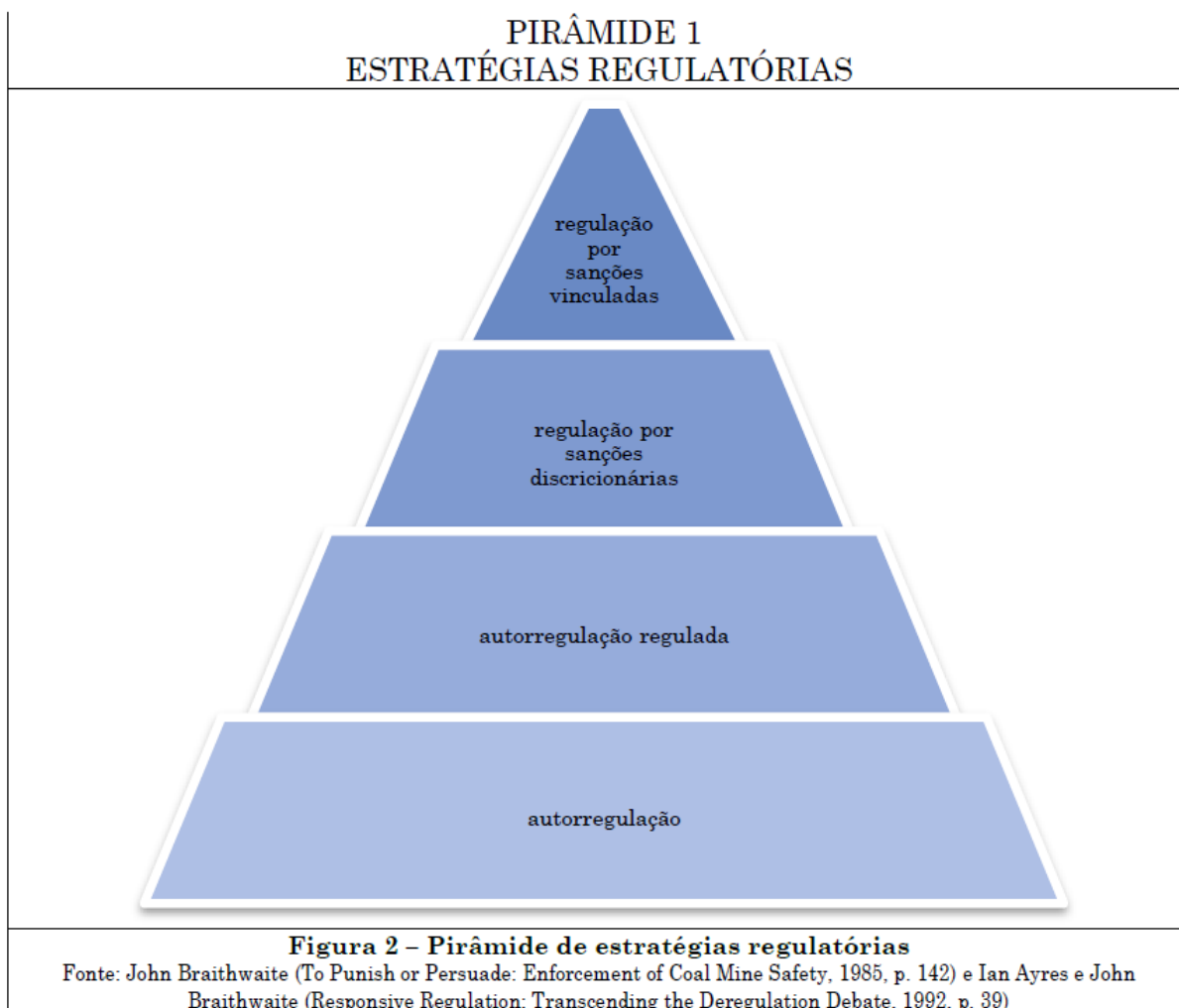
Uma vez expostos os pressupostos e as características principais da regulação responsiva, convém apresentar alguns modelos de pirâmides regulatórias, de caráter didático e visualmente ilustrativo, para melhor compreensão da teoria. Como já destacado, não há receita pronta para o preenchimento das pirâmides, pois a melhor estratégia dependerá do contexto, da cultura regulatória e de sua história. Conforme os autores, responsividade é, acima de tudo, uma atitude que permita o florescimento de uma ampla variedade de abordagens regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Nesse contexto, as ilustrações apresentadas a seguir não encerram as possibilidades regulatórias propostas pela teoria, pois correspondem a meras representações simplificadas da teoria. As pirâmides têm funções distintas, seja para descrever diferentes níveis de constrangimento (Figura 2), os quais se referem a técnicas ou instrumentos de persuasão; seja para descrever estratégias regulatórias (Figura 3) que ilustram distintas formas de regulação a serem utilizadas pelo regulador.

Segundo Aranha (2019), até o momento, foram identificadas ao menos 11 pirâmides, mas isso não significa a inexistência de outras ainda desconhecidas. A identificação das pirâmides auxilia imensamente a compreensão da Teoria da Regulação Responsiva, razão pela qual serão expostas a seguir as figuras das 11 pirâmides identificadas e apresentadas por Aranha (2019). As imagens foram obtidas de Aranha *et al*, 2021a, p. 351-356:

- a) Pirâmide de estratégias regulatórias (Pirâmide 1 – Figura 2);
- b) Pirâmide de constrangimentos (Pirâmide 2 – Figura 3);
- c) Pirâmide de perfis dos regulados (Pirâmide 3 – Figura 4);
- d) Pirâmide de finalidades regulatórias (Pirâmide 4 – Figura 5);
- e) Pirâmide de pareamento entre perfis de regulados e tipos de justiça (Pirâmide 5 – Figura 6);
- f) Pirâmide de recompensas (Pirâmide 6 – Figura 7);
- g) Pirâmide de sanções (Pirâmide 7 – Figura 8);
- h) Pirâmide de regulação em rede (Pirâmide 8 – Figura 9);
- i) Diamante regulatório (Pirâmide 9 – Figura 10);
- j) Pirâmide de mecanismos regulatórios (Pirâmide 10 – Figura 11) e

k) Pirâmide tridimensional (Pirâmide 11 – Figura 12)



PIRÂMIDE 2
MEDIDAS DE CONSTRANGIMENTO



Figura 3 – Pirâmide de constrangimento

Fonte: Ian Ayres e John Braithwaite (Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, 1992, p. 35)

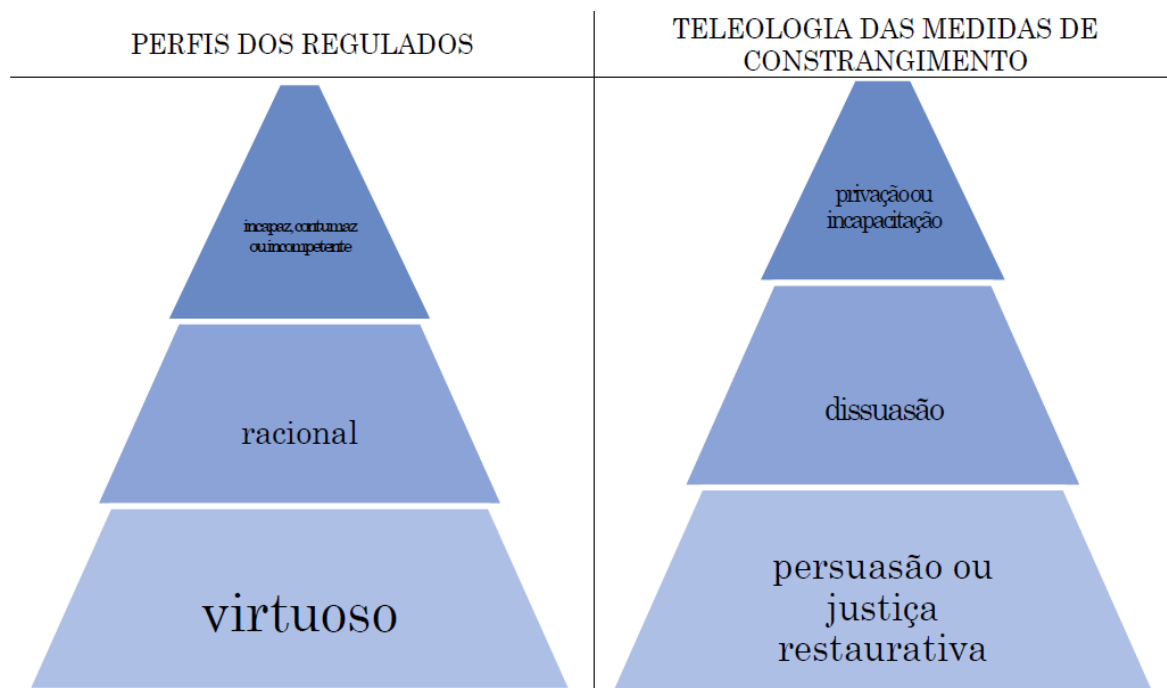


Figura 4 – Pirâmide de perfis dos regulados ou de suposições regulatórias
 Fonte: John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 486; Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 887).

Figura 5 – Pirâmide de finalidades regulatórias, de teleologia das medidas de constrangimento ou de justças restaurativa, dissuasiva e incapacitante
 Fonte: Com enfoque na finalidade regulatória, Peter Drahos (Intellectual Property and Pharmaceutical Markets: A Nodal Governance Approach, 2004, p. 412); e, com enfoque em justiça restaurativa, John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 486; Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 887).

INTEGRAÇÃO DE PERFIS DE REGULADOS E FINALIDADES REGULATÓRIAS

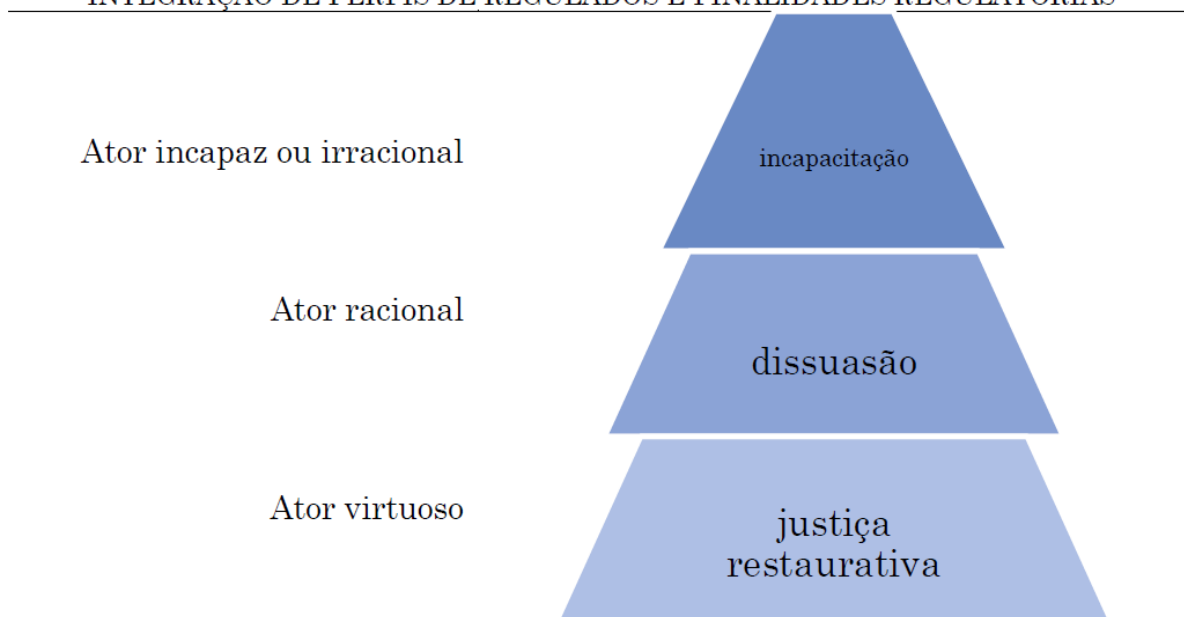


Figura 6 – Pirâmide de Pareamento entre Perfis dos Regulados e Justiça restaurativa, dissuasiva e incapacitante

Fonte: John Braithwaite (Restorative Justice & Responsive Regulation, 2002, p. 32); John Braithwaite (Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better, 2008, p. 91).

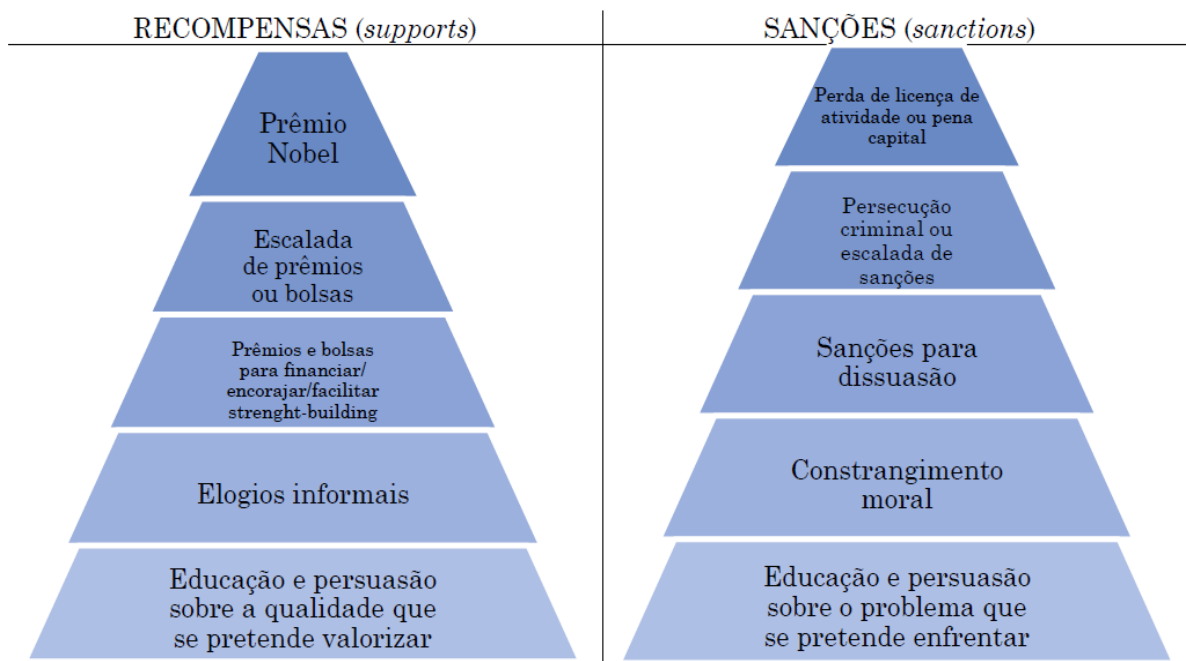


Figura 7 – Pirâmide de recompensas ou strenghts-based pyramid

Pirâmide de apoios, reforço positivo ou recompensas, ligeiramente adaptada para situações-problema genéricas
 Fonte: John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 319); John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 482)

Figura 8 – Pirâmide de sanções ou pirâmide regulatória

Pirâmide de sanções ou punições, ligeiramente adaptada para situações-problema genéricas
 Fonte: John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 319); John Braithwaite (The Essence of Responsive Regulation, 2011, p. 482)

GOVERNANÇA REGULATÓRIA EM REDE

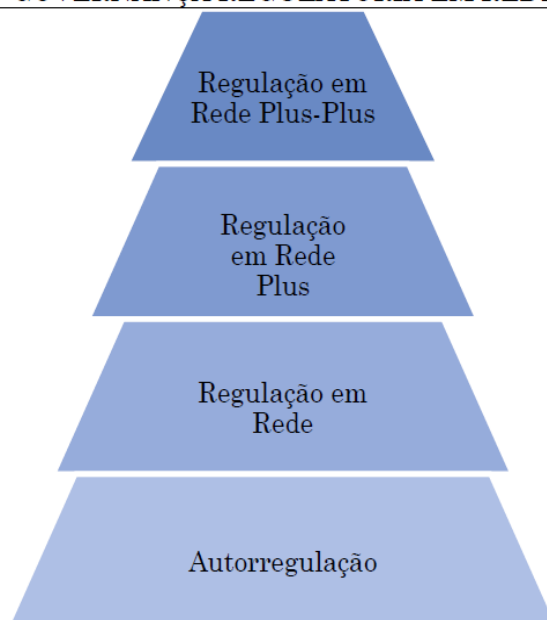


Figura 9 – Pirâmide de regulação em rede

Pirâmide de governança regulatória em rede ou apoiada em nós de governança em rede
 Fonte: John Braithwaite (Responsive Regulation and Developing Economies, 2006, p. 890); John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite (Regulating Aged Care: Ritualism and the New Pyramid, 2007, p. 316); John Braithwaite (Responsive Regulation and Developing Economies, 2007, p. 155).

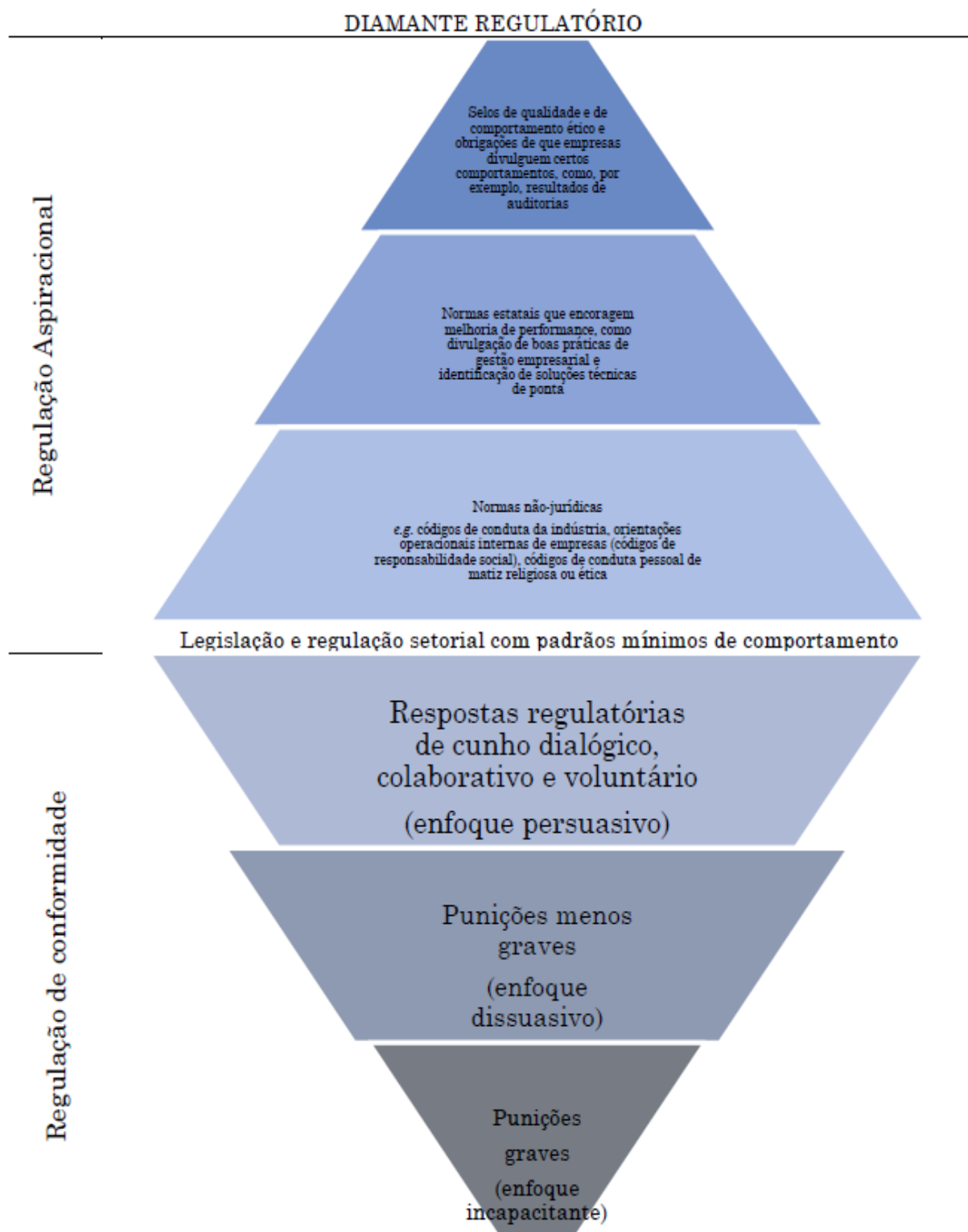


Figura 10 – Diamante Regulatório

Diamante Regulatório, preenchido com exemplos inexistentes no desenho original, mas derivados de propostas da teoria da regulação responsiva aspiracional ou do diamante regulatório

Fonte: composição nossa, apoiada em Jonathan Kolieb (When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond, 2015, p. 150) para desenho da forma, com preenchimento de exemplos constantes da exposição dissertativa da teoria

MECANISMOS REGULATÓRIOS

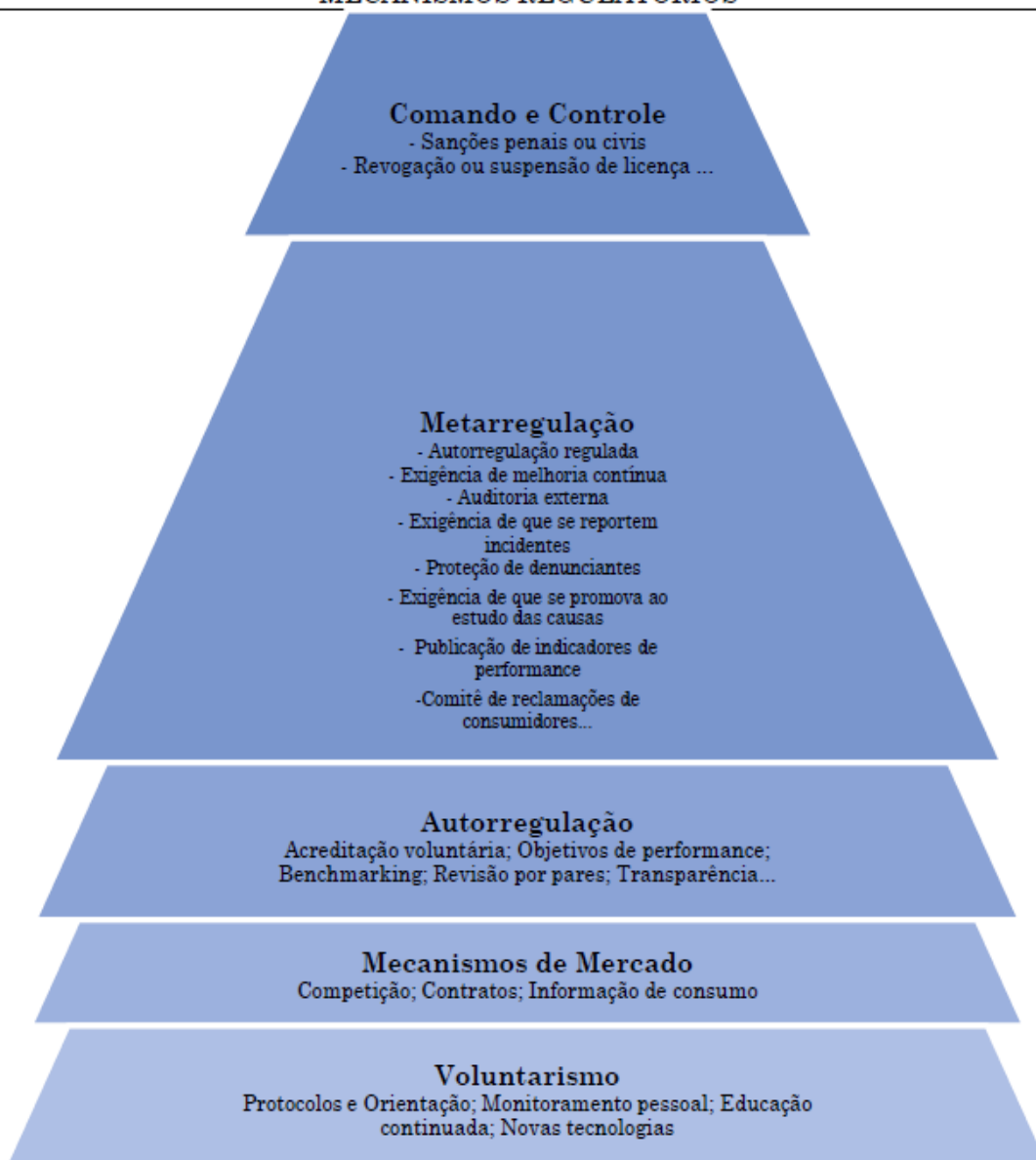


Figura 11 – Pirâmide de Mecanismos Regulatórios *

Fonte: John Braithwaite, Judith Healy e Kathryn Dwan (The Governance of Health Safety and Quality, 2005, p. 15); Judith Healy e John Braithwaite (Designing Safer Health Care Through Responsive Regulation, 2006, p. S57).

