

Opinião: Auto e correção: ferramentas no canivete do regulador

A teoria clássica da regulação ordenadora e criminalizadora, também conhecida como teoria do comando-e-controle, parte do princípio de que o regulado teria seu comportamento moldado rumo aos fins da regulamentação, em resposta a ameaças a condutas desviantes do previsto na norma aplicável ao quadradir da prática em desacordo com a norma.



O Acórdão Tribunal de Contas da União 729/2020, que

tratou do monitoramento da arrecadação de multas administrativas emitidas por 15 agências e órgãos de regulação do governo, mostrou que aqueles entes aplicaram, no período sob análise, mais de 651 mil multas, totalizando R\$ 18,3 bilhões a serem arrecadados [\[1\]](#). É uma cifra impressionante!

Apesar de tais dados passarem a impressão de que agências e órgãos de regulação estariam agindo de maneira ativa no sentido da efetivação da melhoria da qualidade dos serviços prestados à população, faz-se necessária uma reflexão sobre o tema. Números tão elevados não só impressionam; na verdade, preocupam.

Emissão de mais multas não significa melhoria de serviços, pode até indicar o contrário: 1) um maior descumprimento das normas estabelecidas; 2) os agentes podem estar prestando serviços ruins; 3) a regulação pode se mostrar demasiadamente severa, necessitando ajustes (o que pode incluir, até mesmo, a desregulação); 4) a agência pode ter falhado em estabelecer normas que produzam incentivos adequados. Ou mesmo, todas as opções anteriores... Pode, na verdade, ser o sinal de que é preciso mudar!

Mais impressionante é saber que, desse total, foram arrecadados pouco mais de R\$ 435,4 milhões, correspondendo a 2,37%. Dos 15 órgãos analisados, 11 arrecadaram menos do que 10% do valor das multas aplicadas [\[2\]](#). Ou seja: a maioria das multas não é paga!

É preciso superar a falácia de que o sucesso da atividade regulatória seja medido pelo número de autuações. Um sistema regulatório rígido, apoiado na aplicação mecânica de normas, em vez de sustentado por uma maior racionalização da atuação estatal, gera uma deturpação das prioridades regulatórias. Mais do que punir, é preciso que se estimulem comportamentos de adequação à regulação.

Da mesma forma que as empresas fazem *planejamento tributário* — estudando maneiras de reduzir legalmente a carga tributária que incide sobre o empreendimento —, elas também fazem *planejamento regulatório*: às vezes infringir uma norma e sujeitar-se à multa pode ser mais "vantajoso", quando avaliado sob a perspectiva de custo-benefício, do que ajustar sua conduta a normas que não levam em conta os contextos (dificuldades e particularidades) de sua implantação. Corroborando com esse entendimento o citado Acórdão do TCU, que constatou que os entes fiscalizados costumam pagar somente multas de menor valor, contestando, administrativa ou judicialmente, multas maiores [3].

Tem-se, assim, dados objetivos que evidenciam o fracasso de conformidade vivenciado em vários setores regulados sob o comando-e-controle.

A título de curiosidade traz-se a "Fábula do Rei Regulador" [4], anedota espirituosa e bastante ilustrativa da espiral regulatória [5], convidando à reflexão:

"Era uma vez, em um reino não muito distante... havia uma reclamação dos súditos sobre o preço do pão. O rei, indignado, decretou um preço máximo. No dia seguinte, os padeiros reduziram o peso do pão. O rei, para que os padeiros não fugissem do regulamento, decretou um preço mínimo. Então, os padeiros usaram farinha de qualidade inferior. O rei ordenou uma qualidade mínima. Os padeiros, em resposta, só permitiam aos súditos comprar pão se comprassem também leite, que não estava submetido ao controle de preço. O rei emitiu um novo decreto proibindo a venda casada de produtos. No dia seguinte, os produtores colocaram uma fruta cristalizada em cima do pão e disseram que o preço era livre porque não se tratava mais de pão, mas sim de um bolo. O rei então teve que incluir bolos no regulamento. E eles continuaram e continuaram até que o rei se fartou e nacionalizou as padarias. Moral da história: se você não quer ficar preso na espiral regulatória, não regule".

Diferente do que possa parecer, não se trata de uma ode acrítica à desregulação, mas um alerta (no mínimo divertido) à regulação excessiva (impensada, insensata, ineficiente), naquela linha: seria cômico se não fosse trágico.

