

MODELOS DE CONFORMIDADE REGULATÓRIA:

Conceitos, Aplicações e Lições no Brasil

RESUMO

- Governos nacionais usam a regulação para a correção das imperfeições de mercado, com as possibilidades de aplicar punições, usar da persuasão ou fomentar as aspirações do regulado.
- Modelos de Comando e Controle são amplamente utilizados pelos órgãos reguladores brasileiros.
- As agências regulatórias nacionais caminham na direção de mecanismos baseados na Regulação Responsiva. Instrumentos responsivos podem trazer menores custos de regulação.
- O Diamante Regulatório prevê elementos que visam premiar boas práticas e a conformidade às normas.

CONCEITUAÇÃO DOS MODELOS REGULATÓRIOS

A regulação econômica impõe condições de **conformidade** às atividades empresariais de maneira a garantir um ambiente competitivo, a qualidade dos serviços prestados e o cumprimento das leis. Para isso, governos nacionais empregam um conjunto de técnicas regulatórias para a correção das imperfeições

de mercado¹, podendo envolver a punição, a persuasão ou aspirações do regulado. Nesta seção, apresentamos os conceitos dos três modelos regulatórios analisados: Comando e Controle, Regulação Responsiva e o Diamante Regulatório.

O modelo de regulação **Comando e Controle** é um tipo de regulação **punitiva** amplamente utilizada no Brasil. No modelo, **a força de lei é usada para proibir determinadas condutas**, exigir ações positivas ou estabelecer as condições de entrada em um setor. A imposição da lei é apoiada por sanções criminais com o objetivo de controlar não apenas a qualidade de um serviço ou a forma de produção, mas também a alocação de recursos, produtos ou *commodities*².

Esse modelo de regulação possui **problemas** conhecidos, como a precisão no desenho das regras e a necessidade da constante elaboração de **normas complexas** e extensas para definir as condutas impróprias. Além disso, as regras tendem a se tornar mais **densas e complicadas** com o passar do tempo, minando o fim pretendido de conformidade³. Assim, os **custos regulatórios** para o acompanhamento e fiscalização das obrigações crescem de maneira constante.

Além da sobrecarga das penalidades,

observa-se a **banalização das normas** por parte do regulado, pois a quantidade de penas sofridas pode não ser mais capaz de sensibilizá-lo a mudar de conduta⁴. Vale destacar que as abordagens regulatórias de Comando e Controle se concentram sobre **fatores econômicos**, ou seja, os agentes irão praticar ilegalidades enquanto os lucros compensarem as penalidades. Por fim, é evidenciada a **baixa efetividade** de cobrança desse tipo de regulação no Brasil, em que menos que 5% das multas aplicadas foram arrecadadas, entre 2005 e 2016⁵.

A **Regulação Responsiva** é um modelo regulatório que complementa o Comando e Controle e propõe uma maior inteligência regulatória, estabelecendo uma **sinergia entre a punição e persuasão**⁶. Os objetivos são de promover a cooperação entre os regulados e os reguladores, favorecendo a formulação de normas mais efetivas; além de prever medidas crescentes de intervenção estatal, a depender do comportamento dos regulados, como um ator virtuoso, racional ou irracional. Modelos responsivos vem se mostrando adequados às práticas da moderna regulação, sendo **recomendados** pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁷.

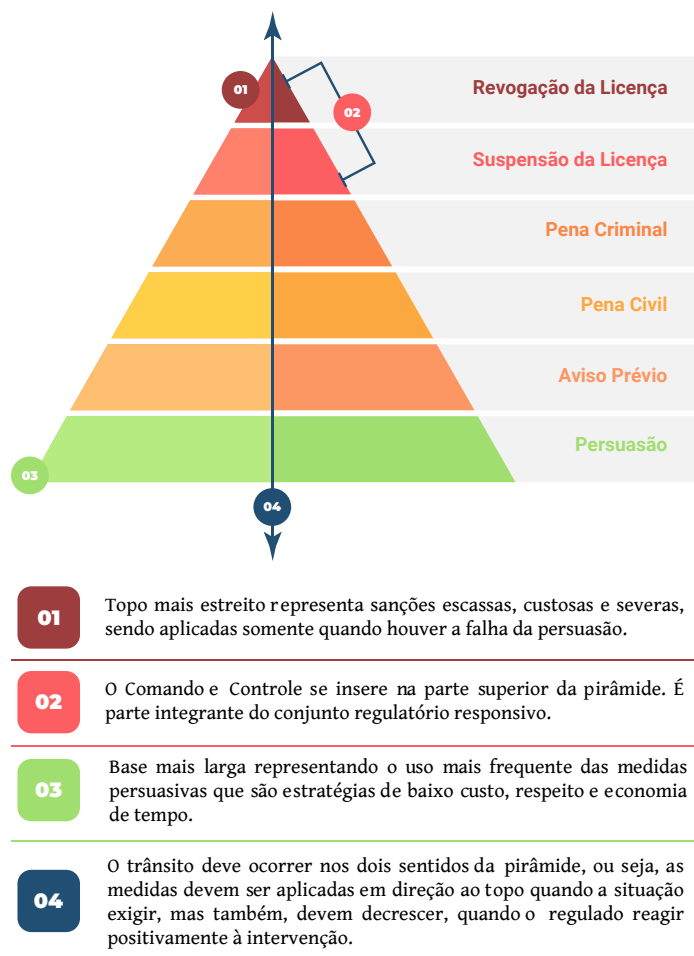
A Regulação Responsiva pode ser representada por uma **pirâmide regulatória do tipo constrangimento** (*enforcement*)⁸, retratada na Figura 1. No entanto, uma das **deficiências** da Regulação Responsiva é o fato de **não exigir excelência**, apenas padrões de conformidade mínimos, não encorajando os esforços do agente regulado em promover melhorias para além das regras.