*O texto de onde se extraiu esta pirâmide não a chamou de pirâmide de mecanismos regulatórios, mas simplesmente de pirâmide regulatória. Todavia, durante a explicação do posicionamento das estratégias regulatórias nesta pirâmide, fala-se em típicos modos, modalidades ou mecanismos regulatórios, pelo que optou-se por atribuir o termo acima como o mais apropriado para esta apresentação da pirâmide regulatória. O conteúdo da pirâmide foi ligeiramente adaptado a um cenário mais amplo que não se restringisse ao setor de origem das fontes pesquisadas.



Figura 12 – Pirâmide Tridimensional

Fonte: Neil Gunnigham e Darren Sinclair (Smart Regulation: Designing Environmental Policy, 1998, p. 398).

Das 11 pirâmides apresentadas, considera-se relevante dar destaque especial a três: as duas primeiras apresentadas, por terem sido as que constaram da formulação inaugural da teoria (AYRES; BRAITHWAITE, 1992): (i) a pirâmide de estratégias regulatórias (Figura 2); e (ii) a pirâmide de constrangimento (Figura 3). Quanto à terceira pirâmide, conhecida como pirâmide do diamante regulatório (Figura 10), merece destaque porque busca transcender o que é requerido pela regulação.

Na pirâmide de constrangimento (Figura 3), estratificam-se diferentes estratégias regulatórias, que vão desde a persuasão do regulado (base da pirâmide) até o conjunto de penas rigorosas (topo da pirâmide), de forma a constituir uma gradativa escalada de sanções. Ao desenhá-la, o regulador deverá ter em mente que diferentes atores regulados têm características distintas, demandando constrangimentos distintos equivalentes. Conforme o caso, setor ou ambiente institucional, será demandado um esforço diverso e inovador do regulador na montagem da pirâmide. Assim, a pirâmide pode ser escalada tanto para cima, aumentando paulatinamente a gravidade das sanções, quanto para baixo, dando aos atores regulados maior liberdade de atuação ou até mesmo incentivando-os a adotar uma postura cooperativa e negocial.

Como se observa, na base da pirâmide são criados incentivos de persuasão para que os agentes regulados atuem de forma cooperativa, sem necessidade de adoção de ações punitivas por parte do regulador, evitando-se, assim, o desgaste da relação entre o regulador e os regulados virtuosos. Todavia, se tal estratégia não estiver sendo bem-sucedida e o regulado não cumprir seus compromissos regulatórios, a pirâmide, em sua parte central, prevê advertências e aplicações de sanções brandas para a induzir o regulado a corrigir sua conduta, informando que, na

hipótese de tais adequações não se concretizarem, haverá consequências mais rigorosas, previstas no topo da pirâmide, onde se posicionam as penalidades mais severas, a serem aplicadas aos descumpridores contumazes.

Na pirâmide de estratégias regulatórias (Figura 2), caso colabore com o regulador e não descumpra suas obrigações, ou o faça apenas de forma muito excepcional, seguindo as recomendações do regulador, o agente regulado será beneficiado com uma fiscalização menos invasiva. Assim, uma das consequências da adoção da pirâmide é que a fiscalização do regulador pode priorizar o atingimento de metas regulatórias por parte dos regulados, desperdiçando menos tempo e energia em processos sancionatórios isolados, muitas vezes de baixa relevância para a segurança e eficiência do setor. Ou seja, há uma tendência à desoneração da fiscalização estatal por meio da adoção, por parte do regulado, do fortalecimento de regras internas de *compliance* em razão de vantagens e incentivos (econômicos e jurídicos) de manter o enquadramento na base da pirâmide regulatória.

Ainda quanto às pirâmides de estratégias regulatórias (Figura 2) e de constrangimento (Figura 3), é importante esclarecer que não há correlação automática entre ambas, no sentido de que haveria necessidade de sobrepor ou espelhar as estratégias regulatórias com as de constrangimento exatamente como exposto nos modelos apresentados. Como já exposto, os modelos piramidais apresentados por Ayres e Braithwaite (1992) têm caráter meramente ilustrativo, no intuito de que o regulador busque direcionar os atores regulados para sua base por meio de incentivos distribuídos ao longo de toda a pirâmide.

O que se observa dos modelos propostos é que se está diante de uma regulação muito mais dinâmica e sofisticada que o modelo de comando e controle, o qual se utiliza apenas da força normativa para impor padrões fixos, com imediatismo, proibindo atividades que não estejam de acordo com os padrões de conformidade. Ou seja, supera-se o modelo de mera “subsunção” entre fato e norma, para um modelo que considera não apenas esses dois elementos (fato e norma), mas também as ações e os comportamentos dos atores regulados.

A terceira figura que merece atenção especial é o diamante regulatório (Figura 10), pois, mesmo não sendo uma pirâmide, corresponde à conjugação de duas pirâmides invertidas: a aspiracional e a de conformidade. Sua relevância transcende, obviamente, a mera forma geométrica, já que a proposta por trás da figura é ampliar o escopo da regulação para incentivar os atores regulados a transcender os padrões

normativos de conduta, ou seja, ir além do que é requerido pela regulação (*beyond compliance*).

Como destaca Kolieb (2015), o cumprimento das regras é uma visão reduzida da regulação. A boa regulação não deve ser sinônimo apenas de mecanismos de *compliance* ou de imposição de regras, mas também deve abranger métodos e mecanismos que estimulem os regulados a ir além do cumprimento de regras legais para satisfazer objetivos regulatórios.

O autor destaca que, apesar de parecer distinta, sua proposta de diamante regulatório é uma evolução da teoria de Braithwaite, e não propriamente uma teoria nova, pois adere aos mesmos princípios da responsividade e dinamismo que constituem a essência da regulação responsiva (KOLIEB, 2015). Todavia, a proposta do diamante regulatório evidentemente incorpora inovações que aprimoram a coerência e a utilidade da regulação responsiva, pois agrega dois tipos de atividades regulatórias: (i) regulação de conformidade (mecanismos regulatórios empregados para encorajar a adesão a certos padrões comportamentais); e (ii) a regulação aspiracional (mecanismos regulatórios empregados para encorajar os atores regulados a melhorar seu comportamento, além da mera adesão a padrões mínimos).

Ou seja, a estratégia do diamante regulatório incorpora uma concepção nova de regulação que transcende a mera imposição de padrões comportamentais presentes na pirâmide regulatória. Essa estratégia busca alterar o comportamento dos atores regulados integrando em um único modelo os três componentes principais de uma boa estrutura regulatória: padrões, regulação de conformidade e regulação aspiracional (KOLIEB, 2015). Com o diamante, a concepção que permeia a Teoria da Regulação Responsiva é moderada pelo entendimento de que os atores regulados também podem superar tais padrões, contribuindo positivamente para o enfrentamento dos problemas sociais objeto de regulação ou que se pretende regular.

Nessa perspectiva, o modelo do diamante permite incorporar recompensas, incentivos e outras técnicas regulatórias que podem incentivar os atores regulados a ir além da conformidade. Com tal modelo surgem novos riscos e oportunidades, a depender da escolha de ação ou inação do ente regulado, permitindo, inclusive, a criação de um “mercado para a virtude” (KOLIEB, 2015, p. 162).

A regulação responsiva vai além da simples dicotomia entre a Teoria da Escolha Racional e a regulação legalista, que se baseia apenas em sanções (comando e controle). Ao reconhecer a importância de ambas as abordagens, a Teoria

da Regulação Responsiva procura incorporar aspectos comportamentais na conduta dos regulados a partir de evidências empíricas e interação efetiva entre os agentes envolvidos na regulação. Em outras palavras, em vez de polarizar entre direito e economia, os reguladores devem considerar ambos e ser capazes de levar em conta, de forma dinâmica e seletiva, o comportamento do agente regulado.

Todavia, a transição de um modelo regulatório baseado historicamente em comando e controle para uma modelagem responsiva requer mais que a mera alteração de estratégias regulatória: exige que a administração pública reveja e modifique sua mentalidade regulatória. É necessário, previamente, uma mudança de perspectiva quanto à dicotomia punir *versus* não punir ou da polarização regular *versus* não regular. Ademais, é necessário estruturar um arcabouço teórico-jurídico sólido para garantir segurança jurídica a essa nova estratégia regulatória²⁹.

No próximo tópico, buscar-se-á relacionar alguns dos principais desafios jurídicos à implementação de modelos regulatórios mais responsivos pelas agências reguladoras federais e identificar como tais desafios têm sido avaliados pelos recentes estudos jurídicos conduzidos a respeito do tema.

4.3 Controvérsias jurídicas e fundamentos constitucionais para adoção da regulação responsiva pelas agências reguladoras federais

Ao analisar os desafios relacionados à efetivação do mandado constitucional conferido às agências reguladoras federais para disciplinar os setores regulados em parceria com a iniciativa privada, alguns autores têm discutido a importância da estruturação de um arcabouço jurídico mais moderno e menos apegado a modelos e estruturas típicas do Estado social, tradicionalmente polarizado nas relações entre público e privado.

A importância de um arcabouço jurídico mais moderno decorre do entendimento de que uma interpretação conservadora do papel do Estado e de suas formas de intervenção no domínio econômico acaba por impor restrições interpretativas dos institutos jurídicos da sanção, do processo administrativo e da

²⁹ Aranha (2019, p. 117-118) destaca que um importante meio para que o formato de estratégia regulatória da regulação responsiva seja implementado no Brasil demanda esforço de engenharia jurídica.

própria relação entre o poder público e atores privados por parte das agências reguladoras, impedindo que sejam adotadas teorias regulatórias mais avançadas, preocupadas em internalizar a lógica dos incentivos intrínsecos, como é o caso da Teoria da Regulação Responsiva (ARANHA, 2021b).

Por outro lado, há autores que também se preocupam com a adoção dessa teoria pelas agências reguladoras federais em face de alguns limites jurídicos. Oliveira e Ferreira Segundo (2022) entendem que a Teoria da Regulação Responsiva pressupõe uma flexibilidade na atuação do regulador que precisa estar em conformidade com as balizas do ordenamento jurídico pátrio, particularmente o princípio da legalidade. Para esses autores, é preciso analisar as dificuldades enfrentadas para a implementação da teoria em um sistema jurídico ancorado no princípio da legalidade, como é o caso do Brasil.

Como anteriormente exposto, a Teoria da Regulação Responsiva sugere que o tratamento a ser dado aos diferentes agentes regulados seja feito de forma mais individualizada, com base em suas respectivas condutas, o que sinaliza a existência de eventuais assimetrias no tratamento regulatório a ser aplicado aos atores regulados. Tal proposta de tratamento diferenciado suscita questionamentos relativos a alguns valores há muito consagrados na cultura jurídica ocidental, como o *rule of law* (FREIGANG, 2002), e também no sistema jurídico-constitucional brasileiro, como é o caso dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade e legalidade, presentes no capítulo da administração pública.

Nesse contexto, torna-se necessário estar atento a eventuais controvérsias jurídicas relacionadas a uma possível violação a tais princípios na adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais. Uma das principais preocupações tem sido no sentido de que, ao propor a adoção de uma pirâmide regulatória com distinção de tratamento entre os diversos agentes regulados que atuam em um mesmo setor, poderia ocorrer violação aos princípios da igualdade e impessoalidade, na medida em que alguns regulados seriam beneficiários de determinados incentivos não necessariamente aplicáveis a outros. Ou seja, mesmo estando submetidos ao mesmo regime jurídico, sob a perspectiva formal, na prática, estariam sujeitos a regimes regulatórios distintos, conforme seu histórico de condutas, o que poderia afrontar os princípios constitucionais da igualdade e impessoalidade em razão de eventual assimetria situacional existente no caso concreto.

Em grande medida, tais preocupações foram objeto de análise realizada pelo Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB (NDSR/UnB) quanto à regulação baseada em incentivos e à ação fiscalizatória da Anac (ARANHA *et al.*, 2021b), o qual pode ser considerado um dos estudos mais pormenorizados realizados até o momento sobre os possíveis questionamentos constitucionais acerca da adoção de uma modelagem regulatória responsiva por uma agência reguladora federal.

O estudo do NDSR/UnB analisou, dentre outros pontos, a correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, com a chamada Constituição Econômica brasileira, com destaque aos aspectos constitucionais relativos à intervenção do Estado na economia e ao exercício de sua função regulatória. Sob a perspectiva constitucional, o estudo analisou também a compatibilidade entre o arcabouço regulatório da Anac e o princípio da legalidade que rege a atividade de toda a administração pública brasileira. Buscou-se ainda fixar parâmetros e balizas para que a criação de assimetrias regulatórias e distinções no tratamento jurídico entre os agentes regulados sejam compatíveis com o princípio constitucional da isonomia (ARANHA *et al.*, 2021b). Observa-se, assim, que o trabalho realizado pelo NDSR/UnB enfrenta três dos principais questionamentos jurídicos suscitados em face da adoção da Teoria da Regulação Responsiva: (i) sua compatibilidade com o capítulo da Constituição Econômica; (ii) com o princípio constitucional da legalidade; e (iii) com o da isonomia.

Quanto à correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos e a Constituição Econômica brasileira, o estudo conclui pela legitimidade da adoção da regulação responsiva, na medida em que o texto constitucional não estabelece uma modelagem regulatória específica. Como não há um tipo específico de estratégia regulatória para a realização da intervenção estatal no domínio econômico, há espaço para que a função regulatória realizada pelas agências reguladoras seja feita de forma flexível, conforme pressupõe a regulação responsiva. Segundo o estudo, tal entendimento decorre do próprio texto constitucional, especialmente daquele escopo temático-constitucional denominado de Constituição Econômica (ARANHA *et al.*, 2021b).

Constituição Econômica é uma expressão que se consolidou no vocabulário jurídico ocidental na primeira metade do século XX, com a introdução nos textos constitucionais ocidentais de conceitos e expressões da ciência econômica,

decorrentes da percepção política de que era necessária uma maior intervenção do Estado na economia, algo até então inexistente nos textos constitucionais anteriores, em razão do ideário liberal, tanto na perspectiva econômica quanto na política dominante até o final da Primeira Guerra Mundial, que entendia que a economia não deveria sofrer nenhum tipo de interferência estatal. Todavia, a constatação de que o poder econômico também gerava danos sociais relevantes redundou em uma mudança de paradigma quanto à então dominante doutrina do *laissez faire*.

Especialmente após a crise econômica de 1929, os países ocidentais passaram a exigir uma presença maior do Estado na economia, razão pela qual os textos constitucionais passaram a incorporar tal previsão em suas redações, sem prejuízo de outras disposições existentes no modelo e funcionamento do sistema econômico de cada país. No caso brasileiro, a primeira Constituição Federal a abordar a ordem econômica foi a de 1934, mantendo tal previsão com mais ou menos ênfase nas constituições seguintes. A Constituição Federal de 1988 traz um título específico sobre o tema: Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170 a 192).

Segundo o estudo elaborado pelo NDSR/UnB, nossa Constituição Econômica não obriga o poder público ao exercício de sua função regulatória na forma de uma modelagem específica, seja no que toca às funções de fiscalização e incentivo das atividades econômicas, seja para controlar a prestação dos serviços públicos por particulares. Portanto, há amplo espaço interpretativo para que o Estado brasileiro exerça sua função regulatória de forma flexível, como prevê a Teoria da Regulação Responsiva. Em resumo, a Constituição Federal de 1988 não prevê o uso exclusivo de determinada modelagem regulatória, menos ainda a modelagem de comando e controle (ARANHA *et al*, 2021b).

Quanto à possibilidade de fixação de parâmetros e balizas para que a criação de assimetrias regulatórias e distinções no tratamento jurídico entre os agentes regulados sejam compatíveis com o princípio constitucional da isonomia, considerando o pressuposto de a regulação responsiva prever tratamento distinto aos regulados, conforme seus comportamentos e motivações, consideradas as especificidades de cada setor, o estudo do NDSR/UnB conclui também por sua compatibilidade constitucional (ARANHA *et al*, 2021b).

Para justificar tal entendimento, o estudo parte de quatro questões que norteiam a reflexão sobre o tema:

- a) Qual é o entendimento doutrinário sobre o escopo do princípio da isonomia?

- b) Como a jurisprudência tem aplicado tal princípio constitucional?
- c) Qual é o relevo da isonomia na seara regulatória?
- d) Quais balizas são necessárias para compatibilizar os pressupostos da regulação responsiva, no tocante à criação de assimetrias regulatórias, com o art. 5º, *caput*, da CRFB/88?

Neste trabalho, buscar-se-á apenas resumir, de forma muito objetiva, as respostas a essas perguntas apenas para ilustrar a compreensão do tema, sem, obviamente, adentrar em sua fundamentação. Mais detalhes sobre os argumentos apresentados poderão ser obtidos no material elaborado pelo NDSR/UnB.

Quanto à primeira pergunta, referente ao entendimento doutrinário sobre o escopo do princípio da isonomia, o estudo extrai da literatura jurídica que o princípio da isonomia não impede a adoção de distinções regulatórias ou não regulatórias, desde que os seguintes procedimentos sejam adotados, de forma a compatibilizá-lo com as exigências constitucionais:

- (i) a igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença”;
- (ii) a leitura constitucionalmente adequada do art. 5º, *caput*, da CRFB/88, demanda que o intérprete incorpore a máxima aristotélica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais;
- (iii) o exame de compatibilidade de uma norma ou política pública frente ao princípio constitucional da isonomia é tripartite:
 - (a) perquirir se o próprio elemento tomado como fator de diferenciação possui lastro na Constituição;
 - (b) avaliar a existência de uma correlação lógica entre o ‘fator de discrimen’ o regramento legal que o consolidou;
 - (c) examinar se tal correlação lógica está em consonância com as prescrições do sistema constitucional. (ARANHA *et al.*, 2021b, p. 64-65)

Quanto à segunda pergunta, sobre como a jurisprudência tem aplicado esse princípio constitucional da isonomia, o estudo analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema para concluir que tal princípio tem sido traduzido no tratamento “igual aos iguais e desigual aos desiguais”, sendo possível que atos normativos estabeleçam diferenciações desde que demonstrem a pertinência entre o tratamento diferenciado e a causa jurídica distintiva que o fundamenta (ARANHA *et al.*, 2021b, p. 67).

No que concerne à aplicação do princípio da isonomia na seara regulatória e às balizas necessárias para compatibilizar os pressupostos da regulação responsiva com o art. 5º, *caput*, da CF/88, o estudo demonstra que a assimetria regulatória já está bastante internalizada em diversos setores sujeitos a regulação federal, com exemplos nos setores de energia elétrica, telecomunicações, transporte terrestre, aeroportuário, portuário etc.

A partir da análise das decisões proferidas pelo STF quanto à constitucionalidade da assimetria regulatória, nos julgamentos proferidos na Medida Cautelar nº 1.668, sobre a prestação do regime de telecomunicações e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.923), relativa ao Marco Regulatório da Televisão por Assinatura (Lei nº 12.485/20114), e tendo em conta que a premissa central da responsividade é a de que as respostas regulatórias devem ser sensíveis à estrutura e às variáveis particulares de determinado mercado, rechaçando o estabelecimento de soluções regulatórias universais para todas as atividades reguladas e todos os atores do mercado, o estudo conclui que não haveria óbices constitucionais à adoção da teoria pelo regulador, desde que haja modulação regulatória adequada.

Todavia, a adoção de eventuais assimetrias requer necessariamente a apresentação de fundamentação clara e consistente quanto às razões da diferenciação, explicitando motivos técnicos, econômicos ou mesmo protetivos, de forma a aferir não apenas a legitimidade de tal distinção a ser adotada entre os atores regulados, mas também sua compatibilidade em face do ordenamento constitucional (ARANHA *et al.*, 2021b).

Quanto à compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com o princípio constitucional da legalidade, que rege a atividade de toda a administração pública brasileira, é preciso esclarecer que sua adoção pelas agências reguladoras federais exige o respeito não apenas ao devido processo legal, como também aos preceitos legais aplicáveis aos respectivos setores regulados.

O estudo do NDSR/UnB, contudo, destaca alguns pontos relevantes para reflexão quanto à aplicação do princípio constitucional da legalidade pelas agências reguladoras federais em caso de adoção de estratégias regulatórias baseadas na Teoria da Regulação Responsiva.

O primeiro ponto se refere à recepção das leis editadas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como aquelas editadas antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que inseriu o princípio da eficiência na gestão

pública, e da Emenda Constitucional nº 109/2021, que impõe à administração pública atuação pautada por resultados. Para o estudo do NDSR/UnB, é imperioso encontrar caminhos hermenêuticos que reconciliem a norma legal com os novos preceitos constitucionais que regem a administração pública, especialmente quando a lógica da lei for puramente de comando e controle, pois não se mostra adequado interpretar a Constituição a partir da lei, mas o inverso (ARANHA *et al.*, 2021b).

Após uma reflexão sobre os institutos da inconstitucionalidade superveniente no direito brasileiro, da aplicação das leis no tempo e da técnica da interpretação conforme à Constituição, o estudo analisa alguns artigos do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), em face do texto constitucional brasileiro, concluindo que a Anac estaria autorizada a implementar outros tipos de instrumentos regulatórios para induzir comportamentos por parte dos regulados, como incentivos e *nudges*³⁰. Tal conclusão decorre do entendimento de que a técnica de interpretação conforme à Constituição impõe ao intérprete extrair do texto legal o sentido mais consentâneo com os princípios e objetivos constitucionais, razão pela qual as leis não podem ser interpretadas sem contemplar as novas emendas constitucionais e os princípios que elas inserem na administração pública e no Direito Regulatório nacional.