O fenômeno regulatório detém diversas facetas visíveis e invisíveis. Na prática, sanções despropositadas podem representar um estímulo ao inadimplemento: o agente prefere buscar meios para se esquivar da obrigação ou protelá-la (e.g., por meio da judicialização). O saldo final pode ser o aumento do custo do funcionamento da máquina pública sem que isso se reverta em melhora na qualidade ou eficiência da prestação do serviço. A crítica é dolorosa.

De fato, é possível constatar que o discurso de desregulação no Brasil resultou em mais regulação; afinal, o momento de criação de agências reguladoras correspondeu ao fortalecimento da centralização normativa, deixando em evidência o fato de que priorizar uma forma de intervenção indireta sobre a direta não significa, necessariamente, menor intervenção.

O Estado regulador não é um Estado intervencionista, nem mesmo abstencionista/anarcocapitalista. Ele representa um meio termo, um equilíbrio entre dois modelos ideologicamente bem definidos (Estado Social e Estado Liberal), em que o foco da desregulação dirige-se aos excessos ou disfuncionalidades da regulação.

O esforço de modelagem regulatória é, por natureza, complexo e é precisamente o aspecto da procura por respostas inovadoras para os problemas regulatórios, apoiadas em medidas educativas e mecanismos cooperativos baseados no diálogo entre regulador e regulado, que ocupa atenção diferenciada na literatura mais atualizada de regulação [6].

Nesse contexto, a *autorregulação* e a *corregulação*, ao lado de outras técnicas regulatórias, surgem como ferramentas que integram o "canivete suíço" do regulador, i.e., instrumentos dos quais o administrador público pode lançar mão com vistas à conformação eficiente de condutas.

Essas abordagens aparecem como resposta à retórica maniqueísta de oposição entre *desregular* e *regular*, representando uma reflexão mais profunda acerca dos ganhos sociais oriundos da diminuição da regulação estatal voltada à compensação social ou à orientação do mercado.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), na *autorregulação* [7], grupos de empresas de um determinado setor, setores inteiros ou grupos profissionais concordam, voluntariamente, em agir de maneiras prescritas, de acordo com um conjunto de regras ou princípios decididos por eles próprios [8].

Ocorre uma permuta segundo a qual os entes privados aceitam limitar sua liberdade de ação sob a condição de não haver uma imposição regulatória unilateral; o poder público, por sua vez, lhes confere o poder de fixar normas para si próprios. O grupo é responsável por desenvolver os instrumentos de autorregulação, monitorar a conformidade e garantir a sua aplicação [9]. Os grupos podem ser totalmente responsáveis pelo desenvolvimento dos instrumentos de autorregulação ou podem trabalhar com entidades governamentais e outras partes interessadas, situação em que se tem a chamada *corregulação*.

Na *corregulação*, geralmente o governo fornece apoio para permitir que as disposições sejam aplicadas e fiscalizadas. Na *autorregulação*, em geral a fiscalização do cumprimento pelos pares é de responsabilidade do próprio grupo instituidor.

Usados nas circunstâncias certas, esses instrumentos podem oferecer vantagens significativas sobre a regulação tradicional de comando-e-controle, incluindo: 1) maior flexibilidade e adaptabilidade; 2) custos administrativos e de conformidade potencialmente mais baixos; 3) capacidade de abordar questões específicas do setor e do consumidor diretamente; e 4) mecanismos rápidos e baratos de tratamento de reclamações e resolução de disputas. Ambas as abordagens de autorregulação e *corregulação* têm o potencial de ser instrumentos de política muito eficientes devido à sua flexibilidade: podem ser adaptadas para o problema específico para o qual foram projetadas e podem mudar rapidamente em resposta às mudanças nas circunstâncias.

Sempre houve, no Brasil, um difundido receio — sustentado, quase sempre, em desconhecimento — quanto às categorias de autorregulação e *corregulação*, como se elas representassem uma forma de deixar o mercado agir descontroladamente.

Neste sentido, a "Autorregulação do Crédito Consignado" pode ser citada como exemplo de uma iniciativa que tem se mostrado positiva: associada à percepção de que o problema de práticas comerciais abusivas no oferecimento de crédito consignado prejudicava não só os consumidores aposentados, mas também o próprio mercado quanto a uma concorrência justa e saudável, a Associação Brasileira de Bancos (ABBC) e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) propuseram o Sistema de "Autorregulação do Crédito Consignado". A assinatura da convenção para adesão é voluntária, mas até fins de 2019 instituições representando 98% do volume da carteira de crédito consignado em todo o país já haviam aderido ao instrumento [10].