Nesse sentido, muitas melhorias e incrementos à teoria da Regulação Responsiva foram propostos, como por exemplo a

incorporação de uma nova **pirâmide de exploração de forças** (*strength-based*), de recompensas ou de suporte, atuando de forma adicional à pirâmide regulatória do tipo constrangimento (*enforcement*). A **atuação sinérgica** dessas duas pirâmides foi proposta somente mais tarde em Kolieb (2015)⁹, dando origem ao **Diamante Regulatório**.

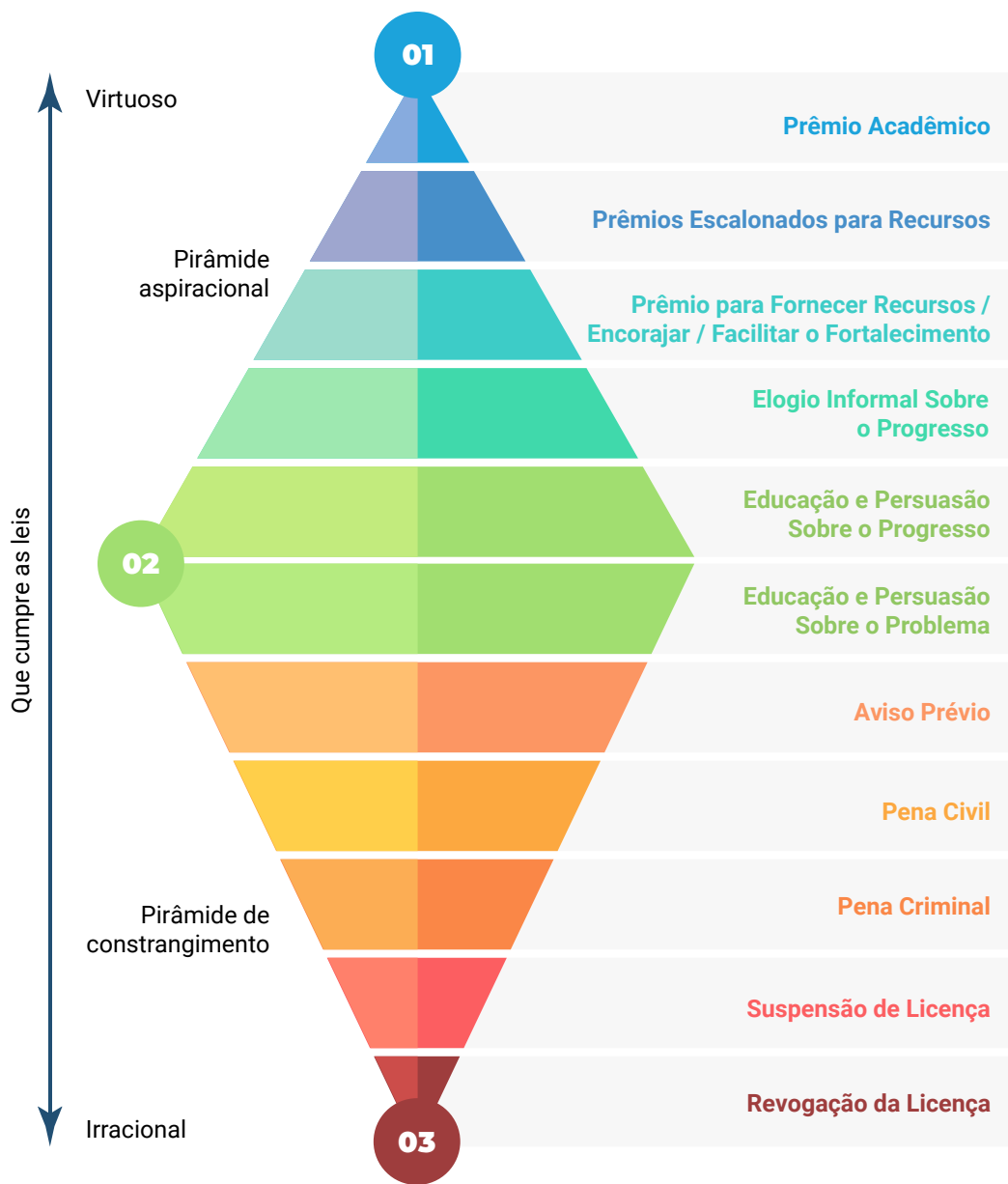
O arranjo do Diamante Regulatório vai além do esforço de cumprimento das regras, integrando duas frentes de atuação: i) a de conformidade, e ii) a aspiracional, com o objetivo de **promover o progresso do regulado** de acordo com suas necessidades e os desejos da sociedade. O desenho esquemático do Diamante Regulatório pode ser visualizado na Figura 2.