Em que pese existirem evidentes limites à interpretação conforme à Constituição, não há óbices constitucionais à criação de estágios intermediários entre a conduta desviante e a sanção, seja adotando medidas preventivas ou a criação de regimes próprios de acordo com o perfil do regulado, desde que haja espaços de interpretação no texto normativo setorial (ARANHA *et al.*, 2021b).

Na medida em que o modelo de regulação responsiva induz o comportamento dos regulados por meio do alinhamento de interesses para além da mera punição, para alcançar resultados regulatórios mais eficientes, aprimorando a qualidade dos serviços oferecidos à população, o regulador dispõe de fundamento constitucional, baseado nos princípios da eficiência e da atuação pautada em resultados, para analisar setorialmente o melhor modelo regulatório a ser adotado. Para tal fim, a autoridade reguladora pode, inclusive, utilizar-se de modelos híbridos, combinando incentivos e punições ao regulado, conforme os fundamentos e as vantagens justificadas na elaboração da regulação setorial.

³⁰ A expressão *nudge* deve ser aqui compreendida em seu conceito adotado pela Teoria do Incentivo, ou seja, técnica de persuasão que busca influenciar o julgamento, a escolha ou o comportamento das pessoas de uma maneira previsível (SUNSTEIN; THALER, 2009).

Em segundo lugar, ainda quanto ao princípio da legalidade, apesar de a Constituição Federal de 1988 estabelecer que a criação de penalidades exige lei formal (art. 5º, XXXIX), o estabelecimento de incentivos não está inserido na mencionada restrição constitucional, pois, para fins de legalidade, a lógica dos incentivos é distinta, voltada à geração de benefícios ou ampliação de direitos. Assim, não se vislumbram óbices a sua previsão em suas estratégias e modelos regulatórios quando não implicarem sanção, quanto mais em casos de procedimentos de benéficos.

Por fim, merece destaque o princípio da deferência judicial à administração pública, especialmente quando se trata de matéria regulatória. Deve-se recordar que o próprio STF, em decisão proferida em 01/02/2018, ao analisar a ADI 4.874, que requereu a impugnação da resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa que proibia aditivos em produtos fumígenos, optou por respeitar a deferência administrativa, nos seguintes termos:

9. Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, **ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei.** Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. **Aplicação da doutrina da deferência administrativa** (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council). [Sem grifos no original]

Observa-se na decisão um respeito por parte do Tribunal Constitucional às decisões do regulador, mesmo quando não há propriamente um consenso da corte quanto à regulação editada pela agência. O caso se torna mais interessante sob essa perspectiva porque um dos principais pontos objeto de julgamento foi a constitucionalidade da resolução da Anvisa, a qual teve sua votação empatada em cinco votos pela procedência e cinco pela improcedência da ação. Mesmo a norma regulatória da agência sendo controversa, prevaleceu a presunção de constitucionalidade da resolução.

Ora, observa-se das análises realizadas no estudo do NDSR/UnB que a regulação responsiva, por si, não é incompatível com a Constituição Econômica brasileira, nem viola os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade, desde que não haja afronta direta à lei e as eventuais assimetrias regulatórias decorrentes das adoção de opções regulatórias de caráter responsivo tenham fundamentação clara e consistente quanto às razões de diferenciações, resguardando não apenas a legitimidade da distinção a ser adotada entre os atores regulados, mas também sua compatibilidade com a lei e a Constituição.

Presentes tais pressupostos e assegurado um mínimo de deferência administrativa ao regulador, pode até ser conveniente e relevante a estruturação de um arcabouço jurídico mais moderno e menos apegado a modelos e estruturas típicas do Estado social, todavia tal arcabouço jurídico normativo não é condição *sine qua non* para a adoção de modelos mais responsivos de regulação por parte das agências reguladoras federais.

Evidentemente, a ausência de novo arcabouço jurídico mais explícito quanto à possibilidade de adoção de modelos regulatórios mais responsivos não favorece a adoção de interpretações mais modernas do papel do Estado e de suas formas de intervenção no domínio econômico, podendo gerar interpretações restritivas aos institutos jurídicos do Direito Administrativo e Regulatório. Tais restrições, porém, decorrem mais de modelos mentais sedimentados no inconsciente coletivo dos juristas e administrativistas brasileiros que propriamente do sistema jurídico nacional e da Constituição Federal.

Observa-se, contudo, que a mudança desse paradigma de interpretação do Direito Regulatório nacional vem ocorrendo há alguns anos, podendo ser vislumbrada tanto nas ações adotadas por diversas agências reguladoras federais quanto em decisões do Tribunal de Contas da União. A título ilustrativo, pode ser transcrita a manifestação proferida no Acórdão nº 765/1999, do Plenário da Corte de Contas:

O princípio da impessoalidade deve, nos dias atuais, ser examinado em situações concretas. Não há como querer examinar a sua possível violação em situações abstratas ou meramente teóricas. São cada vez maiores os desafios que a sociedade moderna obriga-nos a enfrentar, e a velocidade com que novos fatos são impostos à Administração não mais permite que se possa querer resolvê-los com instrumentos jurídicos do passado. A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, de moralidade e de impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente

pautada pelos princípios da eficiência e da economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, da legalidade etc., igualmente dêem ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade.

Outra decisão, mais recente, proferida pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, é bastante ilustrativa. Trata-se do Acórdão nº 4.547/2020 decorrente de ação de monitoramento que avaliou os mecanismos adotados pela Aneel e agências conveniadas para fiscalizar a qualidade da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

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 (OCDE), que são: 1. Fiscalização baseada em evidências; 2. Seletividade; 3. Foco em riscos e proporcionalidade; 4. Regulação responsiva; 5. Visão em longo prazo; 6. Coordenação e consolidação; 7. Governança transparente; 8. Integração de informações; 9. Processo claro e justo; 10. Incentivo para conformidade; e 11. Profissionalismo.

[...]

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 regulatórias, 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.

[...]

14. Constatou como fundamento da recomendação do subitem 9.2.1 do Acórdão 651/2016-TCU-Plenário a observação de que as fiscalizações sobre qualidade do serviço de distribuição não estavam sendo realizadas com a periodicidade esperada, por insuficiência de recursos humanos. Uma possível saída para o problema seria aliviar o esforço em outros tipos de fiscalização, como a realizada nas bases de ativos das distribuidoras, usadas como variáveis no cálculo da revisão periódica das tarifas de energia elétrica.

15. Todavia, após a deliberação, a Aneel abandonou o modelo de fiscalizações de qualidade com abrangência geral e indiscriminada, instituindo a atuação responsiva, que, em linha com os conceitos mais modernos, parte de indicadores que irão definir as distribuidoras e os temas a serem fiscalizados, com redução do pessoal mobilizado.

Essas novas leituras jurídicas sobre o Direito Regulatório brasileiro permitem vislumbrar possibilidades para a regulação nacional, dentre as quais se destaca a adoção de técnicas e modelos mais responsivos aos setores regulados, permitindo maior flexibilidade em busca de eficiência regulatória a partir de uma gestão voltada para resultados.

Delimitados os principais pontos jurídicos controversos na adoção da regulação responsiva pelas agências reguladoras federais em face do sistema jurídico brasileiro e apresentados, sinteticamente, os fundamentos que demonstram sua compatibilidade legal e constitucional, pretende-se, no próximo tópico, apreciar como tem sido a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais.

4.4 Adoção de técnicas e estratégias da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais

As transformações ocorridas na segunda metade do século XX rumo à estruturação de economias de mercado mais eficientes conduziram o Brasil a também aderir a uma transição em seu modelo de prestação de serviços públicos, favorecendo maior participação de agentes privados e tornando necessária a criação de agências reguladoras, a partir dos anos de 1990, para regular setores cujos serviços até então eram prestados diretamente pelo Estado.

Passados 20 anos de utilização de modelos regulatórios baseados quase exclusivamente em técnicas de comando e controle, demonstraram-se ineficientes e limitados, conforme indicam as avaliações de diversas agências reguladoras federais e do próprio Tribunal de Contas da União. Tal esgotamento tem levado os reguladores a buscar novas estratégias regulatórias, dentre as quais se destacam mecanismos e técnicas regulatórias baseados em incentivos intrínsecos, com particular relevo para a Teoria da Regulação Responsiva.

Tal teoria busca superar a polarização entre a Teoria da Escolha Racional e a regulação meramente legalista, também denominada de comando e controle, que utiliza mecanismos de incentivos meramente extrínsecos (sanções). Ao incorporar aspectos comportamentais na conduta dos regulados, a Teoria da Regulação Responsiva busca ampliar a interação entre os diversos agentes envolvidos na regulação, tornando-a mais efetiva. Ou seja, para além da polarização entre direito e economia, reguladores devem considerar ambos e devem ser capazes de levar em conta de forma dinâmica e seletiva o comportamento do agente regulado.

Essa transição de modelos regulatórios requer mais que a mera alteração de estratégias: exige que a administração pública e seus agentes revejam sua compreensão sobre regulação, ou seja, mudem sua mentalidade regulatória. A partir de tal mudança de perspectiva, torna-se necessária também a estruturação de novo arcabouço teórico-jurídico que confira segurança jurídica tanto aos regulados quanto aos próprios reguladores. É nesse contexto que se torna relevante avaliar como a adoção da regulação responsiva tem sido interpretada pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais e pelo Poder Judiciário.

Por intermédio de pesquisa bibliográfica e coleta de dados realizada por meio da aplicação de questionário junto aos advogados públicos em exercício nas agências reguladoras federais, foram identificadas iniciativas existentes nas mencionadas agências que utilizam métodos e estratégias recomendadas pela Teoria da Regulação Responsiva.

Deve-se recordar que o objetivo precípua deste trabalho não é levantar todas as propostas de alterações regulatórias responsivas que existem nas agências reguladoras federais, mas, a partir das mudanças identificadas, verificar como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva tem sido interpretada pela AGU e pelo Poder Judiciário Federal, particularmente em face de sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da

Constituição Federal de 1988. Delimitados os parâmetros analíticos da pesquisa, serão destacadas algumas das medidas regulatórias que têm sido utilizadas pelas agências reguladoras federais que, de alguma forma, utilizam técnicas responsivas.

No âmbito da Anatel, foram identificadas as seguintes medidas regulatórias que de alguma forma utilizam técnicas responsivas, ainda que não tenham sido assim mencionadas expressamente em seus processos e atos normativos:

- a) Resolução Anatel nº 460, de 19 de março de 2007, e seu anexo, recentemente revogada pela Resolução nº 749, de 15 de março de 2022, a qual impôs às prestadoras de Serviço Telefônico Comutado (STFC) e Serviço Móvel Pessoal (SMP) o dever de implementar a portabilidade de código de acesso do usuário, mais especificamente, ao apostar na solução cooperada entre as prestadoras e entre elas e o regulador, semelhante a uma medida metarregulatória de regulação por rede nodal simples concentrada na figura da entidade administradora, o que reduziu significativamente os ônus aos cofres públicos e criou um modelo embrionário de pirâmide responsiva em rede (ARANHA, 2021b);
- b) Resolução Anatel nº 600, de 8 de novembro de 2012, alterada pela Resolução Anatel nº 694, de 17 de julho de 2018, que aprova o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), que prevê negociações realizadas sob a supervisão da Entidade Supervisora de Ofertas de Atacado, dispensando a agência do uso da competência sobre as medidas regulatórias assimétricas em um desenho de escalada da pirâmide de persuasão e punição (ARANHA, 2021b);
- c) Edital de licitação dos 700 MHz para o celular 4G, em 2014, o qual fez uso da regulação em rede, com a criação da Entidade Supervisora do Processo de Digitalização da TV e Redistribuição de Espectro, que previu o uso de entidade privada para administração de valores ofertados na licitação para fins de desmobilização sob supervisão de grupo de composição paritária e sob a ameaça de tomada de decisão impositiva por parte da agência e do Ministério das Comunicações (ARANHA, 2021b);
- d) Estratégia de solução de temas objeto de reclamações recorrentes, via Superintendência de Relações com Consumidores (SRC), entre os anos de 2017 e 2019, a qual criou mecanismo de solução dialogada e acordada, previamente à aplicação de sanção; e

- e) Resolução Interna nº 8/2021, que “aprova diretrizes para a elaboração da Agenda Regulatória e para o processo de regulamentação no âmbito da Agência”, e a Resolução Anatel nº 746/2021, que “aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória”, as quais estão em consonância com uma estratégia que já vinha sendo implantada pela agência, ao menos desde 2018, quando foi editado o *Manual de Boas Práticas Regulatórias* (ANATEL, 2018), o qual já recomendava a adoção da regulação responsiva como alternativa de ação não normativa.

Na Aneel, também houve a adoção de técnicas típicas da regulação responsiva, conforme se observa na Resolução Normativa Aneel nº 846, de 11 de junho de 2019, sobre procedimentos, parâmetros e critérios para imposição de penalidades aos agentes do setor de energia elétrica, particularmente em seus arts. 2º, 3º, inciso III, e 4º, os quais preveem prioridades regulatórias que não necessariamente levarão à adoção de sanções, escalonando em uma pirâmide de persuasão e punição quatro etapas da fiscalização dos serviços de eletricidade, além de autorizar a diferenciação do risco regulatório em face do comportamento dos agentes de mercado.

A Antaq buscou superar seus problemas de caráter fiscalizatório com a categorização dos regulados em grupos de risco, buscando incentivá-los a usar planos de melhoria. Cada grupo tem um universo de medidas específicas que são escalonadas conforme o grau de risco aumenta. Assim, a intensidade e a frequência da ação de fiscalização dependem do comportamento pregresso de cada regulado (ARANHA, 2021b).

Há também medidas de caráter responsivo na Ancine, na ANS, na Anac, conforme será descrito a seguir.

A Ancine regulamentou o processo administrativo para aplicação de penalidades em infrações nas atividades cinematográficas, videofonográficas e de comunicação audiovisual de acesso condicionado por meio da Instrução Normativa Ancine nº 109, de 19 de dezembro de 2012. O regulamento inclui o instituto da “reparação voluntária e eficaz”, que é uma medida preventiva e orientadora para corrigir a irregularidade antes da aplicação de sanções. Se a correção é feita voluntariamente, mesmo após a intimação do regulado, o processo é arquivado pela agência, conforme estabelece seu art. 103. Observa-se que a prioridade é a solução

da irregularidade e orientação do regulado, e não a adoção de uma postura apenas voltada à punição. No entanto, esse instituto só se aplica a regulados com comportamento virtuoso. Caso o regulado tenha sido condenado por uma infração semelhante nos últimos dois anos, a Ancine não pode aplicar medidas preventivas e o processo é arquivado, conforme prevê seu art. 105. Essa é uma estratégia regulatória com dois níveis, que busca substituir as sanções por medidas mais eficazes (ARANHA, 2021b).

A ANS prevê a possibilidade de reparação voluntária eficaz em processos administrativos para apuração de irregularidades no setor de saúde suplementar, conforme Resolução Normativa ANS nº 388, de 25 de novembro de 2015. Segundo a norma, se no curso das ações fiscalizatórias planejadas, denominadas de “intervenção fiscalizatória”, ocorrer reparação voluntária eficaz, o processo administrativo poderá ser arquivado (art. 25, IV, da IN 388/2015), e mesmo a reparação posterior pode resultar em desconto de 80% no valor da multa (art. 34, *caput*, da IN 388/2015). No entanto, a ANS pode, a seu critério, anular os efeitos da reparação posterior e da reparação voluntária eficaz se os índices de cumprimento das recomendações em um relatório de diagnóstico elaborado durante uma ação de intervenção fiscalizatória forem insuficientes, conforme art. 53, II e III, da mencionada resolução (ARANHA, 2021b).

A Anac optou por dividir a fiscalização em dois tipos distintos, denominados de “vigilância continuada” e “ação fiscal”. O primeiro tipo corresponde a uma fiscalização que acompanha o desempenho do serviço, do produto, da empresa ou do profissional a fim de verificar o atendimento das exigências estabelecidas no processo de certificação ou da outorga. E a ação fiscal corresponde às providências adotadas nos casos em que as recomendações realizadas no processo de fiscalização continuada não foram bem-sucedidas. Essa ação de fiscalização pode ocorrer de forma independente da ação da vigilância continuada, especialmente quando envolver hipóteses de proteção à sociedade ou atuação de entidades ou profissionais no setor sem a devida certificação ou outorga, conforme estabelece a própria Teoria da Regulação Responsiva para os casos de condutas mais graves.

Tais inovações regulatórias foram previstas na Resolução Anac nº 472, de 6 de junho de 2018, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Anac. A resolução estabeleceu também: (i) o Plano de Ações Corretivas (PAC), a ser apresentado pelo regulado com

a descrição das ações para correção da condição irregular, cronograma de implementação e responsável (art. 2º, IV, da Res. 472/2018); e (ii) algumas medidas preventivas decorrentes da ação de fiscalização, como o Aviso de Condição Irregular (ACI) e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI). Caso o regulado comprove a correção da infração nos prazos estabelecidos na SRCI ou no plano de ações corretivas dela derivado, previne a adoção de outras providências administrativas, dentre elas as sancionatórias (art. 8º, § 4º, da Res. 472/2018). Tais medidas estão muito alinhadas à Teoria da Regulação Responsiva, especialmente relacionadas à gradação das etapas de constrangimento (ARANHA, 2021b).

Mais recentemente, foi publicada a Portaria nº 10.218, de 9 de janeiro de 2023, que institui o Programa de Regulação da Superintendência de Infraestrutura Aeroportuária (SIA), denominado SIA mais (+) Simples e inclui expressamente a regulação responsiva como iniciativa regulatória da superintendência, como se observa no art. 3º, inciso V, da portaria. Na mesma oportunidade, foi publicada a Portaria nº 10.219, de 9 de janeiro de 2023, que dispõe sobre o ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório) de interesse da SIA, o qual prevê também como critérios para a seleção de participantes a responsividade da entidade e o potencial de avanço regulatório do projeto.

Quanto à ANTT, houve também a instituição de plano próprio para implementação de um sistema regulatório responsivo, denominado Projeto Atuação Responsiva (PAR), cujo objetivo é promover a atualização de seu ambiente normativo, unificando os parâmetros e mecanismos de regulação e alcançando maior efetividade em seus atos, com o fim de evitar situações recorrentes de judicialização de controvérsias entre regulador e regulado (LUSTOSA, 2021). Por meio da Deliberação nº 246, de 23 de julho de 2021, que aprovou o Mapa Estratégico da ANTT para o Ciclo do Planejamento Estratégico 2020-2030, a agência incluiu oficialmente a atuação responsiva como atributo de valor no Mapa Estratégico (ANTT, 2021).

Como se observa, há iniciativas regulatórias de caráter responsivo já institucionalizadas e outras em andamento nas agências reguladoras federais, ainda que em caráter embrionário, sendo que, em alguns casos, tais medidas já estão em vigor há mais de uma década. Todavia, mesmo diante de tais medidas, as respostas ao questionário apresentado aos advogados públicos em exercício em tais agências reguladoras federais sinalizam que o conhecimento sobre regulação responsiva por seus órgãos jurídicos ainda é limitado, bem como parece quase não haver discussões

jurídicas sobre a Teoria da Regulação Responsiva na esfera judicial, como será apresentado a seguir.

4.5 Interpretação da AGU quanto à adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais

Como já anunciado, para melhor compreender como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva tem sido interpretada pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais e também pelo Poder Judiciário Federal, além da pesquisa bibliográfica, foi enviado um questionário aos advogados públicos em exercício nas agências, com perguntas que visavam identificar o grau de familiaridade com a Teoria da Regulação Responsiva e as possíveis manifestações jurídicas proferidas sobre o tema.

4.5.1 Apresentação e contextualização das respostas ao questionário

O questionário foi enviado aos 157 advogados públicos em exercício nas unidades da AGU (procuradorias) presentes nas 11 agências reguladoras federais selecionadas para o estudo. É importante registrar que as mensagens enviadas receberam a devida confirmação de recebimento por e-mail.

O período de resposta ao questionário foi definido entre os dias 16 de janeiro e 3 de fevereiro de 2023. Dos 157 questionários encaminhados, foram apresentadas 63 respostas de advogados públicos em exercício em todas as 11 agências reguladoras federais. A Tabela 1 ilustra: (i) o número total de advogados públicos por agência reguladora; (ii) o número total de respostas recebidas; e (iii) o percentual de respostas recebidas por ente regulador.

AGÊNCIA	ADVOGADOS PÚBLICOS	RESPONDIDOS	PERCENTUAL
Agência Nacional de Águas (ANA)	7	3	42,86%
Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)	10	6	60,00%
Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)	16	8	50,00%
Agência Nacional de Mineração (ANM)	29	4	13,79%
Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	15	3	20,00%
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	23	15	65,22%

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	8	2	25,00%
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	18	10	55,56%
Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)	13	5	38,46%
Agência Nacional do Cinema (ANCINE)	5	4	80,00%
Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	13	3	23,08%
TOTAL	157	63	40,13%

Tabela 1: Número total de advogados públicos por agência reguladora, quantidade de respostas recebidas e respectivo percentual por ente regulador.

Fonte: Elaboração própria.

Das 63 respostas apresentadas pelos advogados públicos em exercício nas procuradorias das agências reguladoras selecionadas na pesquisa, 59 identificaram-se como ocupantes do cargo de procurador federal (93,7% dos respondentes), 3 do cargo de advogado da união (4,8% dos respondentes) e 1 do cargo de procurador da fazenda nacional (1,6% dos respondentes), conforme Figura 13:

Cargo do(a) entrevistado(a):

63 respostas

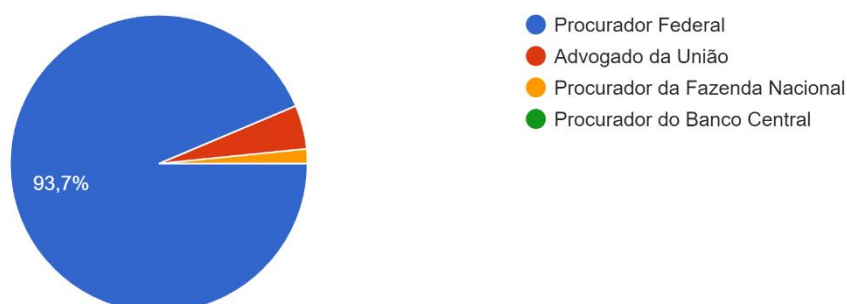


Figura 13: Gráfico com os cargos dos entrevistados que responderam o questionário.

Fonte: Elaboração própria.

Apesar do número razoável de respondentes, um pouco mais de 40% do universo total de advogados públicos em exercício nas procuradorias das agências reguladoras federais, houve grande variedade na participação por agência. **Os menores percentuais** de participação ficaram com as procuradorias da Agência Nacional de Mineração (13,79%), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (20%)

e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (23,08%). Por outro lado, houve **maior percentual de participação** na procuradoria da Agência Nacional de Cinema (80%), da Agência Nacional de Telecomunicações (65,22%) e da Agência Nacional de Aviação Civil (60,00%), respectivamente.