O Sistema de Autorregulação entrou em operação em 2 de janeiro de 2020 e além de estabelecer a governança e o regramento mínimo para o seu funcionamento segundo as regras estatais vigentes, tem três objetivos principais: 1) criar um sistema de bloqueio de ligações à disposição dos consumidores que não queiram receber ofertas de crédito consignado ("não me perturbe"); 2) formar uma base de dados para monitorar reclamações sobre oferta inadequada do produto; e 3) estabelecer medidas voltadas à transparência, ao combate ao assédio comercial e à qualificação de correspondentes.

Complementarmente ao Sistema, e sem prejuízo às punições privadas nele previstas (e.g., multas que variam entre R\$ 45 mil e R\$ 1 milhão) [11], a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e entes integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) fiscalizam sua implementação, além de aplicarem o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e outros normativos cabíveis, que não são afastados pela Convenção, adicionando um componente de correção ao instrumento autorregulatório.

Perceber-se, com este exemplo, que com a autorregulação e a correção o Estado não está renunciando a suas funções, muito pelo contrário! Ele está atuando de forma conjunta com o setor regulado no estabelecimento de diretrizes e procedimentos mínimos, com isso, a proposta tem a capacidade de aumentar a previsibilidade e a segurança jurídica.

Longe de representarem uma forma de deixar o mercado agir descontroladamente, de forma voluntarista, mecanismos como a autorregulação e a correção têm enorme potencial de tornar mais racional e efetiva a regulação.

[1] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO [TCU]. *Acórdão TCU-Plenário nº 729/2020*. Relatório de Acompanhamento (RACOM) TC 024.820/2018-0. Relator: Aroldo Cedraz. Data de julgamento: 01/04/2020, Plenário. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/TC%2520024.820%252F2018-0%2520/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?u3a6d-11eb-ad81-51955e150807>. Acesso em: 1 jun. 2021.

[2] Id, 2020, Tabela3.

[3] Ibidem, 2020, §§ 39, 41, 46.

[4] BULLARD, Alfredo; ROLDÁN, Nicole; CARO, André. *La Paradoja de la Calidad en los Servicios de Telefonía Móvil*: cuando más se puede convertir en menos. Congreso Mundial de Móviles de la GSMA. Barcelona, 24 fev. 2014, p. 9. Disponível em: <https://www.gsma.com/latinamerica/wp-content/uploads/2014/03/Alfredo-Bullard-Reporte-Paradoja-de-la-Calidad-Reporte-Completo.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

[5] Situação em que a produção de regulação inefetiva/errada, em vez de gerar desregulação como uma reação, gera mais regulação (para corrigir os erros da regulação que lhe precedeu) e assim sucessivamente, numa espiral sem fim.

[6] ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. 5. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2019, p. 74, 145.

[7] Não é crítico para esta discussão, mas merece ser mencionado que a autorregulação é uma forma genérica de regulação que detém significados variados de acordo com a teoria/modelo regulatório adotado (e.g., autorregulação unilateral, ou *unilateral self-regulation*, de uma única empresa; autorregulação da indústria, ou *industry self-regulation*, implicando em atuação coletiva para melhoria da reputação do setor como um todo; autorregulação regulada, ou *enforced self-regulation*, que incorpora consequências punitivas estatais na disciplina normativa proposta pelo regulado e ratificada pelo regulador) cf. Aranha, 2019, p. 147-148.

[8] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OCDE]. *Industry Self-Regulation: role and use in supporting consumer interests*. Relatório DSTI/CP(2014)4/FINAL. 23 mar. 2015, p. 5. Disponível em: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP\(2014\)4/FINAL&docL](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP(2014)4/FINAL&docL). Acesso em: 1 jun. 2021.

[9] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OCDE]. *Alternatives to Traditional Regulation*. OECD Report. 2006, p. 6. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2021.

[10] SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR [SENACON]. *Guia: Corregulação do Crédito Consignado*. Brasília: Secretaria Nacional do Consumidor, Ministério da Justiça e Segurança Pública, mar. 2020, p. 5. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/2020/Guia—Corregulao-Crdito-Consignado-compactado—final_compressed-1.pdf. Acesso em: 1 jun. 2021.

[11] Na autorregulação tem-se controles internos que podem ser até mais severos para a empresa do que as punições do poder público. Sobre isso, Aranha (2019, p. 105) esclarece que "[é] um equívoco [...] pressupor-se que a autorregulação seria uma opção de amenização das consequências pelo descumprimento das normas quando comparada com constrangimentos públicos, [...] punições

societárias [...] podem ser muito mais severas do que as extrinsecamente implementadas".

Date Created

11/06/2021