Figura 1. Pirâmide de Regulação Responsiva.



Fonte: Adaptado de Ayres e Braithwaite (1992).

Figura 2. Diamante Regulatório.



- 01** Uma vez satisfeitos os requisitos mínimos estabelecidos, o regulador deve estimular o alcance de novos padrões, caminhando com intervenções aspiracionais no sentido ascendente do Diamante.

- 02** Desejo do regulador de cumprimento de padrões mínimos. Trata-se de medidas mais baratas que devem ser utilizadas com maior frequência.

- 03** Se os requisitos mínimos estabelecidos não forem satisfeitos, o regulador deve aplicar sanções, caminhando com intervenções punitivas no sentido decrescente do Diamante.

Fonte: Adaptado de Ayres e Braithwaite (1992) e Kolieb (2015).

Casos de Aplicação dos Modelos Regulatórios

Órgão Regulador	Agente Regulado	Tipo de Regulação	O Que é Regulado?	Análise da Literatura Revisada
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	Empresas de telecomunicação	Comando e Controle	Atendimento às reclamações dos consumidores	Na avaliação de Fonseca (2019) ¹ , a regulação atual é ineficiente. Há um baixo percentual de arrecadação das multas impostas aos entes regulados, cerca de 14% entre 2008 e 2017. Além da baixa eficácia das sanções impostas, há um crescimento constante dos custos regulatórios para acompanhamento e fiscalização das obrigações. Além disso, esses recursos não são direcionados à fiscalização das principais reclamações dos usuários dos serviços. Porém, foram identificadas, no âmbito da Anatel, iniciativas de regulação alinhadas ao modelo responsivo com benefícios como: criação de incentivos para a correção dos desvios; redução dos custos operacionais; e maior grau de resolutividade das questões regulatórias.
Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)	Setor de transporte de cargas ferroviário	Comando e Controle com instrumentos responsivos	Fiscalização da prestação dos serviços. Aplicação de sanções de advertência, multa e suspensão da vigência do contrato. Decisão sobre a rescisão, caducidade, cassação, anulação e extinção de contrato	Segundo Melo Filho (2019) ² , a regulação atual é ineficiente. Encontra-se presente a regulação do tipo Comando e Controle, instrumentos econômicos e instrumentos de concertação e de persuasão. Porém, nas leis normativas do setor encontram-se poucos instrumentos regulatórios de matriz responsiva. Observou-se ênfase maior nas medidas punitivas, aumentando a distância entre a metade e o topo da pirâmide responsiva, havendo a necessidade de uma maior quantidade de medidas de dissuasão. Segundo o autor, é necessário e urgente intensificar a incorporação de estratégias e mecanismos responsivos ao marco legal regulatório do setor.
Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)	Empresas brasileiras	Comando e Controle com instrumentos responsivos	Proteção de dados pessoais	Garcia (2020) ³ mostra que, apesar da complexidade do setor, é possível identificar elementos de autorregulação (forçada), diálogo, colaboração e responsabilidade dos agentes, em conformidade com os objetivos da regulação estatal. É necessário continuar avançando, por meio do emprego de outras estratégias de responsividade, a fim de se obter um aprimoramento da atuação regulatória no país.
Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)	Setor de energia elétrica	Arbitragem e mediação com capacidade de se tornar uma Regulação Responsiva	Conflitos entre prestadoras de serviços ou com a Anatel	Segundo Vasconcelos (2016) ⁴ , a regulação atual é ineficiente. A mediação é pouco utilizada, enquanto a arbitragem é amplamente difundida pelos regulamentos, embora não tenha um padrão fixo e seja operada como um procedimento administrativo comum na maioria das vezes. Existem esforços sendo empregados no sentido de tornar a atividade regulatória mais efetiva diante do volume crescente de negócios no setor. Em 2019 foi aprovado um Regulamento Geral de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL) abrangendo todos os serviços já regulados e cujas bases são orientadas pela Teoria da Regulação Responsiva, de forma a se prezar por ações mais persuasivas em vez de aplicar as sanções previstas na legislação de imediato.
Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)	Membros da OAB	Comando e Controle	Publicidade e propaganda pessoal por parte dos membros da OAB	Para Oliveira (2021) ⁵ , o elevado número de regulados e a falta de estrutura operacional da OAB para lidar com práticas infracionais são fatores limitadores ao controle regulatório. Não se pode afirmar que há uma responsividade nesse setor, porém o autor considera que a maior difusão da teoria da Regulação Responsiva pode melhorar a regulação disciplinar e mitigar os danos sociais causados por atos de advogados transgressores.
Controladoria-Geral da União (CGU)	Administração Pública Federal	Comando e Controle com características da Regulação Responsiva do tipo Diamante	Controle interno, correição, ouvidoria, prevenção e combate à corrupção nos órgãos do Poder Executivo Federal	Cardoso (2021) ⁶ considera que a CGU possui uma vertente aspiracional para induzir e fomentar a melhoria contínua da gestão pública para além da mera conformidade de regras. Porém, não se pode afirmar a aderência à Regulação Responsiva, pois não atendeu à premissa de interligação das diferentes camadas do Diamante Regulatório, proporcionando um fluxo regulatório de escalonamento das medidas, no sentido ascendente e descendente.