Em **números absolutos**, as procuradorias com maior número de participantes foram as da Agência Nacional de Telecomunicações (15 participantes), da Agência Nacional de Transportes Terrestres (10 participantes) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (8 participantes). E as menores participações em números absolutos ficaram com as procuradorias da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, da Agência Nacional de Saúde Suplementar e da Agência Nacional de Águas, com 3 participantes, bem como a da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, com apenas 2 participantes. A Figura 14 ilustra os dados informados na Tabela 1, por unidade jurídica de exercício profissional dos entrevistados, diferenciando-se pelo percentual de participação, que, nesse caso, corresponde ao percentual relativo ao número de efetivos respondentes da pesquisa.

Unidade jurídica de exercício profissional do(a) entrevistado(a):
63 respostas

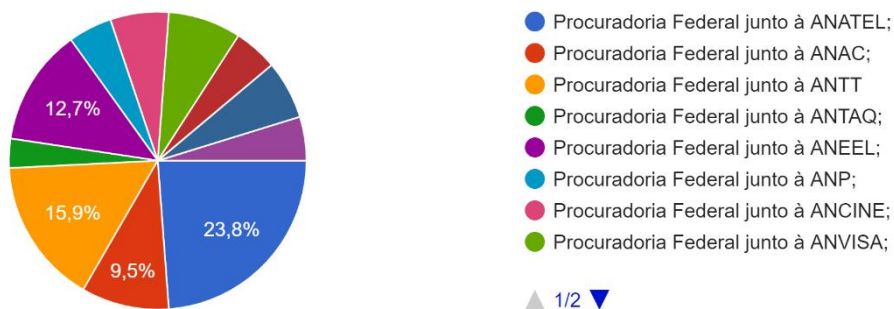


Figura 14: Gráfico com percentual de respostas por Procuradoria Federal junto às agências reguladoras federais.

Fonte: Elaboração própria.

Alguns fatores podem justificar a limitada adesão dos advogados públicos para responder ao questionário, apesar de não ser possível afirmar com segurança, em razão das distintas rotinas administrativas e finalísticas existentes nas procuradorias das respectivas agências reguladoras federais, seja na distribuição de processos, seja na organização interna dos órgãos. Assim, para responder tal dúvida seria necessária

outra pesquisa específica sobre o tema. Todavia, é possível levantar algumas hipóteses:

- a) Férias ou outro motivo de ausência temporária dos advogados públicos federais no período de resposta do questionário;
- b) Falta de interesse dos advogados públicos que não atuam com matéria regulatória ou sancionatória em responder ao questionário em razão da especialização e divisão do trabalho no âmbito das respectivas procuradorias;
- c) Falta de conhecimento sobre o tema da regulação responsiva.

É importante recordar que o objetivo deste trabalho não é identificar o interesse dos advogados públicos pela regulação responsiva, mas compreender como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada por seus órgãos jurídicos e pelo Poder Judiciário federal. Para alcançar tal objetivo, foram elaboradas dez perguntas direcionadas especificamente aos advogados públicos em exercício em tais órgãos com o intuito de identificar:

- a) Se eles conhecem, ainda que de forma contingente, a Teoria da Regulação Responsiva;
- b) A existência de manifestações jurídicas proferidas, no âmbito de tais órgãos, que analisaram a legalidade e a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva;
- c) Se tais manifestações jurídicas analisaram a compatibilidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988; e
- d) A existência de decisões judiciais que apreciaram a legalidade e constitucionalidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva em atos normativos ou sancionatórios adotados pelas agências reguladoras federais.

As dez perguntas formuladas no questionário foram apresentadas na seguinte ordem:

- a) Você já ouviu falar sobre a Teoria da Regulação Responsiva?
- b) Em caso afirmativo, favor informar como você tomou conhecimento, pela primeira vez, da existência da mencionada teoria.

- c) Você já teve oportunidade de elaborar manifestação jurídica sobre a legalidade e/ou constitucionalidade da adoção da *regulação responsiva* em atos normativos ou sancionatórios praticados pela agência reguladora em que você atua?
- d) Em caso afirmativo, favor identificar as manifestações e os respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas.
- e) Você tem conhecimento da existência de manifestações jurídicas proferidas, no âmbito de sua procuradoria, que analisaram a legalidade e/ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na *regulação responsiva*?
- f) Em caso afirmativo, favor identificar as manifestações e os respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas.
- g) Você tem conhecimento da existência de ações judiciais que discutem a legalidade e/ou a constitucionalidade da utilização da *regulação responsiva* em atos normativos ou sancionatórios praticados por agência reguladora federal?
- h) Em caso afirmativo, favor relacionar o número dos processos judiciais e o juízo de origem das respectivas ações.
- i) Você tem conhecimento de alguma manifestação de órgãos de controle (CGU e TCU) que analisa a legalidade e/ou a constitucionalidade da adoção da *regulação responsiva* no âmbito de sua agência reguladora?
- j) Em caso afirmativo, favor relacionar o número do processo e o órgão de controle da respectiva manifestação.

Segue um breve comentário com o resumo das respostas apresentadas para cada uma das dez perguntas constantes do questionário.

Quanto à primeira pergunta, dos 63 advogados públicos em atuação nas agências reguladoras que a responderam, 42 (66,7%) informaram que “já ouviram falar” na Teoria da Regulação Responsiva, enquanto 21 (33,3%) nunca ouviram falar da teoria, o que demonstra um relativo conhecimento sobre a existência da teoria **entre os advogados que responderam à pesquisa**. No universo total de advogados que atuam em agências reguladoras federais (157), o número de advogados que

informaram “já ter ouvido falar” na Teoria da Regulação Responsiva – 42 – corresponde a apenas 26,75% do total.

1 - Você já ouviu falar sobre a Teoria da Regulação Responsiva?

63 respostas

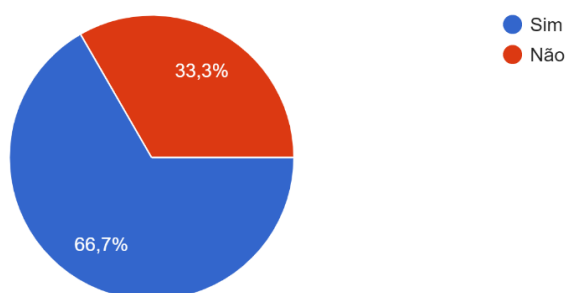


Figura 15: Gráfico com percentual de advogados respondentes que “já ouviram falar” na Teoria da Regulação Responsiva.

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à segunda pergunta, dos 43 advogados respondentes, 25 (58,1%) responderam que conheceram a Teoria da Regulação Responsiva no trabalho, 13 (30,2%) em instituição acadêmica e 5 (11,7%) na internet.

2 - Em caso afirmativo, favor informar como você tomou conhecimento, pela primeira vez, da existência da mencionada teoria:

43 respostas

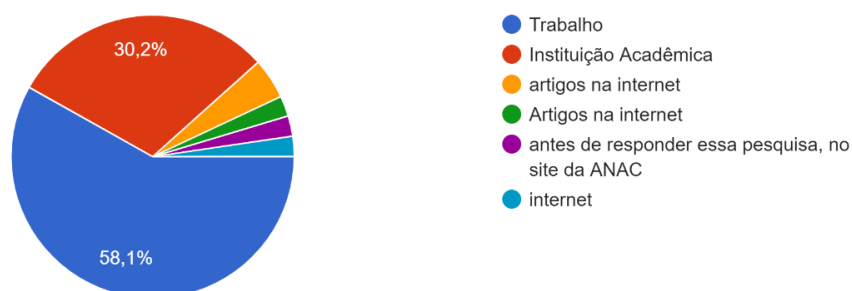


Figura 16: Gráfico com percentual da fonte onde os advogados públicos respondentes obtiveram acesso à Teoria da Regulação Responsiva, pela primeira vez.

Fonte: Elaboração própria.

Quanto à terceira pergunta, que questionou se os entrevistados já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre legalidade e constitucionalidade da adoção da

regulação responsiva em atos normativos ou sancionatórios praticados pela agência reguladora em que atuam, dos 62 respondentes, 53 (85,5%) informaram que nunca haviam se manifestado sobre o tema, e apenas 9 (14,5%) informaram que já fizeram alguma manifestação sobre o tema.

3 - Você já teve oportunidade de elaborar manifestação jurídica sobre a legalidade e/ou constitucionalidade da adoção da regulação resp...ados pela Agência Reguladora em que você atua?
62 respostas

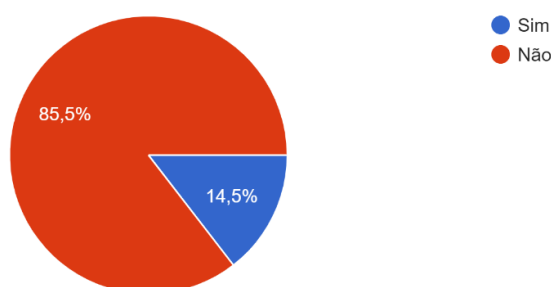


Figura 17: Gráfico com percentual de advogados públicos respondentes que já se manifestaram sobre a legalidade ou constitucionalidade da adoção da regulação responsiva.

Fonte: Elaboração própria.

No entanto, quando a terceira pergunta foi aprofundada na pergunta seguinte, as respostas não foram muito alentadoras. A pergunta número 4 solicitava que, caso a resposta nº 3 tivesse sido afirmativa, ou seja, se o advogado público respondente já tivesse se manifestado quanto a legalidade e constitucionalidade da adoção da regulação responsiva em atos normativos ou sancionatórios praticados pela agência reguladora em que atua, ele deveria identificar as manifestações e os respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas. Nesse caso, apenas 7 advogados públicos responderam à pergunta 4 e, mesmo assim, apenas 6 forneceram detalhes do processo em que houve a manifestação.

4 – Em caso afirmativo, favor identificar as manifestações e respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas:

- 00769.000034/2022-36, seq. 17: relacionado à fiscalização e ação punitiva da ANEEL; a parte se insurgia contra a aplicação de multa em face do caráter educativo da pena, com base no art. 2º e ss da Resolução Normativa ANEEL nº 846/2019
- 48500.000950/2008-95

- Parecer n. 960/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, relativo à minuta do Regulamento de Qualidade (NUP 53500.006207/2015) e Parecer n. 496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, referente à minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória (NUP 53500.205186/2015).
- 00421.080847/2019-27
- Nas manifestações orais nas sessões da Diretoria Colegiada da ANA
- Parecer nº 496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (NUP 53500.205186/2015-10)
- PARECER n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (seq. 8 do NUP 53500.205186/2015-10)

A quinta pergunta questionou se o advogado público tinha ciência da existência de manifestações jurídicas proferidas, no âmbito da procuradoria em que atua, que analisaram a legalidade e/ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na *regulação responsiva*. Dos 62 respondentes, apenas 11 (17,7%) informaram que sim, sendo que a maioria – 51 (82,35%) – informou que não conhecia nenhuma manifestação nesse sentido.

5 - Você tem conhecimento sobre a existência de manifestações jurídicas proferidas, no âmbito de sua Procuradoria, que analisaram a legalidade e/...ticados com fundamento na regulação responsiva?

62 respostas

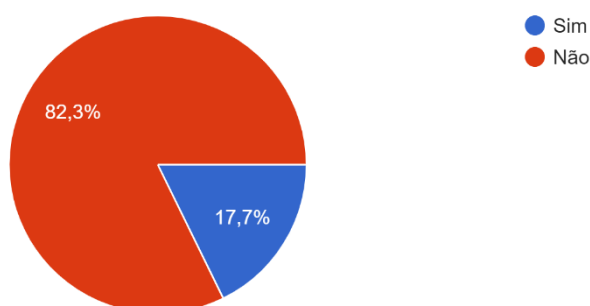


Figura 18: Gráfico com percentual advogados públicos respondentes que têm conhecimento de manifestações jurídicas que analisaram a legalidade ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na *regulação responsiva*, proferidas pela Procuradoria em que atuam.

Fonte: Elaboração própria.

Ainda assim, quando a quinta pergunta foi aprofundada na pergunta seguinte, também não foram muitas as informações obtidas. A pergunta número 6 solicitava que, caso a resposta nº 5 tivesse sido afirmativa, deveriam ser identificadas as manifestações e os respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas. Nesse caso, apenas 5 advogados

públicos responderam à pergunta, fornecendo detalhes do processo em que houve a manifestação.

6 - Em caso afirmativo, favor identificar as manifestações e respectivos processos administrativos (NUP) ou judiciais em que tais manifestações jurídicas foram proferidas:

5 respostas

- 00058.019955/2020-27 - TED ANAC-UnB para pesquisa sobre regulação responsiva
- 00058.041399/2019-31
- Os mesmos citados acima.
- 53500.205186/2015-10
- 00766.000023/2022-86 - 00058.042039/2020-91 - 00058.042175/2019-47 - 00058.004182/2019-41

Percebe-se que é baixo o número de advogados públicos que forneceram informações sobre processos ou manifestações relacionados à regulação responsiva, pois equivale a menos de 10% do número de advogados que responderam ao questionário e menos de 4% do total de 157 advogados públicos atualmente em exercício nas procuradorias das agências reguladoras federais.

Quanto a eventuais demandas judiciais que questionam a regulação responsiva, o número é ainda menor. Das 61 respostas apresentadas à sétima pergunta, apenas 4 (6,6% dos respondentes) informaram conhecer a existência de ação judicial que discute a legalidade e/ou a constitucionalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva em relação a atos normativos ou sancionatórios praticados por agência reguladora federal, e apenas 2 efetivamente informaram as ações em que tal tema teria sido discutido.

7 - Você tem conhecimento sobre a existência de ações judiciais que discutem a legalidade e/ou constitucionalidade da utilização da regulação re...órios praticados por Agência Reguladora Federal?

61 respostas

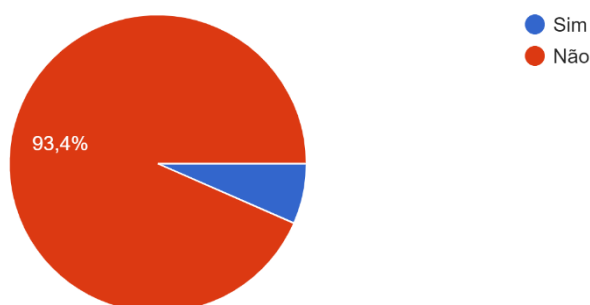


Figura 19: Gráfico com percentual advogados públicos respondentes que têm conhecimento da existência de ação judicial que discute a legalidade ou constitucionalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva em relação a atos normativos ou sancionatórios praticados por Agência Reguladora Federal.

Fonte: Elaboração própria.

8 - Em caso afirmativo, favor relacionar o número dos processos judiciais e o juízo de origem das respectivas ações:

3 respostas

- 00421.080847/2019-27
- não tenho conhecimento específico da utilização do termo "regulação responsiva", mas já vi muitos processos em que se questiona a inadequação das punições, especialmente em sua proporção.
- 1026649-38.2019.4.01.3400 (8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal) -

Por fim, as duas últimas perguntas buscavam saber se os advogados públicos em atuação nas agências reguladoras conheciam alguma manifestação dos órgãos de controle, seja o Tribunal de Contas da União ou a Controladoria-Geral da União, que analisavam a legalidade e/ou a constitucionalidade da regulação responsiva. Dos 60 advogados que responderam à pergunta, apenas uma resposta foi positiva e, mesmo assim, não foi informada qual seria tal manifestação.

9 - Você tem conhecimento de alguma manifestação de órgãos de controle (CGU e TCU) que analisa a legalidade e/ou constitucionalidade da ... responsiva no âmbito de sua Agência Reguladora?

60 respostas

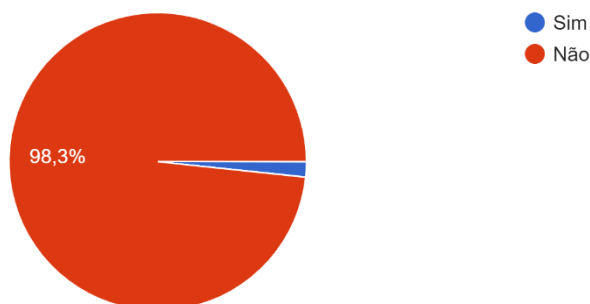


Figura 20: Gráfico com percentual advogados públicos respondentes que têm conhecimento quanto à existência de manifestação de órgãos de controle (CGU e TCU) que analisa a legalidade ou constitucionalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva em relação a atos normativos ou sancionatórios praticados pela Agência Reguladora em que atua.

Fonte: Elaboração própria.

10 - Em caso afirmativo, favor relacionar o número do processo e o órgão de controle da respectiva manifestação:

0 resposta

Ainda não há respostas para esta pergunta.

As respostas ao questionário suscitam algumas reflexões. Primeiramente, percebe-se que, apesar de 42 advogados públicos responderem que conhecem a Teoria da Regulação Responsiva (pergunta 1), apenas 9 advogados informaram ter feito alguma manifestação sobre essa teoria em atos normativos ou sancionatórios praticados pela agência reguladora em que atua (pergunta 3). Esse número é muito próximo ao número de 11 advogados que informaram estar cientes da existência de manifestações jurídicas produzidas por sua procuradoria que avaliam a legalidade e/ou a constitucionalidade de atos normativos ou punitivos baseados na regulação responsiva (pergunta 5). Observa-se, assim, uma convergência de respostas entre as perguntas 3 e 5.

Ainda quanto à convergência nas respostas, observa-se que, ao analisar as respostas às perguntas 4 e 6 do questionário, foram relacionados 11 processos em que teria havido as manifestações, sendo 2 na Aneel, 3 na Anatel e 6 na Anac, conforme as respostas a seguir reunidas:

- a) 00769.000034/2022-36, seq. 17 (Informações nº 00393/2022/PFANEEL/PGF/AGU) relacionado à fiscalização e ação punitiva da Aneel; a parte se insurgia contra a aplicação de multa em face do caráter educativo da pena, com base no art. 2º e ss da Resolução Normativa Aneel nº 846/2019;
- b) (NUP 48500.000950/2008-95) – PARECER nº 234/2021/PFANEEL/PGF/AGU;
- c) Parecer nº 960/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, relativo à minuta do Regulamento de Qualidade (NUP 53500.006207/2015);
- d) 00421.080847/2019-27 – ANATEL – Informações nº 00337/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU;
- e) Parecer nº 496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, referente à minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória (seq. 8-NUP 53500.205186/2015-10);
- f) Parecer nº 00210/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU – 00058.019955/2020-27 – TED ANAC-UnB para pesquisa sobre regulação responsiva;
- g) 00058.041399/2019-31;

- h) NUP: 00766.000023/2022-86 COTA nº 00001/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU;
- i) NUP: 00058.042039/2020-91 PARECER nº 00200/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU;
- j) NUP: 00058.042175/2019-47 PARECER nº 00138/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU; e
- k) 00058.004182/2019-41 PARECER nº 00093/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU.

As respostas às perguntas 3 a 6 do questionário demonstram que, apesar de um grupo significativo de advogados públicos conhecer, ainda que de forma contingente, a Teoria da Regulação Responsiva (42 respondentes) e, apesar das diversas iniciativas relacionadas à adoção parcial da Teoria da Regulação Responsiva nas agências reguladoras federais, conforme exposto no tópico anterior deste trabalho, o tema ainda é pouco debatido e analisado nas procuradorias das agências, tendo sido relacionadas manifestações apenas nas procuradorias de três agências reguladoras: Aneel, Anatel e Anac.

Em que pese o baixo número de manifestações jurídicas que se referem expressamente à regulação responsiva, elas fornecem perspectivas relevantes sobre como os órgãos jurídicos das agências reguladoras federais estão analisando os atos normativos e sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva.

4.5.2 Análise das manifestações proferidas pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais

A. Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel

Iniciaremos a análise abordando as manifestações jurídicas proferidas pelo órgão jurídico de agência reguladora federal com maior número de manifestações expressamente relacionadas à regulação responsiva. Como se observa das respostas apresentadas pelos advogados públicos em exercício nas 11 agências reguladoras federais selecionadas, foram elencadas, no questionário, 3 manifestações elaboradas pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel:

- a) Parecer nº 960/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, relativo à minuta do Regulamento de Qualidade (NUP 53500.006207/2015);
- b) 00421.080847/2019-27 – ANATEL – Informações nº 00337/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU;
- c) Parecer nº 496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, referente à minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória (seq. 8-NUP 53500.205186/2015-10);

Todavia, ao aprofundar a pesquisa, mediante a análise realizada junto ao sistema “Super Sapiens”³¹ da Advocacia-Geral da União, foram identificadas outras 8 manifestações proferidas pela mencionada Procuradoria, que se referem expressamente à Teoria da Regulação Responsiva, conforme se observa abaixo:

- a) Parecer nº. 567/2021/PFE - ANATEL, relativo à revisão do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC), aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014, objeto do item 6 da Agenda Regulatória para o Biênio 2021-2022 (NUP 53500.061949/2017-68);
- b) Parecer nº. 784/2020/PFE – ANATEL, relativo à proposta de revisão da Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015, do Conselho Diretor, que aprova o processo de regulamentação no âmbito da Anatel (NUP 53500.019691/2020-01);
- c) Parecer nº. 694/2020/PFE - ANATEL, relativo à proposta do Regulamento de Continuidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral (RCON) e da alteração do Contrato de Concessão. Item 5 da Agenda Regulatória 2019-2020 (NUP 53500.056388/2017-85);
- d) Parecer nº. 347/2020/PFE – ANATEL, relativo à reavaliação da regulamentação sobre Conselho de Usuários, constante do item 10 da Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020 (NUP 53500.033628/2018-54);
- e) Parecer nº. 130/2020/PFE – ANATEL, relativo à revisão do Regulamento de Obrigações de Universalização - ROU (NUP 53500.001043/2019-56);

³¹ O sistema “Super Sapiens” corresponde a um sistema de Inteligência jurídica da AGU, desenvolvido para de triagem, distribuição e produção de documentos jurídicos, acessível no link: <https://supersapiens.agu.gov.br/>. Maiores informações sobre o mencionado sistema podem ser obtidas no link: <https://www.gov.br/agu/pt-br/sapiens-1/super-sapiens>.

- f) Parecer nº. 383/2019/PFE – ANATEL, relativo à proposta de revisão do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC (NUP 53500.061949/2017-68);
- g) Parecer nº. 211/2019/PFE - ANATEL, relativo à reavaliação da regulamentação sobre uso de Femtocélulas (NUP 53500.002778/2018-16);
- h) Parecer nº. 576/2016/PFE - ANATEL, relativo à proposta de revisão do modelo de gestão da qualidade (NUP 53500.006207/2015-16).

Dentre as diferentes manifestações jurídicas identificadas nesta pesquisa, no âmbito da ANATEL, não será feita uma análise individual de cada uma delas. Em vez disso, serão selecionadas algumas manifestações ao longo dos anos para ilustrar a evolução do entendimento do tema pela mencionada Procuradoria.

A análise será iniciada pela manifestação mais antiga identificada sobre o tema, no âmbito desta pesquisa, qual seja, o **Parecer nº 00576/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, proferido pela Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, em agosto de 2016, no processo nº **53500.006207/2015-16**, que trata da proposta de revisão do atual Modelo de Gestão da Qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), do Serviço Móvel Pessoal (SMP), do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e dos Serviços de Televisão por Assinatura.

Naquela oportunidade, o parecer já identificava que o modelo de gestão de qualidade proposto se firmava nos pilares de promoção da qualidade do setor de forma geral, com estímulo à melhoria da prestação dos serviços, adotando a **Teoria da Regulação Responsiva** com o objetivo de induzir as prestadoras a adotar comportamento direcionado ao cumprimento das regras de forma espontânea, antes da aplicação de sanções. Dentre outros pontos, no que se refere à regulação responsiva, o parecer destaca:

57. Para tanto, é prevista a criação de mecanismos para o estímulo à promoção da qualidade da prestação do serviço, ampliando o poder do consumidor ao municiá-lo com informações críveis e que poderão auxiliá-lo a exercer sua escolha dentre as prestadoras, ampliando, por conseguinte, a competição entre elas.

58. Focando-se na qualidade de forma geral no setor, no novo modelo, os direitos individuais de cada assinante seriam resguardados por meio do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC, aprovado pela Resolução nº 632, de 07

de março de 2014. Para tanto, a minuta de resolução que aprovará o novo RGQ apresenta ajustes no RGC.

59. Propõe-se que a gestão de qualidade seja regida pelos seguintes princípios, materializados no art. 7º da minuta: a) função social das telecomunicações; b) livre concorrência; c) proteção e defesa do consumidor; **d) atuação de forma responsiva**; e) incentivo ao comportamento responsivo dos entes regulados; f) avaliação da qualidade por meio da percepção dos consumidores em complemento às medições técnicas; g) estímulo à melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações; h) promoção da transparência e da disseminação de dados e informações à sociedade; i) interação com os entes regulados; j) diversificação na oferta dos serviços de telecomunicações; k) máxima granularidade e precisão dos indicadores, nos limites das capacidades técnica e estatística.

60. Altera-se substancialmente a condução da gestão da qualidade na prestação de serviços de telecomunicações ao prever, ao invés da imediata instauração de processo administrativo e eventual imposição de sanções em caso de descumprimento das metas estipuladas, para um mecanismo híbrido, com a estipulação de acompanhamento e publicação de dados para informações aos consumidores e estratégias de controle e sanções.

61. No ponto, tem-se que o regulamento buscou aproximar-se da teoria regulatória responsiva, a qual defende que a regulação deve ser formulada de forma a estabelecer um arranjo institucional que induza o ente regulado à obediência das normas. Pondera o corpo técnico, ainda, como vantagem da adoção desta teoria, que “o atendimento da condição de conformidade tenta ser resolvida antes de se desenvolver como lide administrativa, em atenção aos princípios da celeridade e economia processual” (item 3.170 do Informe).

[Sem grifos no original]

Ao final, o parecer conclui:

f) Quanto ao mérito, observa-se que a proposta encontra-se devidamente motivada, encontrando amparo firmando-se nos pilares de promoção da qualidade do setor de forma geral, com o estímulo à melhoria da prestação dos serviços, adotando a Teoria da Regulação Responsiva;

Da análise do parecer, observa-se que a procuradoria da Anatel não vislumbra óbices jurídicos à adoção da Teoria da Regulação Responsiva na proposta regulatória em análise, apesar de algumas sugestões apresentadas ao texto da minuta de Regulamento Geral de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RGQ). Posteriormente, o processo retornou para nova manifestação da procuradoria em razão de ajustes decorrentes da realização de consulta pública à proposta de novo Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), o qual pretende consolidar em um único normativo as regras relativas à qualidade da

telefonia fixa, da telefonia móvel, do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).

Ao analisar a nova proposta, a procuradoria manifestou-se, no mesmo processo, por meio do **Parecer nº 00960/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, assinado em março de 2019, o qual não vislumbrou óbices jurídicos à implementação do novo modelo de gestão de qualidade, amparado na Teoria da Regulação Responsiva, apesar de algumas sugestões oferecidas à proposta, conforme trechos do parecer a seguir transcritos:

35. Antes de apreciar as contribuições apresentadas em relação aos principais pontos da proposta de RQUAL, o corpo técnico realizou a análise de manifestações relativas a aspectos gerais com o objetivo de aperfeiçoamento da proposta, em especial, aquelas que se referem à regulação responsiva, ao modelo de qualidade recomendado pela OCDE(Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), e aos comentários da Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC/MF, da Ouvidoria da Anatel e de Órgãos de Defesa do Consumidor.

36. Com relação à regulação responsiva, adotada como premissa na reavaliação do modelo de gestão de qualidade, o corpo técnico registrou que algumas contribuições apontaram sua incompatibilidade com determinadas medidas compensatórias, como, por exemplo, suspensão de vendas, exceto em situações excepcionais. Ademais, as manifestações consignam que o sistema de prêmios e vantagens somente poderia ser utilizado no Brasil mediante uma revisão profunda na cultura de fiscalização e aplicações de sanções pela Agência, em razão dos questionamentos formulados pelo Tribunal de Contas da União no tocante ao gerenciamento da qualidade dos serviços de telecomunicações.

37. Analisando estas contribuições, o corpo técnico esclareceu que o TCU aponta a necessidade de melhoria do sistema de acompanhamento e controle da qualidade, justamente o que se busca alcançar com a reavaliação do modelo de gestão de qualidade.

38. Quanto à suspensão de vendas e outras medidas compensatórias, informa-se que houve uma reavaliação da proposta. De fato, consoante será avaliado adiante, a proposta não mais contempla a medida de suspensão de vendas, reestruturando-se as medidas compensatórias anteriormente previstas.

39. No ponto, observa-se que o modelo de gestão da qualidade proposto nesta oportunidade, amparado na Teoria da Regulação Responsiva, é bem menos intervencionista e enfatiza o incentivo à promoção da qualidade do setor.

40. A Teoria da Regulação Responsiva ampara-se na conclusão de que, somente mediante a criação de regras que incentivem os entes regulados a cumprir as normas de forma voluntária, seria possível obter uma regulação efetiva. Afasta-se, assim, do modelo meta-sanção para um sistema em que se contempla um cenário de incentivos.

41. Não se pode olvidar, ademais, que a reavaliação do modelo de gestão de qualidade dos serviços de telecomunicações objetiva justamente a melhoria dos mecanismos que buscam assegurar a qualidade no setor. A aplicação da Teoria da Regulação Responsiva, amparada em incentivos, foi uma alternativa encontrada pela Agência, amparada em estudos técnicos, que busca justamente evoluir na gestão da qualidade.

[...]

202. Anote-se, por fim, que estas medidas de incentivo vão ao encontro da regulação responsiva buscada pela ANATEL mediante a edição deste novo Regulamento de Qualidade, não havendo que se falar na existência de óbice jurídico para a adoção desta política regulatória pelo órgão regulador.

[...]

415. Nesse aspecto, é importante destacar que esta Procuradoria não vislumbra óbices jurídicos à implementação do modelo de gestão de qualidade proposto, amparado na Teoria da Regulação Responsiva, cabendo-lhe, apenas, a realização das ponderações anteriormente realizadas nos tópicos específicos a cada tema.

Observa-se também na manifestação da procuradoria da Anatel que, apesar de sugestões pontuais ao texto do novo Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), não se vislumbrou óbice jurídico à implementação do modelo de gestão de qualidade proposto, amparado na Teoria da Regulação Responsiva.

Ainda quanto à regulação responsiva, a procuradoria da Anatel tem defendido sua adoção pela agência reguladora, conforme se observa das **Informações nº 00337/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, elaboradas em 18 de junho de 2020, no âmbito do processo administrativo nº 00767.000803/2019-11, em que são prestados subsídios à defesa judicial da Anatel na Ação Civil Pública nº 5025325-16.2019.4.04.7100, promovida pelo Ministério Público Federal (MPF) e pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS) em face da Anatel, Claro, Oi, Vivo e Tim.

Nesse processo judicial, os autores da ação (MPF e MP-RS) afirmam existir uma prática abusiva e corriqueira das citadas empresas de telecomunicações consistente na cobrança pela prestação de serviços de terceiros, de serviços adicionais (ou Prestação, Utilidade ou Comodidade – PUC) e de Serviços de Valor Adicionado sem que exista comprovação da solicitação dos serviços nominados. Segundo os autores da ação, a Anatel seria conivente com essa prática abusiva em razão de sua omissão e, mesmo quando atuou, o fez de modo ineficaz, prejudicando todos os consumidores.

Ao analisar as informações elaboradas pela procuradoria da agência, observa-se que o órgão jurídico defende a adoção da Teoria da Regulação Responsiva adotada pela Anatel, conforme trechos abaixo transcritos:

36. Revela-se, portanto, inexato e desatualizado é o quadro pintado na Petição Inicial. A Agência obsta efetivamente a violação dos direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações que maiores dores causam à sociedade; a Anatel utiliza um amplo e diversificado cardápio de opções regulatórias disponíveis no arcabouço constitucional, legal e regulatório, tais como procedimentos sancionatórios; medidas cautelares; ações de atuação responsiva (dentro de todo o espectro de atuação que a chamada "pirâmide regulatória" permite), entre outras; e, finalmente, a Agência possui robustos processos de monitoramento e inteligência que detectam desde os menores problemas ocorridos, com *delay* de apenas uma semana, até análises setoriais anuais e plurianuais complexas, que permitem ao órgão direcionar suas ações e recursos da melhor forma possível.

37. Mesmo que fosse verdadeira a “baixíssima efetividade e lentidão” (p. 158) da Agência no período de 2012 a 2017 no tocante às ações voltadas à proteção dos direitos dos consumidores quanto, entre outros, a cobranças indevidas de serviços adicionais -e não o eram, já que diversas ações foram adotadas no período, como trazido ao longo desta manifestação -, tal constatação não poderia de modo algum ser replicado para o momento presente.

38. Necessário ter em mente que a Anatel possui, hoje (junho de 2020), processos e procedimentos (implantados ou em elaboração) robustos, com sólida fundamentação teórica e espelhados no que há de mais inovador em termos de gestão e administração pública no mundo. As ações realizadas nos últimos três anos têm dado resultados efetivos e é imperioso que a Agência possa continuar seu ciclo virtuoso, planejado não sem dores e dificuldades, mas voltado para a efetiva e tempestiva solução daquelas que são as maiores dores dos consumidores dos serviços de telecomunicações - e não por intuição deste órgão regulador, mas de acordo com dados e informações consolidados pelas áreas de inteligência da Agência a partir dos diversos insumos disponíveis.

[...]

40. Demais disso, a premissa da atuação responsiva foi entendida de modo incorreto pelo autor da Ação Civil Pública. A *ratio* constante da afirmação de que nos Procedimentos de Fiscalização Regulatória – PFRs as empresas são sugestionadas solucionar por si mesmas os problemas não é, aqui novamente, ideia autoral da Anatel, mas constante de todo raciocínio teórico firme que embasa a chamada Teoria Responsiva, ou **Teoria da Regulação Responsiva**. Um dos fundamentos dessa lógica está no fato, incontestável, que a empresa (por uma premissa de assimetria informacional, inerente às mais comuns teorias da regulação) conhece melhor seu negócio que o ente regulador. Neste sentido, ao apontar o problema e (ao revés de impor ou indicar uma solução e/ou simplesmente sancionar eventual irregularidade correspondente sem a mitigação da causa da dor do consumidor) demandar solução correspondente, não está a Agência

sendo inocente, omissa ou negligente, mas atuando de acordo com as melhores práticas dentro do que convencionou a Teoria da Regulação Responsiva – descrita em maiores detalhes abaixo.

4.1 Sobre a Teoria da Regulação Responsiva

41. A Teoria da Regulação Responsiva, desenvolvida por Ian Ayres e John Braithwaite, teve sua origem no início dos anos 90 e reside, resumidamente, na necessidade de equilíbrio da intervenção estatal combinando técnicas de persuasão e de sanções, a fim de contrabalancear as teses antagônicas de forte regulação e desregulação.

42. No contexto do processo de reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações tradicionalmente empregados pela Agência, essa Teoria vem sendo exaustivamente estudada no âmbito da Anatel, com o intuito de subsidiar a discussão, ora em curso, de um futuro Regulamento de Fiscalização Regulatória.

Por fim, ainda no âmbito da procuradoria da Anatel, convém analisar o **Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, proferido em 14 de julho de 2020, no processo administrativo nº 53500.205186/2015-10, que tratava da proposta de edição de nova resolução por meio da qual se pretendia “modificar o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovar a Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, aprovar o Regulamento de Fiscalização Regulatória e revogar o Regulamento de Fiscalização.” Da análise do parecer, observa-se que a procuradoria tinha absoluta clareza quanto à adequação da estratégia regulatória para um modelo mais alinhado ao proposto pela Teoria da Regulação Responsiva, conforme se observa dos trechos abaixo transcritos:

68. A principal característica buscada com a revisão regulamentar é tornar a atuação sancionadora da Anatel alinhada à Teoria da Regulação Responsiva, segundo a qual, em breve síntese, o diálogo deve preceder a sanção e, entre as sanções, as mais leves devem preceder as mais gravosas, sendo que a escalada (no sentido da atuação de uma menor para uma maior severidade) deve ser avaliada a partir da análise das condutas do agente regulado.

[...]

70. Observa-se, assim, que um dos enfoques da revisão regulamentar é estabelecer que a atuação sancionadora da Agência possibilite uma maior interação social e econômica entre regulador e regulado, de modo que o regulador, a partir do diálogo, construa um conjunto de respostas à atuação do regulado, que o incentive a cumprir espontaneamente a obrigação regulamentar.

71. Uma outra característica alinhada à Teoria da Regulação Responsiva e que se busca na revisão regulamentadora proposta é a ampliação da discricionariedade administrativa em matéria sancionadora, a fim de que a Agência tenha maior flexibilidade no

exercício de sua atuação sancionadora e, assim, adapte a solução regulatória à realidade do caso concreto com o qual se depara, levando em conta, inclusive, o histórico do regulado diante do problema apresentado.

[...]

76. Observa-se, assim, que as principais características buscadas pela Anatel para o novo modelo sancionador são: a) alinhamento do modelo com a Teoria da Regulação Responsiva (aplicação de sanções precedida de diálogo, escalada de sanções da mais leve para a mais grave, conforme as ações do autuado diante do problema); b) ampliação da discricionariedade, a partir de uma atuação da Administração mais flexível e adaptativa; c) redução do custo regulatório, a partir de um modelo embasado em gestão de riscos; e d) que o novo modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados.

Ao analisar a proposta, contudo, a procuradoria destaca alguns pontos que considera sensíveis à proposta, especialmente quanto a sua legalidade em face da legislação setorial, no que concerne à possibilidade de a Anatel, diante da ocorrência de quaisquer infrações administrativas, decidir atuar por meio de medidas que não tenham caráter sancionador e deixar de instaurar medidas sancionatórias, a depender da conduta apresentada pelo autuado, conforme prevê a Teoria da Regulação Responsiva. Transcrevem-se abaixo alguns trechos do parecer em que a procuradoria sustenta seu entendimento:

93. Para alcançar esses objetivos, a Agência trabalha na elaboração de uma Resolução que altera dispositivos do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução no 589, de 7 de maio de 2012, aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória e revoga o Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução no 596, de 6 de agosto de 2012.

94. No presente Parecer, essas alterações normativas serão analisadas em três grandes partes: a) na primeira, será estudada a premissa central dessas alterações normativas, na qual será analisado o art. 45 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, bem como os dispositivos que tratam da infração de obstrução à atividade fiscalizatória; b) na segunda parte, serão analisadas as alterações no Regulamento de Aplicação de Sanções administrativas, aprovado pela Resolução no 589, de 7 de maio de 2012; e c) a terceira parte cuidará dos demais assuntos da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória.

95. Em relação à premissa central dessas alterações, é possível considerar que as alterações mais substanciais propostas pela Agência se fundam na possibilidade abstrata e geral de a Anatel, diante da ocorrência de quaisquer infrações administrativas, decidir se atuará por meio de medidas que não tenham caráter sancionador e deixar de instaurar, a depender da conduta apresentada pelo autuado em resposta à atuação da Agência.

96. As medidas de caráter sancionador correspondem àquelas previstas no art. 173 da Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997, e às sanções de obrigação de fazer e de obrigação de não fazer previstas no art. 68 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

[...]

114. Dessa forma, uma vez ocorrido o descumprimento de alguma norma do setor de telecomunicações, seja editada pela Anatel, pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, surge para a Anatel a competência de (i) apurar o descumprimento (infração), assegurando a observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, e, (ii) caso confirmada a ocorrência da infração, aplicar alguma sanção administrativa (seja alguma das sanções previstas no art. 173 da LGT ou uma sanção de obrigação de fazer ou de não fazer que se encontram previstas na Lei nº 9.784, de 1999).

115. O exercício dessa competência pela Anatel não representa uma faculdade, mas sim um dever, de modo que, diante de um descumprimento de uma norma, não há discricionariedade quanto ao dever de apurar o descumprimento, e uma vez apurado o descumprimento (infração), há o dever de aplicar alguma sanção administrativa para o descumprimento. A discricionariedade reside na escolha da sanção que deve ser aplicada para a infração, após oportunizarão de exercício de defesa pelo autuado e uma vez identificada a reprovabilidade da infração praticada.

116. Dessa forma, no plano jurídico, ocorrido o descumprimento, há um dever de apurá-lo e puni-lo (após a observância da ampla de defesa e do contraditório) e esse dever não se encontra excepcionado pela regularização da conduta infratora, de forma que a legislação não autoriza que a regulamentação excepcione o dever de que sejam aplicadas sanções administrativas para os descumprimentos das normas.

117. Essa leitura do art. 173 da LGT é feita por esta Procuradoria desde a edição do Parecer nº 876/2009:

[...]

118. Desde a edição do Parecer nº 876/2009, esse entendimento da Procuradoria foi reafirmado em outras oportunidades. Nesse sentido, vejam-se trechos da Conclusão do Parecer nº 895/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, o qual analisou a proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle das Obrigações do Serviço Telefônico Fixo comutado – STFC:

[...]

119. Na mesma perspectiva, o Parecer nº 1071/2013/PFE-ANATEL/PGF/AGU, ao analisar a proposta de regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, concluiu pela impossibilidade de o Regulamento admitir a celebração de TAC cujos compromissos se restringissem à cessação das condutas infradoras. Vejam-se trechos do Parecer:

[...]

120. Veja-se, a propósito, que essa obrigatoriedade de a Anatel, no atual quadro legal, continuar aplicando sanções pela prática de infrações administrativas, mesmo na hipótese de serem postas à disposição da Agência todas as demais medidas preventivas ou de controle elencadas na proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, já tinha sido alertada por este órgão de assessoramento jurídico no Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, exarado

nestes autos antes da submissão da Minuta de Resolução à Consulta Pública, nos seguintes termos:

[...]

122. A Procuradoria também seguiu essa linha de entendimento no Parecer nº 173/2015/PFE-ANATEL/PGF/AGU e no Parecer nº 268/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, o que demonstra que, há anos, este é o entendimento adotado pela Procuradoria, manifestado em diversas oportunidades.

[...]

Em que pese a coerência apontada no modelo abstrato de regulação responsiva, a legislação vigente aplicável concretamente à Anatel não parece caminhar nesse mesmo sentido, quanto a esse aspecto da regulação responsiva. Conforme apresentado acima, e sem um juízo de valor a respeito do seu teor, 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.

[...]

165. Observa-se, assim, que os aspectos indicados no estudo que seriam relevantes para a instauração ou não do PADO foram enquadrados pelo legislador ordinário como aspectos relevantes para a escolha da sanção adequada para a infração, após ter sido confirmada a prática da infração em processo que tenha assegurado a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa.

136. Não se desconhece a existência de setores regulados em que a competência sancionadora foi moldada de forma a possibilitar um juízo discricionário quanto à instauração do processo sancionador. A título de exemplo, veja-se o § 4º do art. 9º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017:

[...]

147. Nesse sentido, é oportuno destacar que o Congresso Nacional, depois de ter editado a Lei nº 13.506, de 2017, por meio da qual permitiu a não instauração de processos administrativos sancionadores, por entender que essa regra seria importante para concretizar o princípio da eficiência para aquelas autarquias, já revisitou a LGT em três oportunidades (Lei nº 13.673, de 5 de junho de 2018, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 e Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019) e em nenhuma dessas oportunidades realizou modificações nos dispositivos que tratam da competência sancionadora da Anatel, seja visando a uma condução mais eficiente de processos administrativos ou outro objetivo. Nesse contexto, afigura-se recomendável que a Agência inclusive avalie a pertinência de iniciar tratativas junto às instâncias pertinentes para que a LGT também passe a incorporar, nos moldes do que foi feita pela Lei nº 13.506, de 2017, a expressa discricionariedade quanto à instauração ou não do processo punitivo.

148. Nesse contexto, a invocação de que o princípio da eficiência justificaria o afastamento da regra dos arts. 82 e 173 da LGT se mostra

temerária, haja vista que o Congresso Nacional tem competência para delimitar discricionariedade da Anatel e os arts. 82 e 173 da LGT, ao realizarem essa delimitação, não se apresentam como dispositivos que violam o princípio constitucional da eficiência, que, justamente por se tratar de um princípio, pode receber conformações diferentes no ordenamento jurídico, a depender do setor regulado, sem que haja inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação ordinária que realizam essa conformação.

149. Assim, entende-se que a ampliação da discricionariedade da Agência quanto a deixar de instaurar processos sancionadores deve ocorrer mediante alteração dos arts. 82 e 173 da LGT, na linha das alterações promovidas na legislação afeta à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil. Em eventual proposta de alteração desses dispositivos, caberia a avaliação também quanto ao §2º do art. 8º da Lei nº 5.070, de 1966, que exige a instauração de processo administrativo sancionador no caso de não pagamento de Taxa de Fiscalização de Funcionamento. Esse dispositivo, na matéria de que trata, também representa um limitador da discricionariedade quanto à instauração de processo administrativo punitivo, tal como o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, o qual trata da necessidade de instauração de PADO, no caso de não pagamento da Contribuição para o Fundo de Universalização de Telecomunicações – FUST.

150. Nesse sentido, sugere-se que a Agência avalie a conveniência e oportunidade de envidar esforços junto aos órgãos competentes no sentido de que seja apresentado projeto de lei que amplie a discricionariedade da Agência quanto à instauração de processos sancionadores (mediante alteração do art. 173 da LGT e revogação do art. 82 da LGT e §2º do art. 8º da Lei nº 5.070, de 1966) e no sentido de que seja revogado o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000.

151. Em que pese a cessação da conduta infratora não possibilite que a Agência deixe de instaurar PADO, cabe salientar, todavia, que a definição de incentivos para estimular a cessação da conduta infratora com a maior brevidade possível, seja por meio do estabelecimento de atenuantes, agravantes, ou metodologias de cálculo de multa que consideram o período de duração da infração, não encontra óbice jurídico.

[...]

241. Esse relevante diagnóstico, quanto à indispensabilidade de a Anatel modificar as características de seu arcabouço normativo para poder aderir plenamente à regulação responsiva, encontra respaldo nos próprios fundamentos teóricos dessa modalidade regulatória, desenvolvidos por Ian Ayres e John Braithwaite, conforme ficou evidenciado no parecer jurídico juntado aos autos, de autoria do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto (documento SEI nº4126292).