LIÇÕES APRENDIDAS COM OS MODELOS REGULATÓRIOS

É de suma importância que o Estado brasileiro adote desenhos regulatórios e de incentivos que contribuam para o desenvolvimento econômico e fortalecimento da democracia. Para isso, deve-se respeitar os princípios da **transparência** e da participação no processo regulatório, com o objetivo de garantir o interesse público e a equalização das necessidades de todos os interessados e afetados pelos resultados da regulação¹⁰.

Como observado nos casos expostos no quadro anterior, a regulamentação punitiva, conhecida como **Comando e Controle é amplamente utilizada no Brasil**. Esse tipo de regulamentação não tem surtido os efeitos esperados. Assim, as agências reguladoras **caminham na direção de mecanismos baseados na Regulação Responsiva**.

A maioria das críticas aos modelos convencionais de Comando e Controle recaem sobre os altos **custos regulatórios** para o acompanhamento e fiscalização das obrigações¹¹ e a **falta de incentivos** para que as empresas continuem a melhorar sua performance para além dos padrões de conformidade. Segundo Gunningham e Grabosky (1998)¹², as soluções regulatórias devem incentivar resultados do tipo “ganha/ganha” além de facilitar e recompensar as empresas e instituições a adotarem soluções que vão além do mero *benchmark* (padrão de desempenho) regulatório.

A Regulação Responsiva, por sua vez, viabiliza uma forma de **governança mais livre** sem, no entanto, eliminar o poder do Estado de intervir quando necessário. No entanto, vale destacar que esse tipo de regulação não é isenta de críticas. Segundo Lacerda e Thomas

(2019)¹³, do ponto de vista operacional, existem dificuldades em se caracterizar adequadamente um regulado como **virtuoso ou racional**. Além disso, como destacado por Braithwaite (2006), a Regulação Responsiva necessita de **instituições fortes** e bem desenvolvidas, tanto no setor privado quanto no setor público.

A Regulação Responsiva depende da ajuda mútua, tanto de um mercado bem desenvolvido e que tenha estrutura para atender às regulações e se autorregular quando necessário, quanto de uma **Administração Pública eficiente**, que disponha de muitos agentes capacitados, e de mecanismos democráticos de fiscalização bem distribuídos.

A Teoria do Diamante Regulatório, considerada pela literatura uma **melhoria recente** da Teoria da Regulação Responsiva, que quando aplicável, captura a essência da capacidade de resposta e da regulamentação. O modelo é considerado mais preciso para aqueles que tratam de **problemas sociais**. Além disso, a inclusão de uma regulamentação aspiracional no modelo provavelmente fornece um **tom mais otimista** para todo o projeto regulamentar do que os modelos centrados em conformidade podem fornecer.

Como destacado em CGU (2020)¹⁴, o Brasil ainda enfrenta **desafios** em relação ao processo regulatório. Há a necessidade de melhorias no que se refere à organização hierárquica dos diferentes mecanismos regulatórios, ao estudo de **custo-benefício** desses mecanismos e ao processo de Avaliação dos Resultados Regulatórios. Segundo a CGU (2021)¹⁵, os maiores esforços no sentido de fortalecimento da atuação dos reguladores são: Mecanismos de Gestão de Riscos, Análise de Impacto Regulatório e Regulação de Contratos.

Desta forma, ao se considerar o ambiente regulatório do Brasil, uma estratégia de

fortalecimento das instituições democráticas de resolução de disputas, como a mediação – tais como as agências reguladoras – se daria e a conciliação, também são iniciativas para através da **cooperação** entre essas e o setor se estreitarem os laços formais entre o ente privado. O uso de mecanismos alternativos regulador e o regulado.

REFERÊNCIAS

1. CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001. p. 53.
2. BALDWIN, R., CAVE, M., & LODGE, M. Understanding regulation: theory, strategy, and practice. Oxford university press. 2011
3. LOPES, O. A. Fundamentos da Regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
4. ARANHA, M. I. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório. 5ª ed. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2019.
5. CARDOSO, Fernando Roriz Marques. CGU além do Comando e Controle: uma comparação com a Regulação Responsiva. 2021.
6. AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. New York: Oxford University Press, 1992.
7. FONSECA, Daniel Andrade. Comando e Controle versus Regulação Responsiva no setor de telecomunicações. 2019.
8. BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation and Developing Economies. World Development, Washington, v. 34, n. 5, p. 884-898, 2006
9. KOLIEB, J. When to Punish, When to Persuade and When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. Monash University Law Review, p. 136-162, 2015.
10. MOURA, RODRIGO SÉRGIO FERREIRA DE. Regulação do agronegócio da fruticultura no Semiárido sob o prisma da teoria da Regulação Responsiva. 2019.
11. LOPES, O. A. Fundamentos da Regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
12. GUNNINGHAM, N.; GRABOSKY, P. Smart Regulation: Designing Environmental Policy. Oxford: Clarendon Press, 1998.
13. LACERDA, N. D. M.; THOMAS, P. T. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: uma análise a partir da atuação da agência nacional de águas na crise do rio pardo. Journal of Law and Regulation, Brasília, v. 5, p. 1-26, 10 set. 2019.
14. CONTROLADORIA GERAL DA UNIAO (CGU). Relatório de avaliação: Processo Sancionatório da Anatel. Brasília, Agosto de 2020.
15. CONTROLADORIA GERAL DA UNIAO (CGU). Projeto avaliação da capacidade institucional para regulação. Resultado consolidado das avaliações. Brasília, maio de 2021.

REFERÊNCIAS DA TABELA

1. FONSECA, Daniel Andrade. Comando e Controle versus Regulação Responsiva no setor de telecomunicações. 2019.
2. MÉLO FILHO, Marconi Araní. Da regulação responsiva a regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 6, n. 1, p. 144-163, 2020.
3. GARCIA, Renata Cavalcanti. Proteção de dados pessoais no Brasil: uma análise da lei nº 13.709/2018 sob a perspectiva da teoria da regulação responsiva. 2020.
4. VASCONCELOS, João Hugo Costa de. Aplicação da teoria da Regulação Responsiva na capacidade de resolução de conflitos da ANATEL. 2016.
5. DE OLIVEIRA, Marcelo Borges Proto. A OAB e a Regulação Responsiva. 2021.
6. CARDOSO, Fernando Roriz Marques. CGU além do Comando e Controle: uma comparação com a Regulação Responsiva. 2021.

MODELOS DE CONFORMIDADE REGULATÓRIA: Conceitos, Aplicações e Lições no Brasil

Presidente
Diogo Costa

Diretora de Altos Estudos
Diana Coutinho

Coordenação Geral de Ciência de Dados
Leonardo Monasterio

Autoria
Géssica Souza
Willian Adamczyk

Diagramação
Samyra Lima

O Evidência Express (EvEx), iniciativa da Diretoria de Altos Estudos da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), é uma equipe de pesquisadores focada em reunir, sintetizar e fornecer evidências para o desenho, monitoramento e avaliação de políticas públicas. A missão do EvEx é gerar produtos ágeis, priorizando a qualidade das informações. Para mais informações, entre em contato: evidencia.express@enap.gov.br