[...]

245. Portanto, a adesão integral à regulação responsiva depende, como visto, de uma mudança de comportamento normativo por parte da Anatel. Para o alcance desse propósito, a descrição ampla e minudenciada das obrigações regulatórias, com o consequente estabelecimento direto ou indireto da tipificação das condutas infracionais, deve dar lugar a normas regulatórias mais abertas, flexíveis e focadas no resultado a ser alcançado pelas empresas, com

indução e a conformação de suas condutas ao resultado desejado, ou seja, aos parâmetros regulatórios predefinidos pelo ente regulador.

[...]

257. Portanto, esta Procuradoria Especializada recomenda que a Agência avalie se a substancial remodelagem de seus instrumentos para o desempenho das atividades de fiscalização (Regulamento de Fiscalização) e de aplicação de penas (RASA), de acordo com os princípios e diretrizes da Teoria da Regulação Responsiva, não deveria, por coerência, ser precedida ou, ao menos, executada concomitantemente a uma reestruturação do perfil dos principais normativos regulatórios que regem atualmente o setor de telecomunicações, de modo que, em alinhamento aos pressupostos do referido modelo de regulação estatal, deixem de estabelecer (tipificar) condutas a serem detalhada e rigidamente observadas pelos agentes regulados e passem a prever, de forma mais aberta e flexível, os padrões, objetivos e parâmetros regulatórios que deverão ser observados pelos particulares na prestação dos serviços.

[...]

607. Em relação à ampla discricionariedade na edição de medidas preventivas e reparatórias, a qual envolve a definição dos casos que estão sujeitos a essas medidas, bem como o número de oportunidades para regularização da conduta para cada tipo de infração e/ou prestadora, esta Procuradoria manifesta preocupação quanto à observância do princípio da isonomia. Num contexto de ampla discricionariedade acerca da quantidade de oportunidades que serão concedidas para a cessação de condutas infratoras, que podem variar conforme a infração e o histórico do infrator, é relevante que as decisões administrativas, inclusive as discricionárias, observem o princípio da isonomia.

608. Vale lembrar, ainda, que embora a ampla discricionariedade seja uma característica relevante para a incorporação da Teoria da Regulação Responsiva na atuação sancionadora da Anatel, o próprio estudo realizado pela UnB (Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores – Relatório Meta 10, disponível no SEI 5282525) destacou a importância de que a adoção da regulação responsiva implemente mecanismos de controle social tripartite e governança nodal.

Como se observa da análise do **Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, apesar de a procuradoria da Anatel reconhecer a relevância, utilidade e eficiência da regulação responsiva, entende que há limites na legislação setorial que impedem a incorporação abrangente de técnicas e mecanismos típicos da regulação responsiva pela agência reguladora federal. O fundamento de tal restrição residiria exatamente no princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, e que vem sendo utilizado pelo órgão jurídico da agência, ao menos desde 2009, com a edição do Parecer nº 876/2009³², reafirmado em

³² No âmbito desta pesquisa não foi obtido acesso ao mencionado Parecer, razão pela qual ele não foi objeto de análise específica.

manifestações posteriores. Houve também registro de preocupação com a observância do princípio da isonomia.

Todavia, segundo as manifestações da procuradoria, sendo realizados os ajustes legais e adotadas as medidas preventivas para atendimento aos princípios da legalidade e isonomia, não haveria óbices constitucionais ou legais à adoção da Teoria da Regulação Responsiva por parte da agência. Ou seja, mesmo havendo preocupações normativas e procedimentais específicas, previstas na legislação setorial, não haveria óbices constitucionais à compatibilização da adoção da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

B. Procuradoria Federal junto à Aneel

No âmbito da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel, foram elencadas duas manifestações em resposta ao questionário: uma proferida no processo nº 48500.000950/2008-95 (**Parecer nº 234/2021/PFANEEL/PGF/AGU**) e outra no processo nº 00769.000034/2022-36 (**Informações nº 00393/2022/PFANEEL/PGF/AGU**).

Quanto à primeira manifestação (**Parecer nº 234/2021/PFANEEL/PGF/AGU**), proferida no âmbito do processo administrativo nº 48500.000950/2008-95, em 3 de agosto de 2021, trata-se de consulta formulada pela Assessoria da Diretoria da Agência à procuradoria sobre o pedido de reconsideração interposto por duas entidades reguladas (EDP – Energias do Brasil S.A. e EDP – Espírito Santo Distribuição de Energia S.A.) em face das decisões que não reconheceram a validade dos termos aditivos pelos quais a EDP-ES buscou reduzir os montantes de energia contratados para o ano de 2017.

Na manifestação não houve propriamente uma análise direta da aplicação da Teoria da Regulação Responsiva. A expressão nem sequer é utilizada na manifestação proferida pela procuradoria. Assim, apesar da eventual utilidade da tese proferida na manifestação para fins de eventual aplicação da Teoria da Regulação Responsiva, não parece adequado analisá-la como tal, pois a teoria não foi objeto de apreciação pela procuradoria, razão pela qual não será objeto de análise, considerando os objetivos deste trabalho.

Quanto às **Informações nº 00393/2022/PFANEEL/PGF/AGU**, proferidas em 24 de maio de 2022, no âmbito do processo administrativo nº 00769.000034/2022-36, com o objetivo de oferecer subsídios necessários à elaboração da resposta em juízo da Aneel, em face da ação judicial anulatória proposta por ente regulado que pretendia anular penalidade imposta pela agência reguladora federal, apesar da referência expressa ao “caráter responsivo e educativo da fiscalização”, também não há propriamente uma discussão sobre a legalidade ou a constitucionalidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva no âmbito da agência. A manifestação basicamente sustenta que o procedimento cumpriu os requisitos legais e regulatórios da agência, razão pela qual não haveria fundamento para sua anulação judicial.

Assim, para os fins que interessam à presente pesquisa, apesar de a Procuradoria da Aneel informar a existência de manifestações que abordam a Teoria da Regulação Responsiva, tais manifestações pouco adentram no mérito da teoria, a ponto de discutir a legalidade ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com seu fundamento.

Todavia, ao aprofundar a pesquisa, mediante a análise realizada junto ao sistema “Super Sapiens” da Advocacia-Geral da União, foram identificadas outras manifestações proferidas pela mencionada Procuradoria, que se referem expressamente à Teoria da Regulação Responsiva, dentre as quais se destacam:

- a) **Parecer n. 00259/2022/PFANEEL/PGF/AGU**, proferido em setembro de 2022 (NUP: 48500.003231/2021-01), que trata de recurso administrativo interposto pela Enel Distribuição Goiás contra o Auto de Infração, pelo qual a Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização dos Serviços Públicos – AGR aplicou multa, diante da constatação de diversas irregularidades atinentes à qualidade do fornecimento de energia elétrica.
- b) **Parecer n. 00263/2022/PFANEEL/PGF/AGU**, proferido em setembro de 2022 (NUP: 48500.002569/2021-38), que trata de consulta a respeito do recurso administrativo interposto pela Cia. Energética Rio das Antas (CERAN) em face do Auto de Infração (AI) 13/2020, lavrado pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS), em decorrência do descumprimento de dispositivos legais e regulamentares relacionados à gestão da Usina Hidrelétrica – UHE Monte Claro.

- c) **Parecer n. 00300/2022/PFANEEL/PGF/AGU**, proferido em outubro de 2022 (NUP: 48500.000177/2020-53), referente ao Recurso Administrativo interposto pela Enel Distribuição Rio (ENEL Rio) em face do Auto de Infração nº 0029/2020-SFE lavrado pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE, que que aplicou a penalidade de multa em razão da confirmação da Não Conformidade.
- d) **Parecer n. 00015/2023/PFANEEL/PGF/AGU**, proferido em janeiro de 2023 (NUP: 48500.000720/2022-84), que trata de Recurso Administrativo interposto pela Enel Distribuição São Paulo (Enel SP) em face do Auto de Infração (AI) nº 12/2022, lavrado pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade (SFE), que aplicou a penalidade de multa após fiscalização que apurou falhas na prestação do serviço de energia elétrica.

Das mencionadas manifestações, merece destaque o **Parecer n. 00015/2023/PFANEEL/PGF/AGU**, na medida em que analisa o argumento de defesa da recorrente quanto à aplicação da teoria da regulação responsiva à fiscalização realizada, conforme transcrição abaixo:

IV.2.2.2. Regulação responsiva e efeito educativo da penalidade administrativa

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao fato de que, ao contrário do que afirma a concessionária, a prestação de seu serviço vem sendo monitorada e fiscalizada de longa data.

Conquanto a penalidade aplicada se refira à avaliação do Plano de Resultados de 2021, a SFE não tirou da cartola a necessidade de lavratura do auto de infração em análise. Ele teve escopo determinado, contemplando o inadimplemento do Plano de Resultados de 2021, mas é possível afirmar que a racionalidade da regulação responsiva foi observada pela fiscalização.

(...)

Nesse sentido, eventual contumácia da concessionária na prestação inadequada do serviço não pode se prestar a desqualificação da conduta típica, nem configura ausência de motivos para penalização (por ter eventualmente sofrido fiscalizações em ciclos anteriores). Também não serve de pretexto para descaracterizar a atuação responsiva da ANEEL. Em verdade, a contumácia da distribuidora em prestar serviços inadequados tende a demandar e justificar ações afirmativas para reforçar o cumprimento da regulação.

(...)

Nesse contexto, os elementos dos autos indicam que, no caso em apreço, a SFE atuou da mesma forma como ordinariamente atua no

monitoramento de outras áreas de concessão, não se afastando da prática esperada quando da atuação responsiva.
[Sem grifos no original]

Verifica-se, da análise da mencionada manifestação, que, a procuradoria da agência não identifica óbices jurídicos à adoção de técnicas e estratégias regulatórias típicas da Teoria da Regulação Responsiva. Ao contrário, a manifestação defende o uso da regulação responsiva que vem sendo adotada pela agência reguladora em sua atividade fiscalizatória, sem suscitar questionamentos quanto a constitucionalidade e legalidade de sua aplicação no caso concreto.

Por outro lado, não foram identificadas manifestações da mencionada Procuradoria que apreciaram atos normativos de caráter regulatório, propostos pela Agência, que estivessem amparados na teoria da regulação responsiva. Todas as manifestações localizadas tratavam apenas de ações fiscalizatórias.

C. Procuradoria Federal Especializada junto à Anac

Em relação a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, a primeira manifestação localizada no âmbito desta pesquisa que se refere expressamente à regulação responsiva foi o **PARECER n. 00173/2019/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferido no processo administrativo que analisou a proposta de Resolução que estabelece o rito do processo administrativo para a apuração de infrações praticadas pelas concessionárias de infraestrutura aeroportuária às disposições contidas nos contratos de concessão, respectivos editais e anexos.

Como se observa da transcrição abaixo do Parecer, o tema da regulação responsiva é utilizado como um dos fundamentos teóricos para a edição do novo regulamento relativo à apuração de infrações administrativas das concessionárias de infraestrutura aeroportuária, considerando a importância da utilização de outros mecanismos que não exclusivamente punitivos para obtenção da conformidade do agente regulado, destacando o caráter instrumental das sanções:

Por outro lado, tem-se compreendido cada vez mais que, enquanto no direito penal a punição é tanto um meio quanto um fim em si, no direito administrativo regulatório a punição é apenas um *meio*, um *instrumento* para se evitar um dano, sendo a punição apenas uma consequência. Seu objetivo, assim, consiste em veicular o atingimento

de uma finalidade específica: a conformidade com os regulamentos. Nessa esteira, a punição é muitas vezes vista como uma política regulatória insatisfatória, pois suas consequências colocam em risco, muitas vezes, os próprios objetivos principais da regulação^[3]. Essas constatações vêm sendo trabalhadas mundo afora pela doutrina jurídica, econômica e comportamental, **a exemplo da teoria da regulação responsiva**, que propõe uma pirâmide para ilustrar a gradação no uso de medidas de *enforcement*, arranjo que pode permitir a coordenação entre *enforcement* (constrangimento legal) e *compliance* (conformidade), de maneira a instaurar um jogo de cooperação entre reguladores e regulados como forma de potencializar a eficiência regulatória.

É com base nessa nova visão, que traz à tona o caráter instrumental das sanções, que a Agência flexibiliza parcialmente, com a previsão das providências administrativas preventivas, a aplicação de penalidades às infrações detectadas, baseando-se em critérios como o baixo grau de lesividade das condutas, consideração dos danos efetivos ou potenciais delas resultantes para o serviço e para os usuários, bem como as vantagens, efetivas ou potenciais, auferidas pela Concessionária em razão de seu cometimento. Tal opção se sustenta na motivação presente nos autos, pautada em uma política regulatória em compasso com as teorias regulatórias mais consentâneas com o cenário atual na Administração Pública, lastreada na busca pela eficiência enquanto *dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto*. Neste sentido, não se divisam nos instrumentos que regem a concessão de infraestrutura aeroportuária, tampouco nas normas regulamentares a ela atinentes, nos princípios do ordenamento e na legislação, óbices à previsão das medidas em questão, pois, não obstante elas consistam em meio alternativo à aplicação de sanções, trata-se de medida que atende à eficiência e proporcionalidade, buscando conferir eficiência, celeridade e efetividade ao *enforcement* regulatório.

[Sem grifos no original]

Já no ano de 2020, foi elaborado o **Ofício nº 00629/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferido no âmbito do processo administrativo nº 00766.000777/2019-31, em julho de 2020, o qual apresentou subsídios à defesa da agência reguladora federal em face da Ação Civil Pública nº 1026649-38.2019.4.01.3400, ajuizada pelo Ministério Público Federal.

A ação civil pública tramita na 8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo por pretensão a condenação da Anac em obrigação de fazer, no sentido de editar ato regulamentar direcionado às empresas aéreas que atuam no país, vinculando o assento de menor de 16 anos ao assento do seu responsável em poltrona lado a lado e sem custo adicional.

Na ação, a procuradoria da Anac, ao fornecer subsídios para a defesa da agência, destaca, dentre os objetivos estratégicos da agência definidos no Plano Estratégico 2020-2026, “construir um modelo de regulação responsiva e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade.” O ofício informa ainda que:

[...] a atuação da Agência é baseada nos princípios de *Smart Regulation*, que guarda importante respaldo na literatura, e que estão consubstanciados, na Resolução ANAC nº 472, de 06 de junho de 2018, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da Agência, resultado do projeto prioritário de *Enforcement*, que estabeleceu providências administrativas preventivas e sancionatórias e procurou estimular o diálogo entre regulador e regulado, na busca de melhores resultados para a sociedade. Nessa linha está a **regulação responsiva** (coerção intrínseca), que foca na escalada em graus de intervenção estatal, estabelecida em resposta à conduta dos agentes regulados, **devendo os reguladores serem responsivos** na medida em que a autorregulação não se demonstre efetiva, antes de impor uma intervenção mais intrusiva, onde tanto regulador, como regulado e consumidores possuem ganhos, já que apresenta uma regulação por incentivos, promovendo uma competição natural. Assim, existem diversos mecanismos eficazes destinados à melhoria da prestação dos serviços, que buscam alcançar soluções e resultados mais céleres, menos burocráticos e mais abrangentes para a sociedade.
[Sem grifos no original]

Sem adentrar no mérito da demanda judicial, o que interessa a este trabalho é que o órgão jurídico da agência reguladora federal passa a utilizar expressamente a Teoria da Regulação Responsiva para justificar e fundamentar as estratégias e técnicas regulatórias da agência, inclusive na esfera judicial, como se observa do teor do ofício, assim como em sua contestação e apelação.

Em que pese a primeira manifestação identificada nesta pesquisa ter sido de setembro de 2019, foi a partir do ano de 2022 que o órgão jurídico da Anac passou a se reportar de forma mais frequentemente, de forma expressa, à Teoria da Regulação Responsiva, como se observa nas seguintes manifestações:

- a) **Cota nº 00001/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferida em janeiro de 2022 (NUP: 00766.000023/2022-86), que trata da reavaliação de uma das teses de Defesa Mínima da Anac, relativa à indenização indevida pela Agência pelo caos do controle do tráfego aéreo;

- b) **Parecer nº 00093/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferido em junho de 2022 (NUP: 00058.004182/2019-41), que trata da revisão da regulação pertinente à certificação operacional de aeroportos e estabelece os elementos mínimos de infraestrutura e de segurança operacional exigíveis aos operadores de aeródromo não certificados que processem ou pretendam processar operações regidas pelo RBAC nº 121;
- c) **Parecer nº 00138/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferido em julho de 2022 (NUP: 00058.042175/2019-47), que trata da proposta de resolução que estabelece regras de acesso ao mercado de serviços de transporte aéreo por empresas estrangeiras, condições para operações em código compartilhado para empresas brasileiras e estrangeiras e emenda ao Regulamento Brasileiro da Aviação Civil (RBAC) nº 129, intitulado Operação de Empresas Estrangeiras que têm por Objetivo o Transporte Aéreo Público no Brasil (*Operations of Foreign Air Carriers within Brazil Engaged in Common Carriage*);
- d) **Parecer nº 00200/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, proferido em setembro de 2022 (NUP: 00058.042039/2020-91), que trata da revisão do Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC nº 153, especificamente na parte em que trata da operação e manutenção de aeródromos, com base no aperfeiçoamento da gestão de risco.

O que se observa da análise das manifestações é que, a partir do ano de 2022, a Procuradoria da Anac passou a utilizar, de maneira mais frequente, a Teoria da Regulação Responsiva como fundamento teórico em suas análises jurídicas, como se destaca no **Parecer nº 00093/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU**, cujos trechos transcrevem-se a seguir.

33. Nesse ponto, a partir da ampla fundamentação apresentada nos autos, é clara a observância do referencial da Resolução nº 472, de 2018, com a adoção de uma perspectiva mais cooperativa e um modelo escalonado de *enforcement*, com uma progressividade da ação preventiva e sancionatória, conforme exposto nos itens 4.6.1.8 e 4.6.1.9 da AIR.

34. A medida atende, portanto, o referido regramento da Resolução nº 472, e **segue a perspectiva dos modelos responsivos de intervenção regulatória, observado o objetivo fundamental de alcançar a conformidade regulatória com um maior nível de**

cooperação com o regulado, além de produzir o resultado desejado sem incorrer em custos e ônus desnecessários.

[...]

56. **Outro aspecto fundamental da proposta é a mudança para uma abordagem baseada no risco.** Nesse sentido, conforme se observa no item 139.1, a obrigação do Certificado Operacional de Aeroporto passa a ser exigível de *qualquer* aeródromo civil, quando identificado risco à segurança das operações que justifique tal obrigação. E mais, conforme o item 139(b), no caso de aeródromos que processem ou pretendam processar operações regulares domésticas sob o regime do RBAC 121, e que não sejam obrigados a possuir o Certificado, haverá a obrigação de cumprir os elementos mínimos de infraestrutura e segurança operacional, o que será objeto de ato da SIA (o que está sendo concretizado de imediato por meio de Portaria, conforme já exposto).

57. Em relação às obrigações, providências e consequências administrativas (Subparte E), optou-se por uma disciplina mais pormenorizada que a regra vigente, com a adoção de um modelo de escalonamento sancionatório. A proposta é coerente com a motivação apresentada, representa um alinhamento com a Resolução nº 472, de 2018, e **segue a perspectiva dos modelos de intervenção regulatória responsiva, observado o objetivo fundamental de alcançar a conformidade regulatória com um maior nível de cooperação com o regulado**, além de produzir o resultado desejado sem incorrer em custos e ônus desnecessários.

58. Em suma, tais alterações, junto com as demais veiculadas no presente processo, representam um ajuste normativo perante os problemas identificados a partir da aplicação das regras do RBAC 139 nos últimos anos, que produziram ônus regulatórios expressivos (como se observa na experiência de certificação provisória), sem ter como contrapartida um resultado eficiente e ganhos de conformidade regulatória, conforme exposto extensivamente nos autos.

Conforme exposto ao longo deste Parecer, a nova modelagem tem como efeito contrapartidas em termos de produção de atos complementares e ações administrativas (incluídas as ações de vigilância continuada e demais providências da Resolução nº 472, de 2018) que garantam a efetiva concretização da abordagem baseada nos riscos envolvidos, de modo a garantir os objetivos fundamentais do processo de certificação, dentre eles a maior conformidade regulatória e a elevação dos níveis de segurança da operação aeroportuária.

No mesmo sentido, a Teoria da Regulação Responsiva é utilizada na fundamentação adotada pela procuradoria da Anac no **Parecer nº 00138/2022/PROT/PFEANAC/PGF/AGU:**

65. A Instrução Normativa ANAC nº 154, de 20 de março de 2020 (IN nº 154/2020) determina a observância das diretrizes gerais para a qualidade regulatória definidas pela Diretoria Colegiada e das diretrizes específicas nos processos regulatórios (art. 3º), com destaque para a *promoção da clareza, da consistência, da coerência e da convergência regulatórias* (inc. VII). Sob pretexto de aplicação da

teoria responsiva, as escolhas regulatórias não podem gerar normas divergentes de outras de igual ou superior hierarquia, notadamente porque a coerência entre normas é determinada em lei.

66. Em segundo lugar, a criação de providências administrativas preventivas específicas deve ser cuidadosamente avaliada, a fim de se evitar violação à isonomia entre seus destinatários; incompreensão por parte dos agentes regulados, causando-lhes sensação de insegurança ou sentimento de injustiça e, em último caso, prejuízo à aderência a essas normas e comprometimento de sua eficácia.

67. O regulador deve ser coerente e racional, observando o princípio da *isonomia*, a fim de não gerar desequilíbrios concorrenciais e discriminações arbitrárias ou injustificadas no setor. Ademais, o art. 4º-A, I, da Lei nº 13.874/2019, estabelece que é dever da administração pública, *na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos*. Como a lei não faz distinção entre agentes econômicos nacionais e estrangeiros, não deve a Administração ou o intérprete da norma fazê-lo. Portanto, o propósito consignado no Voto (SEI! 6269363) de *destinar as sanções mais severas aos regulados racionais...* destoa do tratamento isonômico preconizado no ordenamento jurídico pátrio.

68. Também a elaboração de normas deve atentar para os princípios e garantias constantes na Constituição Federal de 1988 e nas regras e diretrizes estabelecidas em leis, sem prejuízo daquelas que regulam o processo de elaboração de normas, vinculantes às agências reguladoras.

69. O propósito de tratar com maior ou menor rigor os regulados conforme seu comportamento frente à legislação, em cada caso concreto, embora seja ínsita à regulação responsiva, não pode descambar em tratamento desigual ou discriminatório, comprometendo a confiança na atuação da agência e a credibilidade das regras por ela criadas, podendo, inclusive, ocasionar comportamentos não colaborativos e até acentuada litigiosidade por parte dos regulados, nas instâncias administrativa e judicial.

70. Reitera-se, ainda, a observação contida no PARECER n. 00430/2016/PROT/PFANAC/PGF/AGU, lembrando *que as relações entabuladas entre a autoridade de aviação civil e os seus regulados devem ser pautadas no princípio da boa-fé e no dever de lealdade (art. 4º, inc. II, da Lei n.º 9.784/99), comprometendo-se aqueles que se propõem ao exercício das atividades de aviação civil a cumprir fielmente a legislação de regência, bem como à ANAC assegurar tal cumprimento, trazendo a maior efetividade possível para a sua atividade fiscalizatória*.

[...]

74. Portanto, ainda que visando a aplicação da Teoria da Regulação Responsiva, a Administração deve priorizar a segurança jurídica, através da uniformidade e continuidade da regulamentação do setor de aviação civil, assim como deve zelar pela observância da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade no estabelecimento de providências administrativas relativas aos agentes regulados.

[...]

95. Todavia, apesar de ser viável, em tese, o estabelecimento de providências administrativas diferenciadas para determinado nicho do mercado regulado, com fundamento na Teoria da Regulação Responsiva, **reiterem-se** as ponderações apresentadas nesse

opinativo sobre a necessidade de observância de proporcionalidade e razoabilidade, cautela quanto ao risco de infração à isonomia entre regulados, geração de desequilíbrios concorrenciais, discriminações arbitrárias ou injustificadas no setor e inobservância do dever estabelecido no art. 4º-A, I, da Lei nº 13.874/2019.

Verifica-se, da análise da manifestação, que, apesar de a procuradoria da agência não vislumbrar óbices jurídicos à adoção de técnicas e estratégias regulatórias típicas da Teoria da Regulação Responsiva na edição do normativo, há preocupações quanto à segurança jurídica, especialmente quando se refere à importância do cumprimento dos princípios da legalidade, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade no tratamento dos agentes regulados.

Percebe-se que, assim como a manifestação proferida pela procuradoria da Anatel, a procuradoria da Anac não apenas tem proferido manifestações jurídicas em que se analisa a adoção de estratégias e técnicas relativas à regulação responsiva pela agência, como também tem analisado a compatibilidade da adoção dessa teoria com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e isonomia previstos no art. 37 da Constituição Federal.

D. Procuradoria Federal Especializada junto à Ancine

Em relação a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Cinema – Ancine, apesar dos respondentes do questionário não terem informado a existência de manifestações jurídicas que analisaram a legalidade e/ou a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva no âmbito da mencionada Agência, na pesquisa realizada no sistema de manifestações jurídicas da AGU, denominado Super Sapiens, foram localizados dois pareceres: a) **Parecer n. 00209/2018/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU**, proferido em dezembro de 2018 (NUP: 01580.035808/2016-62), que trata da possibilidade de arquivar o processo instaurado para a celebração de Termo de Ajuste de Conduta com a programadora NEWCO, tendo em vista o cumprimento das obrigações negociadas; b) **Parecer n. 00107/2021/CCAJ/PFEANCINE/PGF/AGU**, aparentemente proferido em novembro

de 2021³³ (NUP: 01416.008410/2016-55), que analisa questionamento quanto à possibilidade jurídica de inclusão de cláusula que preveja a compensação de obrigações retroativamente à vigência de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e eventual existência de óbices jurídicos ao estabelecimento de prazo para cumprimento do TAC que extrapole a vigência legal da obrigação objeto de TAC já celebrado.

Quanto ao primeiro parecer (**Parecer n. 00209/2018/CAJ/PFEANCINE/PGF/AGU**), a Teoria da Regulação Responsiva é utilizada como reforço de fundamentação do entendimento proferido pela mencionada Procuradoria no sentido de não ser recomendável a celebração de um TAC quando a entidade interessa já tiver cumprido com as obrigações previstas no Termo proposto. Apesar da mencionada manifestação não adentrar na análise quanto à constitucionalidade e legalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva pela Administração Pública, e particularmente pela Ancine, apoia-se na teoria para acolher a proposta encaminhada pela área técnica da Agência, conforme se observa na transcrição abaixo:

16. Conforme esclarecido pela Superintendência de Análise de Mercado, a programadora NEWCO cumpriu mais que o dobro do quantitativo de horas previsto na minuta do TAC.

17. No Parecer nº 00056/2017/CAJ/PFEANCINE/PGF/AGU (vol. II, 0480353) foi consignado que não é recomendável celebrar um TAC que produza efeitos retroativos.

18. Por outro lado, há de se considerar que a demora causada pela Administração Pública (mais de dois anos) para a conclusão do procedimento não pode prejudicar o regulado, que, conforme informado pela área técnica, cumpriu mais que o dobro do quantitativo inicialmente previsto.

19. A atuação sancionatória por parte da Agência exerce função importante no mercado regulado, uma vez que tem o caráter preventivo e também reparador.

20. Atualmente, a teoria da Regulação Responsiva traz importantes elementos para solução de controvérsias no âmbito administrativo.

21. A doutrina tece os seguintes comentários acerca do tema:

"O emprego pela Agência de técnicas modernas e alternativas de regulação, que não consistem simplesmente na aplicação sanções em caso de descumprimento de regras, tais como a regulação responsiva, é de relevante importância, pois demonstra o amadurecimento da instituição e dos métodos empregados para obter os resultados obtidos. Além disso, a consideração de outros inputs no processo de criação, definição e aplicação de regras revela a procura pela regulação de alta qualidade, mais compatível com os anseios da

³³ O mencionado Parecer, apesar de ter sido incluído no sistema, não foi assinado pela Procuradora Federal que o elaborou.

sociedade e mais aderente à estrutura do mercado de telecomunicações. Neste sentido, a regulação deve expandir sua área de atuação, buscando, sempre que possível, apurar as diferentes motivações e complexidades inerentes ao cenário atual e compreender a estrutura do setor regulado, de forma a atingir o objetivo de agir da maneira mais apropriada frente às diversas situações. Tal necessidade é ainda mais necessária em situações de mudança, como aquelas pelas quais o mercado regulado está passando.

(...)

A teoria da Regulação Responsiva foi concebida da necessidade de se superar o debate entre aqueles que entendem ser necessária uma forte regulação estatal da atividade econômica e os defensores da desregulação. Apresentada no início dos anos 90 do século passado por Ayres e Braithwaite (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), tal teoria ofereceu desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos, que estabelecem sinergia entre punição e persuasão, possibilitando o estabelecimento de formas de regulação compatíveis com a realidade vislumbrada e os objetivos buscados. Para tanto, ela preconiza a necessidade de se conhecer a fundo a estrutura do mercado regulado, suas normas internas e as motivações dos atores."

22. O tema vem sendo tratado pela Administração Pública Federal, tanto que a Agência Nacional de Aviação Civil prevê expressamente a aplicação da Regulação Responsiva no art. 5º da Resolução ANAC nº 472, de 06 de junho de 2018.

23. No caso analisado, parece não ser adequado celebrar um Termo de Ajuste de Conduta com a programadora NEWCO, tendo em vista que as obrigações indicadas no instrumento já foram cumpridas, segundo a área técnica, o tempo decorrido desde a apresentação da proposta não se mostra razoável, além do que, impor novas obrigações a quem já cumpriu com aquelas pactuadas, acarreta o descrédito da Agência junto aos administrados.

24. A celebração do TAC neste momento do procedimento parece ir de encontro aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da eficiência (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999).

(...)

4. CONCLUSÃO

46. A proposta encaminhada pela Superintendência de Fiscalização parece estar em consonância com os princípios elencados (eficiência, proporcionalidade e razoabilidade), atende ao interesse público, bem como está em harmonia com a moderna teoria da regulação responsiva.

Constata-se que apesar de a manifestação não adentrar expressamente na constitucionalidade ou legalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva no caso concreto, a manifestação presume ser ela compatível com o ordenamento

jurídico pátrio, especialmente, por utilizá-la como fundamento de regularidade da proposta.

Já no **Parecer n. 00107/2021/CAJ/PFEANCINE/PGF/AGU** a referência à Teoria da Regulação Responsiva aparece apenas em razão da transcrição de parte do Parecer n. 00209/2018/CAJ/PFEANCINE/PGF/AGU, acima mencionado, não aprofundando a análise em relação ao tema, mas basicamente incorporando o entendimento utilizado anteriormente quanto à importância da mencionada teoria para a solução de controvérsias no âmbito administrativo. Assim, não há propriamente uma análise de compatibilidade quanto à constitucionalidade e legalidade da utilização da Teoria da Regulação Responsiva pela Agência.

E. Breve síntese quanto às manifestações proferidas pela AGU

Do levantamento bibliográfico e das informações obtidas a partir das respostas ao questionário aplicado nesta pesquisa, constata-se que o número de manifestações proferidas pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais ainda é limitado, apesar da existência de diversas iniciativas regulatórias com mecanismos de ação responsiva em andamento nas 11 agências reguladoras federais pesquisadas neste trabalho.

Mesmo tendo havido resposta ao questionário dos advogados públicos em exercício nas procuradorias das 11 agências reguladoras federais, foram relacionadas manifestações jurídicas ou processos judiciais que tratam expressamente da regulação responsiva apenas nas procuradorias da Anatel, Aneel, Anac e Ancine. Ainda assim, mesmo nessas agências reguladoras, o número de manifestações jurídicas proferidas ainda é limitado.

As evidências encontradas no trabalho sinalizam a existência de assimetria informacional sobre a Teoria da Regulação Responsiva entre a área técnica e jurídica das agências, na medida em que foram identificadas diversas iniciativas regulatórias de caráter responsivo em andamento nas agências, mas que não parecem ter sido apreciadas como tal pelas respectivas procuradorias federais.

As respostas apresentadas ao questionário indicam que, apesar de um número razoável de advogados públicos (42) informar já ter ouvido falar na Teoria da Regulação Responsiva, em um total de 157 advogados em exercício nas procuradorias das agências, poucos são os que estão familiarizados com a teoria,

especialmente se considerarmos o número de 11 manifestações expressamente identificadas no questionário apresentado aos advogados públicos, em apenas 3 agências reguladoras federais.

Ademais, analisando as manifestações, constata-se que poucas são aquelas que analisam a compatibilidade jurídica das técnicas da regulação responsiva com os princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Dentro desse reduzido universo de manifestações jurídicas que analisaram a compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios constantes do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, observa-se que tais manifestações reconhecem a relevância, a utilidade e a eficiência da regulação responsiva, mas alertam sobre alguns limites na sua adoção presentes na legislação setorial. O fundamento de tais limitações residiria exatamente no princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, especialmente porque, em alguns setores, a legislação setorial parece ser muito detalhista e minuciosa no que concerne ao procedimento sancionatório a ser adotado pela agência, o que reduz a margem do gestor público para estruturar novas estratégias presentes na Teoria da Regulação Responsiva.

Houve ainda registro de preocupações relacionadas à aplicação da teoria no que concerne à observância do princípio da isonomia. Todavia, as manifestações indicam que, sendo realizados os ajustes legais e adotadas as medidas preventivas para atendimento aos princípios da legalidade e isonomia, não haveria óbices constitucionais ou legais à adoção da Teoria da Regulação Responsiva por parte das agências. Ou seja, mesmo havendo preocupações normativas e procedimentais específicas, previstas na legislação setorial, não haveria óbices constitucionais quanto à compatibilização da adoção da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Apesar do reduzido universo de manifestações jurídicas proferidas sobre a regulação responsiva pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais, é possível vislumbrar uma tendência no sentido de que uma maior adesão pelas agências à Teoria da Regulação Responsiva passará por adequações e ajustes na legislação setorial que permitam ao regulador ter maior flexibilidade regulatória para estruturar medidas de constrangimentos e incentivos aos regulados, como prevê a Teoria da Regulação Responsiva. Não por acaso, pode-se observar tal iniciativa já

tendo ocorrido no âmbito da regulação do setor aéreo, com a mudança realizada no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), por meio da Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022, dentro do denominado programa Voo Simples, que buscou desburocratizar o setor da aviação civil brasileiro.

Todavia, não basta analisar como a Teoria da Regulação Responsiva tem sido interpretada pelas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais. A adoção dessa teoria pelas agências requer também que se compreenda como ela tem sido interpretada pelo Poder Judiciário federal. Afinal, em última instância, é o Judiciário que definirá os limites legais e constitucionais de sua adoção por parte dos reguladores federais.

No próximo tópico, será feita uma breve análise da existência de decisões judiciais que apreciaram a legalidade e a constitucionalidade da adoção da Teoria da Regulação Responsiva em atos normativos ou sancionatórios adotados pelas agências reguladoras federais.

4.6 Como a adoção e a aplicação da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais têm sido analisadas pelo Poder Judiciário

Quanto ao Poder Judiciário, das 61 respostas apresentadas à sétima pergunta, apenas 4 (6,6% dos respondentes) informaram conhecer a existência de ações judiciais que discutem a legalidade ou a constitucionalidade da utilização da teoria em atos normativos ou sancionatórios praticados por agência reguladora federal. Contudo, quando o questionamento foi aprofundado na pergunta seguinte (oitava pergunta), das 3 respostas enviadas, apenas 2 efetivamente informaram as ações em que tal tema teria sido discutido, conforme se observa das respostas abaixo:

- 00421.080847/2019-27
- não tenho conhecimento específico da utilização do termo "regulação responsiva", mas já vi muitos processos em que se questiona a inadequação das punições, especialmente em sua proporção.
- 1026649-38.2019.4.01.3400 (8ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal)

Sobre o processo NUP 00421.080847/2019-27, trata-se da mesma ação relacionada na pergunta 6, referente ao processo NUP 00421.080847/2019-27 –

ANATEL – **Informações nº 00337/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, relativo à Ação Civil Pública nº 5025325-16.2019.4.04.7100, promovida pelo MPF e MP-RS em face da Anatel, Claro, Oi, Vivo e Tim.

Nessa ação, os autores da demanda alegam existir uma prática abusiva e corriqueira dessas empresas de telecomunicações consistente na cobrança pela prestação de serviços de terceiros, de serviços adicionais (ou Prestação, Utilidade ou Comodidade – PUC) e de Serviços de Valor Adicionado, sem que exista comprovação da solicitação dos serviços nominados. A Anatel foi acusada de conivência com tal prática em razão de sua omissão e, mesmo quando atuou, o teria feito de modo ineficaz, prejudicando todos os consumidores.

No que interessa à presente análise, o que se percebe é que, apesar de a ação civil pública ter sido indicada como uma ação em que se discute a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pela Agência, essa teoria e suas técnicas regulatórias não estão sendo expressamente discutidas na ação judicial. A petição inicial nem sequer faz referência à Teoria da Regulação Responsiva. Observa-se, ainda, que a Anatel apresenta a teoria como fundamento para o novo modelo de solução de procedimentos de fiscalização regulatória que está sendo implementado na agência, inclusive, demonstrando os avanços obtidos após o ano de 2017. Assim, apesar de a teoria ser utilizada como fundamento de defesa, seus pressupostos não são propriamente objeto de apreciação judicial.

É até possível que a ação venha a questionar mais diretamente a Teoria da Regulação Responsiva, após a apreciação da contestação elaborada pela Anatel. Até a conclusão deste trabalho, isso não ocorreu. A ação ainda não foi julgada no mérito pela 8ª Vara Federal de Porto Alegre, tendo em conta que a competência daquele juízo para julgar o caso foi declinada para a 5ª Vara Federal Cível de Vitória, em face do processo nº 0025186-06.2016.4.02.5001. Na ação que tramita em Vitória, também não houve julgamento de mérito da demanda. Não havendo manifestação do Poder Judiciário ou mesmo do Ministério Público sobre a Teoria da Regulação Responsiva nas demandas, não há muito a ser debatido sobre tais ações nesta oportunidade, considerando os objetivos deste trabalho.

Quanto à Ação Civil Pública nº 1026649-38.2019.4.01.3400, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra a Anac, trata-se de tema já apreciado anteriormente ao se analisar a manifestação da procuradoria da agência no **Ofício nº**

00629/2020/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, proferido no âmbito do processo administrativo nº 00766.000777/2019-31.

Da análise dos autos, observa-se que, apesar dos fundamentos apresentados pela procuradoria da agência, em sua defesa quanto à Teoria da Regulação Responsiva, tanto na contestação quanto no agravo, não houve apreciação específica da teoria na decisão judicial. Contudo, apesar de o juiz não ter adentrado na teoria regulatória para apreciar a legalidade ou a constitucionalidade da regulação adotada pela Anac, há algumas sinalizações importantes que podem ser extraídas da decisão. A primeira é que, ao ver da autoridade judicial, não basta a agência afirmar que está utilizando determinada teoria regulatória (seja a Teoria da Regulação Responsiva ou da regulação inteligente – *smart regulation*). É preciso que o fundamento da regulação tenha lastro em uma interpretação razoável da lei e seja compatível com a Constituição.

Ao que parece, da decisão proferida na sentença, o juiz considerou que a regulação adotada pela Anac não estava lastreada em interpretação razoável da lei e da Constituição, no que concerne aos menores de idade, razão pela qual determinou à Anac

[...] que regulamente, no prazo estipulado na liminar, o transporte aéreo de passageiros menores de 16 anos, resguardando-lhes o direito a assento adjacente (lado a lado) ao de seu responsável/familiar, sem a cobrança de taxa adicional pela marcação do assento do menor no momento da aquisição das passagens ou se houver necessidade de alteração, salvo na hipótese de mudança de classe ou para assento com espaço extra para as pernas, para os quais o pagamento de taxa adicional é normalmente exigido.

Sabe-se que uma decisão judicial isolada não permite extrair conclusões sobre como o Poder Judiciário tem interpretado determinado tema, especialmente quando a demanda judicial em análise ainda está pendente de julgamento pelo tribunal, como ocorre no presente caso. Todavia, a sentença proferida sinaliza que a aplicação de determinada teoria regulatória precisa se compatibilizar com a legislação e a Constituição para que seja acolhida pelo Poder Judiciário.

Obviamente, a compatibilização na aplicação de determinada teoria regulatória com a legislação e a Constituição depende de demonstração e convencimento das autoridades judiciais. Especificamente, quanto à legalidade e à constitucionalidade na adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais, não

foram localizadas quaisquer decisões judiciais que sinalizem sua incompatibilidade jurídica, como observado ao longo deste trabalho.

Além das ações informadas no questionário aplicado neste trabalho, foi realizada uma pesquisa no acervo de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal³⁴. Essa pesquisa localizou apenas três decisões monocráticas que fazem menção expressa à regulação responsiva. Tais decisões foram proferidas em um processo contra a Antaq e outro contra a Anac.

Desses processos, apenas a **Ação Ordinária nº 1023747-78.2020.4.01.3400**, em que a Anac é parte, transitou em julgado em 16 de setembro de 2022. Nessa ação, foram proferidas duas decisões que se referem expressamente ao termo “regulação responsiva”. A primeira decisão foi proferida no julgamento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela no **Agravo de Instrumento nº 1015214-48.2020.4.01.0000**, de relatoria do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, cuja decisão monocrática, de 4 de junho de 2020, indeferiu o pedido do autor da ação. Ao analisar a decisão proferida, observa-se que a expressão “regulação responsiva” só aparece em razão da transcrição do voto divergente (prevalecente) do diretor da Anac, no julgamento administrativo feito pela diretoria da agência. Apesar de não adentrar na análise da Teoria da Regulação Responsiva em si, um ponto interessante na decisão é que o desembargador optou pelo princípio da deferência à decisão administrativa proferida pela agência reguladora, como se observa da transcrição a seguir:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jamisson de Lima Barreto contra decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 8ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, no Procedimento Comum 1023747-78.2020.4.01.3400/DF, indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência requerido para suspender a penalidade imposta pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, de cassação de todas as licenças de piloto e de inabilitação pelo prazo mínimo de 02 anos para condução de aeronave de nacionalidade brasileira - Processo Administrativo Sancionador nº 00065.019467/2018- 14 (Id 56361029). 2. Consignou o MM. Magistrado a quo que a “...argumentação baseia-se unicamente na falta de uniformidade na dosimetria da pena em relação a outros processos que tramitam na ANAC, apresentando casos de outros aeronautas e de empresas aéreas que cometeram infrações mais graves, mas receberam penas mais leves em comparação ao seu caso”, porém “...a decisão prolatada em um processo não tem eficácia sobre outro, mesmo que ambos tenham

³⁴ Pesquisa realizada em toda a base de dados do acervo de jurisprudência unificada do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 11 fev. 2023.

objeto idêntico ou similar, isso porque os julgadores, inclusive nos órgãos administrativos, analisam cada caso segundo a prova constante dos autos e indicam na decisão as razões da formação de seu convencimento, conforme dicção do art. 50 da Lei nº 9.784/99 e do art. 371 do CPC, aplicado subsidiariamente”.

[...]

10. Da análise da decisão administrativa, observa-se que as questões aqui postas foram devidamente apreciadas e afastadas.

11. Assim, tenho por razoável, em princípio, os fundamentos do voto prevalecente, de que foram utilizados “novos documentos ideologicamente falsos na instrução de sua DEFESA perante os AI 004089/2018, 004090/2018 e 004091/2018, decididos de forma consolidada nos autos do processo 00065.015939/2018-51” e de que o processo referente à penalidade aplicada ao instrutor não foi apreciado em grau de recurso pelo colegiado, não servindo assim como precedente

12. Nesse sentido, o reexame do mérito da decisão da ANAC importa, em princípio, em invasão do mérito administrativo, já que o agravante, de fato, não aponta a ocorrência de ilegalidade na condução do processo de culminou com a aplicação da penalidade.

13. Ademais, ainda que possível tal reexame, para a comprovação de suas alegações faz-se necessária a dilação probatória e o contraditório, o que afasta a possibilidade de concessão da tutela de urgência neste momento processual, mormente sem a oitiva da parte contrária.

Pelo exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação da tutela recursal. [AI 1015214-48.2020.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN (Decisão Monocrática), TRF1, PJE 04/06/2020]

A segunda decisão que se refere expressamente a regulação responsiva foi proferida no julgamento do pedido de antecipação de tutela na apelação. Porém, a referência à regulação responsiva também ocorre apenas em razão da transcrição da decisão proferida no julgamento do agravo de instrumento. Observam-se, ainda, nessa decisão a deferência judicial à decisão administrativa da agência reguladora e a aplicação do princípio da individualização da pena, considerando a alegação pelo apelante de desproporcionalidade da pena comparada a outros casos similares julgados pela agência, conforme se observa na transcrição a seguir:

Trata-se de recurso de apelação, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto contra sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal que, nos autos da Ação Ordinária n. 1023747-78.2020.4.01.3400, movida por JAMISSON DE LIMA BARRETO contra a AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC, julgou improcedente o pedido do autor de reformar a decisão proferida no Processo Administrativo Sancionador n. 00065.019467/2018-14, que lhe aplicou as penalidades de cassação de todas as licenças de piloto e de

inabilitação pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos para condução de aeronave de nacionalidade brasileira.

Sustenta o apelante, em síntese, que a penalidade administrativa que lhe foi aplicada foi desproporcional se comparada com outros casos idênticos ou similares, em que as sanções foram mais brandas, o que ofende, alega, o princípio da razoabilidade.

[...]

Dos trechos da decisão administrativa colacionados na decisão proferida no agravo, verifica-se que a decisão administrativa considerou a reiteração do apelante, ora requerente, na utilização de documento falso, de forma que a decisão administrativa está amparada nas normas que regem o caso.

Em sede de cognição sumária, a alegação do apelante de que em casos análogos as penalidades foram mais brandas não evidencia probabilidade do direito, até porque em sede de processo administrativo também se aplica o princípio da individualização da pena, como antes se declinou.

Ademais, a punição do apelante decorreu de regular processo administrativo, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, cuja regularidade não foi questionada, de sorte que se presume legítima a decisão administrativa.

Portanto, não está demonstrada a probabilidade do direito a justificar o deferimento da tutela de urgência recursal.

III

Assim, **indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.**

(AC 1023747-78.2020.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (Decisão Monocrática), TRF1, PJE 29/06/2021)

Por fim, foi identificada a decisão proferida no julgamento da apelação, em 25 de julho de 2022, pela 6ª Turma do Tribunal Regional da 1ª Região. Apesar de não ter se reportado expressamente à regulação responsiva, é relevante para o objeto desta pesquisa, pois demonstra que o Poder Judiciário tem valorizado o princípio da deferência à decisão administrativa da agência e sua discricionariedade, conforme se observa na transcrição a seguir:

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. APLICAÇÃO DE PENALIDADES EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. GARANTIAS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADAS. SEPARAÇÃO DE PODERES.

1. Trata-se de apelação interposta pela parte autora contra sentença na qual se julgou improcedente o pedido de anulação de sanção imposta pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC em sede de processo administrativo.

[...]

5. Nos termos da jurisprudência desta Sexta Turma e assente na doutrina, “o ato discricionário pode ser controlado pelo Poder Judiciário, desde que respeitada a discricionariedade administrativa.

O controle judicial dos atos administrativos limita-se a estabelecer o delineamento jurídico do ato, avaliando-o sob prisma da legalidade, preservando, contudo, o mérito administrativo do ato” (Apelação Cível n. 0036562-03.2015.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal KASSIO NUNES MARQUES, Sexta Turma, publicado em 18/08/2017). Dentre outros precedentes declinados no voto.

6. O processo administrativo objeto do litígio se deu de forma regular, garantidas as prerrogativas da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Além disso, as decisões administrativas estão fundamentadas sob o aspecto da legalidade, considerando-se a culpabilidade do agente e as particularidades da causa.

7. Em que pese as decisões tidas por paradigmas em que foram aplicadas penas mais brandas em outros casos, tais decisões não vinculam a Administração, tendo por norte as peculiaridades e a gravidade de cada conduta praticada, seja pelo recorrente, seja pelos demais réus do processo administrativo.

8. Não há elementos que permitam ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Precedentes do STJ e deste Tribunal declinados no voto. (AC 1023747-78.2020.4.01.3400, DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (Decisão Monocrática), TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 27/07/2022)

No julgamento do **Agravo de Instrumento nº 1024908-07.2021.4.01.0000**, da Antaq, também há referência expressa a regulação responsiva, mas em razão da transcrição – e não propriamente uma análise judicial dos elementos da Teoria da Regulação Responsiva –, na decisão judicial, dos argumentos apresentados pela agência, informando que

[...] os novos parâmetros da fiscalização estão fundados no perfil de risco dos agentes regulados, obtido a partir de seu comportamento histórico, compatibilizado por fiscalizações responsivas para definir as diretrizes de direcionamento de esforços para obtenção de melhores resultados, com a adoção de boas práticas.

Apesar de o agravo de instrumento tratar de recurso interposto pela agência reguladora contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária do Amapá, que, nos autos da Ação Civil Pública nº 1004674-16.2021.4.01.3100, determinou que a Antaq, sob pena de multa diária, retome as fiscalizações diárias nos portos do Estado do Amapá, providencie a alocação de servidores para atividade de fiscalização no Estado e, dentro do prazo de 90 dias, apresente projeto para a reativação do Posto Avançado da Antaq em Macapá, a decisão do tribunal também se apoia no princípio da deferência administrativa no controle judicial feito sobre as agências reguladoras:

Na ação civil pública, proposta pelo Ministério Público Federal ao fundamento de viabilizar a segurança da operação de navegação no âmbito das hidrovias no Estado do Amapá, formula-se ao juízo pedido de estipulação de regras para a atuação de autarquia.

A ANTAQ informa adotar providências para conseguir viabilizar uma fiscalização dentro de todo o território nacional, mesmo diante da crônica falta de servidores para a realização dos serviços.

Em acréscimo, informa estar impedida de promover contratações para o atendimento das demandas em razão da legislação complementar editada em 2020 para viabilizar o combate à pandemia de COVID-19. A demanda por um serviço de qualidade com uma fiscalização que diminua os riscos e forneça a segurança necessária aos usuários, é um objetivo a ser alcançado por toda a Administração Pública.

Porém, não se afigura razoável determinar a um órgão regulador a forma e os meios que devem ser adotados em sua atuação sob pena de indevida intromissão na sua esfera de autonomia.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, *“só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo”* (Direito Administrativo Brasileiro”, 28ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 116).

[...]

Reconhecer a deficiência na prestação de serviços, porém, não importa que a pretensão deve ser acolhida exatamente como deduzida, porque isso só acentua a deficiência na prestação dos serviços que lhe são próprios.

Como foi indicado, o problema de pessoal da ANTAQ inviabiliza a instalação de um posto de fiscalização em cada uma das localidades em que seria desejável ou, mesmo, necessário, o que, todavia, não deve conduzir à estipulação de locais ou datas de fiscalização pelo Poder Judiciário, sob pena de inviabilizar o planejamento administrativo.

É prudente suspender os efeitos da decisão para viabilizar a ampla instrução processual, com o exercício do contraditório e da ampla defesa, mas já se sabendo que não se pode substituir o administrador público pelo juiz.

Em face do exposto, defiro a tutela de urgência antecedente requerida, para suspender todos os efeitos da decisão agravada.

(AI 1024908-07.2021.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (Decisão Monocrática), TRF1, PJE 31/01/2022 PAG.)

Como se observa, o fundamento da decisão judicial ampara-se precipuamente na discricionariedade administrativa, na separação de poderes e na deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras, conforme precedentes transcritos pelo desembargador relator do agravo de instrumento. Dentre

os precedentes citados, destaca-se, para os fins deste trabalho, o precedente do STF no julgamento do Agravo Interno em Recurso Extraordinário nº 1.083.955, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 28 de maio de 2019, que sustenta, dentre outros pontos:

2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

[...]

4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

[...]

7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); [...] a regulação tende a utilizar especialistas [...] para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).

[...]

(RE 1083955 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 06-06-2019 PUBLIC 07-06-2019)

Apesar do reduzido volume de decisões judiciais proferidas sobre a Teoria da Regulação Responsiva, é possível extrair algumas evidências. A primeira é que ainda são muito poucas as discussões e as referências expressas à regulação responsiva nas análises judiciais realizadas em face dos atos praticados pelas agências reguladoras federais, sejam normativos ou de cunho fiscalizatório.

A segunda é que, mesmo quando há referência expressa à regulação responsiva nas decisões judiciais, os fundamentos para acatamento dos elementos da teoria nos atos regulatórios estão amparados em teses já consolidadas pela doutrina e pela jurisprudência nacional no controle da administração pública, como: (i) não invasão judicial na esfera discricionária do administrador público; (ii) presunção de legitimidade do ato administrativo; (iii) respeito à separação de poderes; e (iv) deferência judicial à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições. Evidentemente, tais teses não dispensam que a decisão regulatória da agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação razoável da lei e compatível com a Constituição.

As decisões judiciais analisadas neste trabalho permitem extrair algumas conclusões. A primeira é que ainda não há número suficiente de manifestações judiciais que permita concluir de forma categórica qual é o entendimento do Poder Judiciário sobre a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais, especialmente quanto a sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

O levantamento realizado não localizou sequer uma decisão colegiada, proferida por Tribunal Federal, que se refira expressamente à Teoria da Regulação Responsiva. Por outro lado, das decisões identificadas até o momento, não há sinalização que indique resistência interpretativa à adoção da teoria, desde que as decisões regulatórias proferidas tenham lastro em uma interpretação razoável da lei e seja compatível com a Constituição.

Conclusão

O presente trabalho se propôs a analisar como a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais tem sido interpretada pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pelo Poder Judiciário Federal, particularmente em face de sua compatibilidade com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Para alcançar tal objetivo, buscou-se identificar se os advogados públicos em atuação nas unidades da AGU junto às agências reguladoras federais conhecem, ainda que de forma contingente, a Teoria da Regulação Responsiva; quais manifestações jurídicas proferidas no âmbito das procuradorias analisaram a legalidade e a constitucionalidade de atos normativos ou sancionatórios praticados com fundamento na regulação responsiva; e a existência de decisões judiciais que apreciaram a legalidade e a constitucionalidade da adoção da teoria em atos normativos ou sancionatórios adotados pelas agências reguladoras federais.

A partir de tais elementos e constatações, buscou-se examinar se as manifestações jurídicas e decisões judiciais proferidas sobre a regulação responsiva analisaram sua compatibilidade com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e isonomia.

Da pesquisa realizada, é possível extrair algumas conclusões. Inicialmente, do levantamento bibliográfico e das informações obtidas por meio do questionário aplicado, foi constatado que ainda é bastante limitado o número de manifestações proferidas pelas procuradorias, sobre regulação responsiva, mesmo com a existência de diversas iniciativas regulatórias responsivas em andamento nas 11 agências reguladoras federais pesquisadas.

Embora tenha havido resposta ao questionário dos advogados públicos em exercício nas unidades da AGU nas 11 agências reguladoras federais, foram identificadas manifestações jurídicas que tratam expressamente da regulação responsiva apenas nas procuradorias da Anac, da Ancine, da Anatel e da Aneel. Mesmo nessas agências reguladoras, o número de manifestações jurídicas proferidas foi reduzido, considerando o universo de iniciativas existentes relacionadas ao tema.

As respostas apresentadas ao questionário indicam que, embora um número razoável de advogados públicos (42) tenha ouvido falar da Teoria da Regulação

Responsiva, poucos estão realmente familiarizados com a teoria, especialmente se considerarmos o número de 157 advogados públicos em exercício nas procuradorias das agências reguladoras pesquisadas.

Ao analisar as manifestações existentes, constatou-se que poucas delas analisam a compatibilidade jurídica das técnicas da regulação responsiva com os princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal.

Nesse reduzido universo de manifestações jurídicas que analisaram a compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva com os princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia presentes no art. 37 da Constituição Federal de 1988, observa-se que tais manifestações reconhecem a relevância, a utilidade e a eficiência da regulação responsiva, mas alertam sobre alguns limites na sua adoção em face da legislação setorial. Tais limitações residem exatamente no princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, especialmente porque a legislação setorial parece ser muito detalhista e minuciosa no que diz respeito ao procedimento sancionatório a ser adotado pela agência. Isso reduz a margem do gestor público para estruturar novos instrumentos e técnicas regulatórias propostos pela Teoria da Regulação Responsiva.

Houve ainda preocupações relacionadas à aplicação da teoria no que diz respeito à observância do princípio da isonomia. No entanto, as manifestações jurídicas indicam que, sendo realizados os ajustes normativos e adotadas as medidas preventivas para atendimento aos princípios da legalidade e isonomia, não haveria óbices jurídicos à adoção da Teoria da Regulação Responsiva por parte das agências reguladoras federais.

Assim, apesar do reduzido universo de manifestações jurídicas proferidas sobre a regulação responsiva pela AGU, é possível vislumbrar a tendência no sentido de que uma maior adesão pelas agências à Teoria da Regulação Responsiva passará por adequações e ajustes na legislação setorial que permitam ao regulador ter maior flexibilidade regulatória para estruturar medidas de constrangimentos e incentivos aos regulados, como propõe a Teoria da Regulação Responsiva.

No que diz respeito às decisões judiciais que se referem expressamente à Teoria da Regulação Responsiva, apesar do número limitado de decisões, é possível identificar algumas tendências. Primeiramente, há escassez de discussões e referências diretas à regulação responsiva. Em segundo lugar, mesmo quando a teoria é mencionada nas decisões judiciais, os fundamentos para aceitar seus

elementos nos atos regulatórios baseiam-se em teses já estabelecidas pela doutrina e jurisprudência pátria no controle da administração pública, como a não intervenção judicial na esfera discricionária do administrador público, a presunção de legitimidade do ato administrativo, o respeito à separação de poderes e a deferência judicial à interpretação do ente administrativo sobre suas próprias competências e atribuições. Obviamente, essas teses não dispensam que a decisão regulatória da agência seja devidamente fundamentada e esteja em conformidade com a lei e a Constituição.

As decisões judiciais analisadas indicam também que ainda não há número suficiente de manifestações judiciais que permitam afirmar qual é o entendimento do Poder Judiciário sobre a adoção da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais, muito menos quanto a sua compatibilidade com os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e isonomia.

O levantamento realizado não encontrou sequer uma decisão “colegiada” proferida por Tribunal Regional Federal ou por Tribunal Superior que se refira expressamente à Teoria da Regulação Responsiva. No entanto, das decisões monocráticas identificadas, não há indícios de resistência interpretativa à adoção da teoria, desde que as decisões regulatórias proferidas estejam baseadas em uma interpretação razoável da lei e compatível com a Constituição.

A partir da análise das manifestações jurídicas e decisões judiciais, não foram identificados óbices constitucionais a sua adoção pelas agências reguladoras federais.

Sob a perspectiva estritamente legal, foram apresentados alguns limites jurídicos em sua adoção e aplicação pelas unidades jurídicas da AGU de algumas agências reguladoras federais. Em regra, tais limitações estão frequentemente associadas a particularidades e minúcias presentes na legislação específica dos setores regulados que limitam ou restringem a atuação dos reguladores e gestores de tais agências, conforme observado nas manifestações jurídicas proferidas nos setores de telecomunicações e aviação civil.

Ao que se percebe, seriam essas “minúcias legislativas” que acabariam por reduzir o campo de atuação dos gestores públicos na estruturação de novas técnicas e instrumentos regulatórios propostos pela Teoria da Regulação Responsiva. Superadas tais restrições legislativas setoriais, não haveria óbices constitucionais ou legais à adoção mais ampla da Teoria da Regulação Responsiva pelas agências reguladoras federais.

Referências

ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. **Plano Estratégico da ANAC 2020-2026**. Brasília: ANAC, 2020. Aprovado pela Portaria nº 46, de 7 de janeiro de 2020.

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações. **Manual de boas práticas regulatórias**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://sistemas.anatel.gov.br/anexar-api/publico/anexos/download/de50d93e0c8e5cdc86274de5b3f5faae> . Acesso em: 19 jan. 2023.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Atuação responsiva é incluída no Mapa Estratégico da ANTT**. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/atuacao-responsiva-e-incluida-no-mapa-estrategico-da-antt> . Acesso em: 19 jan. 2023.

ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2019.

ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**. 6. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2021a.

ARANHA, M. I. Por uma lei das agências reguladoras responsiva. *In*: MATTOS, Cesar (org.). **A revolução regulatória na nova lei das agências**. São Paulo: Singular, 2021b. Edição Kindle.

ARANHA, M. I. *et al.* **Estudo sobre abordagem comando-e-controle e teorias da regulação apoiadas em incentivos, com ênfase na regulação responsiva e seus fundamentos, inclusive o desenho das pirâmides responsivas, bem como sua aplicação direta no setor aéreo**. (Relatório de pesquisa). Brasília: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB (NDSR), 2021a.

ARANHA, M. I. *et al.* **Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANAC**. (Relatório de pesquisa). Brasília: Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB (NDSR), 2021b.

AYRES, I. A co-author's appreciation. **Regulation & Governance**, v. 7, p. 145-151, 2013.

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

ATIQU, E. H. Why Motives Matter: Reframing the Crowding out Effect of Legal Incentives. **Yale Law Journal**, v. 123, n. 4, p. 1070-1116, 2014.

BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, vol. 71, n. 1, p. 59-94, 2008. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25151178> . Acesso em: 21 jan. 2023.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2nd Revised ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BENKLER, Y. From Greenspan's Despair to Obama's Hope: The Scientific Basis of Cooperation as Principles of Regulation. *In*: MOSS, David; CISTERNINO, John (orgs.). **New perspectives on regulation**. Cambridge: Tobin Project, 2009. p. 65-88.

BRASIL. Casa Civil. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante**. Brasília: Ipea, 2018. v.1, 192 p. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/153743_analise-ex-ante_web_novo.pdf/view. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Mare, 1995.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **A reforma do aparelho do Estado e as mudanças constitucionais: síntese e respostas a dúvidas mais comuns**. Brasília: Mare, 1998.

BRAITHWAITE, J. **Corporate crime in the pharmaceutical industry**. Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984.

BRAITHWAITE, J. **To punish or persuade: Enforcement of Coal Mine Safety**. Albany: State University of New York Press, 1985.

BRAITHWAITE, J. **Crime, shame and reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, J. **The essence of responsive regulation**. *University of British Columbia Law Review*, vol. 44, no. 3, p. 475-520, 2012.

BROWN, A. C.; STERN, J.; TENENBAUM, B. **Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems**. Washington, DC: World Bank, 2006.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BRESSER-PEREIRA, L. C. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 34, n. 4, p. 7-26, 2000. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6289>. Acesso em: 21 jan. 2023.

BOUCAULT, C. E. de A. Hans Kelsen – A Recepção da “Teoria Pura” na América do Sul, Particularmente no Brasil. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 95-106, 2015.

BROWN, A. C. et al. **Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems**. Washington: World Bank Publications, 2006.

CARDOSO, F. R. M. CGU além do Comando e Controle: Uma comparação com a Regulação Responsiva. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 150-193, maio-jun. 2021.

CAROTHERS, T. **Promoting the rule of law abroad in search of knowledge**. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

CARVALHO, A. R. de. O conceito de individualismo metodológico em Hayek revisitado. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, v. 26, n. 50, p. 83-110, 2008.

CAVALCANTE, P. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) à Luz da Literatura Brasileira. *In*: CAVALCANTE, P.; SANTOS, M. (org.). **Reformas do Estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios**. Rio de Janeiro: Ipea, 2020. v. 1, p. 39-53.

CUNHA, B. Q.; GOELLNER, I. DE A. As Agências Reguladoras Brasileiras no Século XXI: enraizamento institucional e características organizacionais em perspectiva comparada. *In*: CAVALCANTE, P. L. C.; CUNHA, B. Q.; SILVA, M. S. (org.). **Trajетória e desafios do Estado brasileiro: 25 anos pós reforma administrativa**. Brasília: Ipea, 2020. p. 181-202.

DUBASH, N. K.; MORGAN, B. Understanding the rise of the regulatory state of the South. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 6, n. 3, p. 261-281, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01146.x> . Acesso em: 19 jan. 2023.

FREIGANG, J. 'Scrutiny: Is Responsive Regulation Compatible with the Rule of Law?', **European Public Law**, v. 8, n. 4, p. 463-472, 2002. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Public+Law/8.4/5104714> . Acesso em: 19 jan. 2023.

FRIEDMAN, L. **Impact: how law affects behavior**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 139-152.

GEZELIUS, S. S. Consequences of Tit-For-Tat Enforcement: Toward a Hippocratic Principle of Regulatory Implementation. **Law & Policy**, Hoboken, v. 41, n. 2, p. 220-241, 2019.

GONÇALVES, R. C.; BANDEIRA, M. L.; CORRÊA FILHO, C. R. R.; SANTOS, M. M. Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas. **Revista da CGU**, Brasília, v. 13, n. 24, p. 195–206, 2021. DOI: 10.36428/revistadacgu.v13i24.444. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/444 . Acesso em: 21 jan. 2023.

HILL, L.; STEWART, L. Responsive Regulation: Theory and the Sale of Liquor Act. **Social Policy Journal of New Zealand**, Wellington, v. 11, p. 49-65, 1998.

HOFMANN, R.; PELAEZ, V. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. **Revista Brasileira de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 262-282, June 2011.

HOOD, C. A Public Management For All Seasons? **Public Administration**, Oxford, v. 69, p. 3-19, 1991. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x> Acesso em: 21 jan. 2023.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOLIEB, J. **When to punish, when to persuade and when to reward**: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. *Monash University Law Review*, Clayton, v. 41, n. 1, p. 136-162, 2015.

LANE, J. E. **New public management**. London: Routledge, 2000.

LODGE, M.; WEGRICH, K. Introduction: Governance Innovation, Administrative Capacities, and Policy Instruments. *In*: LODGE, M.; WEGRICH, K. (Eds.). **The Problem-solving capacity of the modern state**: governance challenges and administrative capacities. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LOWI, T. J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. **World politics**, v. 16, n. 4, p. 677-715, 1964.

LOPES, O. A. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

LUSTOSA, P. A. A. O Regulamento de Concessões Rodoviárias da ANTT como “porta de entrada” para a Regulação Responsiva no setor. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 243-260, maio-junho 2021.

MCCRAW, T. K.; *et al.* **Prophets of regulation**: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard University Press, 1984.

NONET, P.; SELZNICK, P.; KAGAN, R. A. **Law and society in transition**: toward responsive law. New York: Harper and Row, 1978.

NORTH, D. C. “Institutions”. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 5, n. 1, p. 97.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD regulatory enforcement and inspections toolkit**. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-enforcement-and-inspections-toolkit-9789264303959-en.htm> . Acesso em: 21 jan. 2023.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Composite indicator on stakeholder engagement in developing subordinate regulations**. 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/composite-indicator-on-stakeholder-engagement-in-developing-subordinate-regulations.htm> . Acesso em: 21 jan. 2023.

OLIVEIRA, J. R. P.; SEGUNDO, L. P. F. **Responsividade no direito administrativo sancionador de agências reguladoras**. Portal CONJUR, São Paulo, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/pimenta-oliveira-administrativo-sancionador-agencias-reguladoras> . Acesso em: 19 jan. 2023.

OSGOOD, C. E. **An alternative to war or surrender**. Urbana: University Illinois Press, 1962.

PARKER, C. Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal. **Regulation & Governance**, v. 7, n. 1, p. 2-13, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315368 . Acesso em: 21 jan. 2023.

SOUTO, M. J. V. Agências reguladoras. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 33, p. 93-118, jul./ago. 2000.

SUNSTEIN, C. R.; THALER, R. H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1970/2017. Plenário**. Processo nº 029.688/2016-7. Relator: Aroldo Cedraz.

VIBERT, F. **The New Regulatory Space**: reframing democratic governance. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2014.

VIEIRA, O. V. Estado de Direito. *In*: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; FREIRE, A. L. (coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito> . Acesso em: 21 jan. 2023.

TAVARES, A. R. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Ed. Método, 2011.

THALER, R. H. From Homo Economicus to Homo Sapiens. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 133-141, 2000.

THORSTENSEN, V.; ARIMA JÚNIOR, M. K. **Boas práticas regulatórias**: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE. Textos para Discussão nº 527. Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2020.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Volume 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009.

Anexo – Pesquisa de Levantamento de Dados – Regulação Responsiva nas Agências Reguladoras Federais – Perspectivas Jurídicas

O resumo das respostas ao questionário pode ser obtido no link:

https://drive.google.com/file/d/1_r0TY57BvLZlgBdZzR_-JK8EgEsn4_U0/view?usp=share_link

O conteúdo integral das respostas ao questionário pode ser obtido no link:

https://drive.google.com/file/d/17_IHxS94lgRZdz28TpCOMDdizVXHnjvO/view?usp=sharing

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável