Ref.: Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações

Meta: 13

Estudo sobre conformação regulamentar apoiada em modelagem regulatória por incentivos

REDAÇÃO:
Prof. Marcio Iorio Aranha
PhD(C) Vânia Lucia Ribeiro Vieira
PhD(C) Angelo Gamba Prata de Carvalho
Prof. Alexandre Kehrig Veronese
Profª. Ana Frazão
Prof. Jorge Otávio Lavocat Galvão

REVISÃO E APOIO:
M.Sc(C) Gabriel Campos Soares da Fonseca
M.Sc(C) Maria Clara Cunha Farias

EQUIPE DE ACOMPANHAMENTO:
Alexandre Kehrig Veronese, Ana Frazão Vieira de Mello, André Luís Rossi de Oliveira, Angelo Gamba Prata de Carvalho, Antônio Ribeiro dos Santos, Arnóbio Cavalcanti, Athos Vinicius Cavalcante Carvalho, Beatriz Melo Franco Nery, Eliomar Araújo de Lima, Fernando M Couto de Lima, Gabriel Campos Soares da Fonseca, Gabriel Pimenta de Freitas Cardoso, Gustavo Viana Penido, Hermano Dumont Veronese, Humberto Abdalla Junior, João Gabriel Álvares, Jorge Octávio Lavocat Galvão, José Leite Pereira Filho, Laura Schertel Ferreira Mendes, Lallamand Canedo de Souza, Leandro Caixeta Moreira, Luis Fernando Ramos Molinaro, Mara Karina Barbosa da Silva, Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira, Maria Clara Cunha Farias, Matheus Augusto Santana Souza, Murilo César Ramos, Othon de Azevedo Lopes, Paulo César Coutinho, Paulo Henrique Portela de Carvalho, Renata Cleto Carneiro, Tiago Sousa Pereira, Vander Lucas Mendes e Vania Lucia Ribeiro Vieira.

Brasília, 30 de novembro de 2020.

Sumário

Índice de Abreviaturas e Siglas 8

RESUMO EXECUTIVO 10

Introdução 23

1. A aplicação das Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos, em especial a regulação responsiva, ao processo fiscalizador e sancionador da Anatel: diálogo à luz da experiência de atuação de outras agências reguladoras e órgãos públicos brasileiros 33

1.1 Histórico e contextualização do problema: o diagnóstico acerca do esgotamento do modelo regulatório da Anatel ancorado na instauração indiscriminada de processos administrativos de apuração de descumprimento de obrigações regulatórias 33

1.1.1 A constatação e análise do problema pela CGU: a avaliação do Processo Sancionador da Anatel pelo órgão de controle interno 43

1.2 O enfrentamento do problema: a centralidade do debate em torno da desmistificação do processo sancionador como principal resposta regulatória 50

1.2.1 O PADO como um dos grandes problemas do modelo regulatório da Anatel, mas não o único 64

1.2.2 As possibilidades de enfrentamento do problema referente à instauração indiscriminada da PADOs pela via normativa 76

1.2.2.1 A posição da Procuradoria Federal junto à ANATEL acerca da necessidade de se alterar a Lei Geral da Telecomunicações para se prever expressamente a possibilidade de a Agência deixar de instaurar PADOs em determinadas circunstâncias 79

1.2.2.2 A experiência do BACEN e da CVM de enfrentamento do problema: alteração da Lei como opção não apenas para se conferir racionalidade à utilização do processo sancionador como instrumento regulatório, mas para se aprimorar o modelo regulatório como um todo 85

1.3 A desnecessidade de se alterar a Lei para se resolver a questão da suposta obrigatoriedade de instauração indiscriminada de PADOs 95

1.3.1 O princípio da juridicidade como expressão da força normativa da Constituição e o já repisado debate sobre a inadequação do princípio da legalidade estrita ao paradigma do Estado Democrático de Direito 97

1.3.2 A conexão entre os princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador: o *jus puniendi* do Estado desempenhado conforme os princípios e regras constitucionais 101

1.3.3 Os princípios da insignificância e da justa causa aplicados ao Direito Administrativo Sancionador: o dever-poder da Administração instaurar processos apuratórios *versus* o dever-poder da Administração proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da instauração 109

1.3.4 A necessária observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na decisão acerca da instauração de processos administrativos sancionadores 117

1.4 A experiência dos órgãos de controle de relativização do dever-poder da Administração instaurar indiscriminadamente processos apuratórios e sancionatórios 125

1.4.1 A experiência da CGU 127

1.4.1.1 O entendimento e orientação da CGU na esfera correcional 127

1.4.1.2 O entendimento e orientação da CGU nas atividades de auditoria interna do Poder Executivo federal: a abordagem baseada em risco como estratégia responsiva de fiscalização regulatória 138

1.4.2 A experiência do TCU na condução dos processos de Tomada de Contas Especiais 146

1.5 A experiência de Agências Reguladoras brasileiras na implementação de medidas de flexibilização do dever-poder de instauração indiscriminada de processos administrativos sancionatórios por meio de atos infralegais 152

1.5.1 ANEEL 152

1.5.2 ANAC 180

1.5.3 ANS 196

1.5.4 ANTT 214

1.5.5 ANTAQ 224

1.5.6 ANCINE 226

2. Princípios de atuação do TCU para a estruturação de modelos de regulação baseada em incentivos 230

2.1 Introdução 230

2.2 O papel do TCU no controle das agências reguladoras 233

2.3 A visão do TCU a respeito dos processos sancionadores junto às agências reguladoras 241

2.4 Princípios de atuação das agências reguladoras segundo a jurisprudência do TCU 247

2.4.1 As sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não arrecadatório 247

2.4.2 As agências podem adotar medidas alternativas às multas para aprimoramento do setor 251

2.4.3 A atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade 256

2.4.4 A busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima 264

2.5 Síntese conclusiva 269

3. PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 271

3.1 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva na Constituição Federal de 1988 271

3.1.1 Proposta de alteração do art. 174 da Constituição Federal 271

3.2 Possibilidade jurídica de adoção de medidas compensatórias 274

3.2.1 Proposta de alteração do art. 174 da Constituição Federal 274

4. PROJETOS DE LEI 277

4.1 Incorporação de dispositivos que deem segurança jurídica para que a Anatel possa adotar medidas apoiadas em incentivos intrínsecos 277

4.1.1 Alterações na Lei Geral de Telecomunicações com vistas a esclarecer a possibilidade de não abertura de PADOs, entre outras medidas instrumentais à regulação por incentivos intrínsecos 277

4.2 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva 284

4.2.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472) 284

4.3 Medidas compensatórias e de incentivo à conformidade das condutas: previsão normativa e procedimentos para aplicação 288

4.3.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) 288

4.4 Competência institucional da Anatel para determinar a criação de entidades privadas destinadas ao suporte na obtenção de dados sobre o setor regulado 293

4.4.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) 293

4.5 Inclusão de disposições relativas à celebração de transação relacionada à contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações 297

4.5.1 Projeto de Lei para alteração da Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, para sua inserção na sistemática de regulação por incentivos 297

4.6 Conselhos de Usuários e Superintendência de Relações com os Consumidores 300

4.6.1 Projeto de Lei para inclusão de dispositivos para o fortalecimento da atuação dos Conselhos de Usuários 300

5. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DE NORMAS INFRALEGAIS 303

5.1 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva 303

5.1.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) 303

5.1.2 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10) 307

5.1.3 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 589/2012 (Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas) 310

5.2 Adequações regulatórias necessárias ou recomendáveis à utilização da metarregulação por estruturas de governança empresarial e programas de conformidade em formato responsivo 314

5.2.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10) 314

5.2.2 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (nos termos da Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10) 318

5.3 Adequações regulatórias necessárias à descentralização de atividades para entidades privadas custeadas pelos Administrados 322

5.3.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 717/2019 (Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações) 322

5.4 Medidas de incentivo à qualidade dos serviços e adequação aos cânones do devido processo 328

5.4.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 717/2019 (Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações) 328

5.5 Medidas de incentivo à conformidade de condutas e observância do devido processo administrativo 332

5.5.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345, de 19 de dezembro de 2019) 332

5.6 Inclusão do Fust na sistemática de regulação responsiva 338

5.6.1 Proposta de alteração do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, anexo à Resolução Anatel nº 729, de 19 de junho de 2020 338

5.7 Alterações para reforço da atuação do Conselho de Usuários e da SRC 342

5.7.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março de 2014 342

BIBLIOGRAFIA 345

Lista de acórdãos citados do TCU 350

Tabelas

Tabela 1 – Síntese: Princípios de atuação regulatória sancionadora..... 124
Tabela 2 – Síntese: Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (A)..... 145
Tabela 3 – Síntese: Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (B)..... 146
Tabela 4 – Síntese: Posição do TCU quanto à instauração indiscriminada de processos apuratórias e sancionatórios de TCE..... 151
Tabela 5 – Dimensões e diretrizes regulatórias..... 186
Tabela 6 – Providências Administrativas ANAC na Fiscalização..... 194
Tabela 7 – Síntese: Experiências inovadoras (A)..... 228
Tabela 8 – Síntese: Experiências inovadoras (B)..... 228
Tabela 9 – Síntese: Experiências inovadoras (C)..... 229
Tabela 10 – Síntese: Princípios jurisprudenciais de controle das agências reguladoras 270

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACI	Aviso de Condição Irregular (ANAC)
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
AI	Auto de Infração
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
BI	Business Intelligence
CEF	Compêndios dos Elementos de Fiscalização (ANAC)
CF	Constituição Federal de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
COMAER	Comando da Aeronáutica
DIFIS	Diretoria de Fiscalização (ANS)
EF	Elemento de Fiscalização (ANAC)
FUST	Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações
GGAF	Gerência Geral de Ação Fiscal (ANAC)
IIR	Índice de Irregularidade Normativa (ANTAQ)
IRNe	Índice de Regularidade Normativa (ANTAQ)
NIP	Notificação de Intermediação Preliminar (ANS)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAC	Plano de Ações Corretivas (ANAC)
PAS	Processo Administrativo Sancionador (ANAC)
RASA	Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas
RAP	Receita Anual Permitida
REN	Resolução Normativa (ANEEL)
RFR	Regulamento de Fiscalização Regulatória
RIA	Regimento Interno da Anatel

RO	Relatório de Ocorrência (ANAC)
ROL	Receita Operacional Líquida
RVE	Reparação Voluntária Eficaz
SRCI	Solicitação de Reparação de Condição Irregular (ANAC)
STFC	Serviço de Telefonia Fixa Comutado
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCE	Tomada de Contas Especial
TCU	Tribunal de Contas da União
TN	Termo de Notificação (ANEEL)
TRO	Termo de Registro de Ocorrência (ANS)
UnB	Universidade de Brasília

RESUMO EXECUTIVO

INTRODUÇÃO

Este relatório propõe alterações normativas no ordenamento jurídico brasileiro que, por um lado, viabilizem modelagens regulatórias apoiadas em incentivos intrínsecos, e, por outro lado, forneçam um ambiente de maior segurança jurídica na prática de medidas recomendadas por teorias regulatórias avançadas.

Para tanto, preliminarmente, aborda-se o tema da instauração indiscriminada de processos administrativos de apuração de descumprimento de obrigações regulatórias, a possibilidade de implementação de modelos regulatórios responsivos por meio de atos infralegais, exemplos de experiências concretas nesse sentido em vigor em outras agências reguladoras e instituições públicas brasileiras, e evidências da jurisprudência do TCU que demonstrem abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos na atuação das Agências brasileiras em setores regulados.

Cumpre registrar que, do início do projeto de pesquisa até o momento, o contexto de conformação regulamentar e de interpretação jurídica sobre as possibilidades de adoção da estratégia e de mecanismos responsivos também evoluíram, ou foram melhor explicitados, inclusive, mediante pronunciamento da Procuradoria Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações (Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 5768545, Processo nº 53500.205186/2015-10), 17/07/2020), que avança conclusões inéditas, ao apontar caminhos possíveis para a evolução do modelo regulador da Anatel em declarado diálogo com a discussão sobre regulação responsiva, bem como mediante o Relatório de Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel, de agosto de 2020, da Controladoria-Geral da União, que avalia o "processo sancionatório da Anatel, com o intuito de verificar a efetividade do modelo regulatório de comando e controle originalmente adotado pela Agência e a adoção de instrumentos baseados na Teoria da Regulação Responsiva" (CGU, 2020, p. 5).

É recomendável, desde já, pontuar que o eventual desalinhamento entre aspectos do estudo acadêmico de interpretação das possibilidades jurídicas de adoção, pelo Brasil, de modelagens regulatórias avançadas, e posicionamentos institucionais de órgãos estatais os mais variados releva precisamente a autonomia da academia em propor um mundo novo, decerto fundamentado e justificado frente ao passado, mas desapegado de posicionamentos apodíticos, rumo à inovação. O contrário – o fiel apego das propostas acadêmicas a interpretações situadas e datadas no tempo – teria o condão de aprisionar a inovação, ou por analogia, concretizar o diagnóstico que Teilhard de Chardin

criticava em se visualizar a ciência senão como um novo meio de obtenção das mesmas velhas coisas, atrelando-se Pégaso ao arado (CHARDIN, 1970, p. 308).

A diferença entre uma abordagem acadêmica e posicionamentos oficiais reside, precisamente, na liberdade em propor transformações, inclusive de entendimentos, que, segundo determinada base teórica, restem contraproducentes em termos teóricos, ou mesmo não sejam recomendados, em termos práticos, a partir da constatação de que novas formas de atuação institucional promovem resultados mais frutíferos decorrentes de estudos empíricos desenvolvidos ao redor do mundo, e de experiências concretas vivenciadas no Brasil apoiadas em uma forma evoluída de interpretar as normas regulatórias.

Assim, o presente relatório, em homenagem ao diálogo de ideias, e como pressuposto para fundamentação das propostas de alteração normativa que compõem o seu mandato, parte da contextualização do problema da ancoragem regulatória na instauração indiscriminada de processos administrativos sem desmerecer a justa e precisa advertência da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, de que discricionariedade quanto à abertura de processo sancionador não resume o modelo responsivo (Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 5768545, Processo nº 53500.205186/2015-10), 17/07/2020, p. 19, item 131), mas também sem olvidar que o devido posicionamento da sanção no esquema piramidal de regimes jurídicos decorrentes do comportamento global dos regulados configura-se, indubitavelmente, em elo fundamental da corrente de instrumentos regulatórios recomendados pela teoria responsiva. Sem ele, não há condições suficientes para que uma modelagem regulatória responsiva seja aplicada no setor de telecomunicações brasileiro, pois não existe *meia* responsividade; ou o modelo construído contempla todos os elementos de autorregulação, metarregulação e heterorregulação em um sistema interdependente, ou os fundamentos de teoria dos jogos aprofundados no relatório referente à Meta 12 deste projeto não se concretizarão e todo o esquema de incentivos e consequências esperadas de uma abordagem responsiva caem por terra.

A discussão sobre a discricionariedade do regulador em processar ou não infrações é relevante; nunca para o fim de meramente postergar a sanção para um momento fixo e indiferente ao comportamento global do regulado, após etapas negociais. O regulador, quando impedido de realizar um juízo de planejamento de fiscalização pautado pelo comportamento reiterado do regulado, é refém de um sistema perverso de incentivos invertidos flagrantemente contraproducentes e atentatórios ao interesse público. Essa postura jurídica impõe ao setor de telecomunicações sua captura por uma lógica empresarial de lucros associados a riscos, ao invés de gerar regulados com modelos de negócios alinhados ao interesse público.

A título exemplificativo, o regulador capaz de tratar uma infração decorrente de defeito de organização corrigido, ou em processo cooperativo explicitado em tratativas para sua solução, de forma distinta de como trataria da infração decorrente de comportamento oriundo de opção empresarial racional e consciente é essencialmente responsivo. O regulador incapaz de diferenciar entre esses dois mundos, obrigado a sempre aplicar milhares de punições desconexas entre si e de uma estratégia regulatória abrangente, é infenso à responsividade.

O que está em jogo para viabilização de uma postura regulatória valorizadora dos incentivos intrínsecos – repita-se, nunca exclusivamente apoiada em incentivos intrínsecos – é a interpretação de que o regulador seria obrigado a agir sempre da mesma forma, independentemente das condições do regulado, das prioridades de fiscalização ou das estratégias de conformidade de condutas que reputa efetivas, mesmo quando evidenciasse que o caminho único de processamento e aplicação de sanções raramente leva à concretização do interesse público.

A CENTRALIDADE DO DEBATE EM TORNO DA DESMISTIFICAÇÃO DO PROCESSO SANCIONADOR COMO PRINCIPAL RESPOSTA REGULATÓRIA

A atual estrutura normativa que disciplina a fiscalização regulatória e o processo sancionador no âmbito da Anatel não veda ou impede, *per si*, a implementação de um modelo regulatório responsivo no âmbito do setor de telecomunicações. Ao contrário, o Regimento Interno da Agência, ao estabelecer as finalidades do Procedimento de Acompanhamento e Controle, por exemplo, não menciona nenhum objetivo que, minimamente, se aproxime de uma concepção que possa privilegiar o aspecto sancionatório da atividade reguladora de conformação de condutas, tampouco dele decorre qualquer diretriz que confira o caráter de comando e controle à função regulatória.

Da mesma forma, não derivam essencialmente das regras constantes do Regulamento de Fiscalização Regulatória e do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas vigentes os problemas que a Anatel enfrenta para implementar um modelo regulatório responsivo. Na verdade, embora de forma tímida, a aplicação de instrumentos de regulação responsiva já é, em alguma medida, prevista e permitida pela legislação em exame, que rege o processo fiscalizatório e sancionatório da Agência.

O entendimento consolidado da Procuradoria Especializada da Anatel

A Procuradoria reiterou entendimento, já exarado em outras oportunidades (Parecer nº 876/2009, Parecer nº 895/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, Parecer nº 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, Parecer nº 173/2015/PFEANATEL/PGF/AGU, e Parecer nº 268/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU e Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU), acerca da impossibilidade jurídica de a Anatel promover medidas, que de alguma forma, segundo compreendem, flexibilizem ou

relativizem o dever-poder de a Administração sempre instaurar processos administrativos para apurar qualquer espécie de infração normativa por parte dos regulados.

Segundo a tese consolidada pela Procuradoria da Anatel, a Lei nº 9.472, de 1997, ao atribuir à Agência, em seus arts. 82 e 173, a competência para fiscalizar o cumprimento das normas do setor de telecomunicações, bem como aplicar as respectivas sanções administrativas, quando constatar a ocorrência de infrações administrativas, não ofereceria ao regulador qualquer margem de discricionariedade para decidir, no caso concreto, sobre a necessidade, conveniência ou mesmo a prescindibilidade de se instaurar o devido processo apuratório diante de qualquer indício de descumprimento de obrigação regulatória. Entende a Procuradoria que todo descumprimento de norma do setor de telecomunicações deve ser objeto de apuração, pois se trata, *in casu*, de ato legalmente vinculado, que impõe, de forma automática e cogente, à autoridade reguladora, como única medida juridicamente válida e aceita, o dever de instauração do PADO, consoante se pode depreender do PARECER n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU.

A Procuradoria, ao fixar o referido entendimento, afasta, em sua manifestação, inclusive a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da eficiência, como argumento hábil a justificar a compatibilização da regra dos arts. 82 e 173 da LGT, por considerar que os dispositivos legais não estão em desconformidade com o preceito constitucional, o qual poderia receber conformações diferentes no ordenamento jurídico, a depender do setor regulado.

Constata-se, portanto, que, com base no entendimento jurídico firmado pela Procuradoria da Anatel, em todo e qualquer caso em que se verifiquem indícios de desconformidade da conduta do regulado, não haveria outra alternativa à Agência, à luz da Lei nº 9.472, de 1997, que não a abertura do respectivo PADO, o que afastaria, por consequência, a possibilidade de se proceder à qualquer revisão infralegal do modelo regulatório de telecomunicações que envolvesse alterações na sistemática de apuração das desconformidades regulatórias.

Ou seja, para a Procuradoria da Anatel, qualquer medida que implique na flexibilização ou relativização do dever-poder da Agência de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios requer a prévia modificação da própria LGT.

Embora não se compartilhe do entendimento firmado pela Procuradoria em relação à interpretação das normas que regem a situação, pelos argumentos jurídicos que serão expostos neste Relatório, reconhece-se que, embora o caminho de alteração da Lei se mostre naturalmente mais complexo, demorado e imprevisível, tal estratégia oportunizaria à Anatel a realização de uma reforma mais ampla e profunda do seu processo administrativo sancionador, adotando

técnicas e procedimentos mais modernos e efetivos, na linha adotada pela recente e paradigmática reforma empreendida pela Lei n° 13.506/17, nos setores regulados pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários, abordada no tópico seguinte.

Todavia, caso a Anatel opte por trilhar caminho distinto e enfrentar, por meio de ato normativo próprio, a questão aqui delineada, referente à relativização, em determinadas circunstâncias, do dever-poder de instauração de processos apuratórios de descumprimento de obrigações pelos regulados, registra-se que tal estratégia possui amparo constitucional e poderá ser inspirada na experiência exitosa de diversos outros órgãos e agências reguladoras que, após enfrentarem problemas e debates, inclusive jurídicos, idênticos ou muito semelhantes aos vivenciados pela Anatel, decidiram alterar a sistemática de sua atuação, conforme demonstrar-se-á adiante.

A desnecessidade de se alterar a Lei para se resolver a questão da suposta obrigatoriedade de instauração indiscriminada de PADOs

A opção da Anatel de propor ao legislador a alteração da Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472, de 1997, pode se revelar uma alternativa interessante e juridicamente necessária, caso a intenção da Agência seja promover não só alterações em seu processo administrativo sancionador, mas, também, rever outros importantes elementos que compõem a engrenagem regulatória e que podem impactar o seu funcionamento, de forma tão ou mais significativa que o processo sancionador em si, como o estabelecimento dos tipos de sanções, valores de multas, mecanismos acautelatórios e medidas que gozem de autoexecutoridade.

Todavia, considerando a urgência de a Anatel enfrentar, especificamente, a questão da instauração generalizada e não criteriosa de PADOs, considerada um dos problemas centrais do insucesso do modelo regulatório da Agência, deve-se ter em mente que a resolução dessa situação pode prescindir de alteração da LGT, conforme argumenta-se a seguir.

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

Pelo contrário, por se entender que a exegese das normas não deve admitir o absurdo, tampouco pode produzir situações ilógicas e incongruentes, bem com que interpretar e aplicar o Direito implica em conferir-lhe eficácia, a utilização indiscriminada e não criteriosa do PADO como instrumento regulatório

de conformação de condutas não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco nos arts. 82 e 173 da LGT, e deve ser assegurada a necessária discricionariedade ao regulador para que, motivadamente, de modo legítimo, técnico, responsável e responsível, forme seu juízo de admissibilidade e decida, face à análise de um caso concreto de descumprimento de obrigação regulatória, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo apuratório.

Em síntese, no que se refere aos princípios de Direito Administrativo aplicáveis ao contexto de introdução de uma postura responsiva na fiscalização das telecomunicações:

a) O princípio da unicidade do *jus puniendi* estatal impõe a comunicação entre os princípios do direito penal e do direito administrativo sancionador;

b) O princípio da juridicidade afasta a noção simplista do automatismo processual, como também da irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público;

c) Aplicam-se à atividade regulatória sancionadora os princípios da insignificância, justa causa, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência;

d) À luz dos princípios regentes do Direito Administrativo Sancionador, o regulador não somente pode como deve ponderar a aplicação de sanção com a demonstração de sua utilidade em alcançar a finalidade regulatória de conformidade do comportamento regulado.

e) Caso a decisão de instaurar processo sancionador ou de aplicar a sanção correspondente se revele manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá evidentemente agido em desacordo com o princípio da razoabilidade.

f) O princípio da proporcionalidade, como uma das principais técnicas da ponderação, é tão aceito e disseminado no sistema jurídico brasileiro que já teve, inclusive, seus critérios de aplicação estruturados e estabelecidos pelo STF. Segundo tais critérios, a proporcionalidade, remansosamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência como orientadora da interpretação e aplicação das normas jurídicas, constitui, portanto, fundamento da própria legitimidade material dos atos administrativos, inclusive, por óbvio, daqueles praticados no exercício da atividade reguladora.

A experiência de atuação da CGU e do TCU na modulação da instauração de processos administrativos apuratórios e sancionatórios

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

A CGU parte do reconhecimento de que: a) não se deve confundir obrigatoriedade de apuração imediata com apuração precipitada; b) a investigação preliminar detém natureza inquisitória, não contraditória; c) a atividade correcional – e também, aqui se acrescenta, ingressam as demais atividades de direito administrativo sancionatório – não possui caráter sancionatório como fim. Ao contrário, o comando normativo é expresso em conferir finalidade preventiva e dissuasória à atuação disciplinar e encará-la como instrumento de alcance dos objetivos, entre outros, de fortalecimento da integridade pública e de promoção da ética. A CGU também confirma que o Direito Administrativo Disciplinar – e aqui se acrescenta, o Direito Administrativo Sancionador – incorpora o inquestionável entendimento em torno da relativização do dever-poder da Administração de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios.

Com fundamento nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, o Decreto-lei 200/67 e a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784/99, em especial o art. 2º, parágrafo único, IV), o exercício do *jus puniendi* do Estado visa a imprimir maior racionalidade e eficiência à condução da atividade correcional – e aqui se acrescenta, a todas as atividades disciplinadas pelo Direito Administrativo Sancionador. Por isso, os processos somente devem ser abertos quando verificada, *in casu*, a relevância da conduta e a lesão ao bem jurídico por ela provocado, e concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade de se movimentar o aparato estatal para sancioná-la.

A atividade da auditoria interna governamental tem a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional das entidades públicas, proporcionando avaliação, assessoria e aconselhamento baseado em riscos. Por analogia, a atividade de fiscalização das agências reguladoras não pode ter senão ao menos a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional dos regulados, contribuindo propositivamente à melhoria do setor segundo critérios baseados em riscos, modulando a apuração e aplicação de sanções segundo a finalidade maior de conformidade duradoura da conduta do regulado, proteção dos direitos do consumidor e do usuário envolvidos, e defesa de bens jurídicos de relevância pública.

Já no âmbito de atuação do TCU, seguem-se os mesmos pressupostos agora para a Tomada de Contas Especial (TCE), não se cogitando da aplicação do entendimento acerca do dever-poder de que a Administração deveria instaurar

indiscriminadamente processos administrativos apuratórios e sancionatórios diante de qualquer situação de descumprimento ou mesmo de lesão de baixa relevância ou de pequena monta. Pelo contrário, tal competência, antes de ser encarada como obrigação de caráter cogente, absoluto e inarredável, constitui, consoante evidenciado ao longo de todo este Relatório, medida que deve ser adotada quando, em adequado juízo de admissibilidade, concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de instauração do processo.

A experiência de Agências Reguladoras brasileiras na implementação de medidas de flexibilização do dever-poder de instauração indiscriminada de processos administrativos sancionatórios por meio de atos infralegais

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

A Anatel não se encontra isolada no desiderato de inovação regulatória rumo a uma modelagem apoiada em incentivos intrínsecos, em especial, na modelagem proposta pela teoria da regulação responsiva. A ANEEL acata expressamente a regulação responsiva em uma pirâmide escalonada de conformidade voluntária (monitoramento), diálogo setorial (análise), comprometimento (acompanhamento) e punições exemplares (ação fiscalizadora). Ela adota, entre outros, os instrumentos dos relatórios de desempenho a partir de dados e indicadores na fase de monitoramento, relatórios analíticos, na fase da análise, relatórios de acompanhamento e de resultados, na fase de acompanhamento, e termos de notificação na fase de instauração de processo administrativo punitivo.

O setor aéreo, na gestão da segurança aérea, via Comando da Aeronáutica, segue, há muito, a diretriz da *cultura justa*, que evidencia que, mesmo quando o bem jurídico envolvido lida com a vida dos afetados, a postura regulatória deve ter por objetivo primário não a punição *per si* das falhas e erros, mas a melhoria contínua do comportamento regulado. A ANAC, por sua vez, estruturou uma pirâmide de enforcement com enfoque prioritário nas providências administrativas preventivas, via instrumentos de Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) e Aviso de Condição Irregular (ACI), distinguindo-as das providências administrativas sancionatórias e acautelatórias.

Há uma clara modulação da atividade regulatória segundo o comportamento dos entes regulados.

A ANS consolidou, em sua normatização, a fase pré-processual para que os regulados possam corrigir os problemas na prestação do serviço, evitando a instauração de processo sancionador, via Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) para solução de conflitos entre beneficiários e operadoras. O auto de infração somente é lavrado, a critério do regulador, se o problema reportado não for resolvido mediante a NIP. Mesmo após a NIP não resolvida, ainda se faculta a classificação residual das demandas em que ocorrerem a reparação voluntária e eficaz (RVE).

A ANTT, por sua vez, prevê procedimento de averiguações preliminares, bem como a atuação da Agência em caráter preventivo e orientador, com a função de alertar o regulado quanto às inconformidades verificadas que caracterizem infração, indicando prazo para serem sanadas mediante lavratura de Termo de Registro de Ocorrência (TRO), e, se sanadas, afastam a lavratura do Auto de Infração. O Projeto de Atuação Responsiva foi incluído no Planejamento Estratégico do ciclo 2020-2030 da ANTT.

Na Antaq, a existência de dispositivo que prevê que "[c]onstatada a infração administrativa, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração" não impede a adoção de um planejamento responsivo apoiado em classificação de riscos, indicadores de comportamento reiterado do regulado e cestas de medidas distintas para cada estrato de comportamento.

A Ancine adota uma pirâmide regulatória de somente dois degraus, mas enfrenta, corajosamente, a questão da substituição de sanções por medidas mais eficazes. Na ocorrência de reparação voluntária e eficaz da irregularidade verificada pela Agência, a Ancine deve arquivá-lo (art. 103 da IN 109/2012), privilegiando, assim, a solução da irregularidade e atuação orientadora em detrimento da postura exclusivamente punitiva. O arquivamento, entretanto, somente beneficia o regulado virtuoso, pois não aproveita ao regulado que tenha sido condenado por infração idêntica até 2 anos antes da prática da nova infração.

PRINCÍPIOS DE ATUAÇÃO DO TCU PARA A ESTRUTURAÇÃO DE MODELOS DE REGULAÇÃO BASEADA EM INCENTIVOS

Nos últimos anos, avolumaram-se as evidências da jurisprudência do TCU que demonstram abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos na atuação das Agências brasileiras em setores regulados.

Evidências da Jurisprudência do TCU

A análise da jurisprudência do TCU revelou algo não intuitivo: o de que, embora, em vários trechos de fundamentação decisória, o Tribunal se refira às

vias ordinárias das sanções como caminhos que não podem ser simplesmente esquecidos, ele reconhece quão ineficiente é o modelo regulatório de comando e controle. Ao afirmar que uma postura cooperativa entre regulador e regulado é bem-vinda, condena modelos regulatórios apoiados em incentivos puramente financeiros de desconto dos valores das multas por gerarem um cálculo de custo-benefício no regulado. Ao assim declarar, o TCU, em última análise, identificou o defeito de fundo da modelagem regulatória de comando e controle. Ela é a tradução de um modelo regulatório apoiado em incentivos puramente financeiros de desconto nos valores das multas, pois somente um pequeno percentual é efetivamente arrecadado, sem o benefício de se acoplar qualquer exigência de comportamento virtuoso para sua fruição. O comando e controle, e, mais ainda, a interpretação de que a sanção é a via ordinária de conformação do comportamento do regulado é um engodo festejado por interpretações arcaicas sobre o papel da sanção no esquema regulatório. A "via ordinária" de regular, nos termos utilizados pelo próprio TCU, é, na verdade, uma via condenada pelos próprios princípios jurisprudenciais do Tribunal.

Este relatório, dentre outros objetivos, descreve os macroprincípios retirados da jurisprudência do TCU a respeito do controle externo das agências reguladoras. O estudo, assim, busca sistematizar a jurisprudência do TCU a respeito da regulação e dos processos sancionadores voltados a dar efetividade às disposições regulatórias, tendo por objeto não somente a Anatel, mas o entendimento geral a respeito das agências reguladoras. Inicialmente, este resumo tratará de sintetizar a posição do TCU a respeito de seu papel no controle das agências reguladoras, de maneira a estabelecer a sua competência enquanto entidade capaz de fixar as balizas para a atuação dos reguladores. Em seguida, esclarecerá o diagnóstico realizado pelo TCU sobre a efetividade dos processos sancionadores perante as agências reguladoras, de maneira a demonstrar a preocupação do Tribunal com a ausência de mecanismos efetivos de implementação de normas regulatórias. Na sequência, serão sistematizados os princípios da jurisprudência do TCU, a saber: a) as sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não arrecadatório; b) as agências podem adotar medidas alternativas às multas que possam contribuir ao aprimoramento do setor; c) a atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade; e d) a busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima.

O papel do TCU no controle das agências reguladoras

O Tribunal de Contas da União se apresenta na atualidade como ente fundamental para a compreensão da extensão das possibilidades de atuação das agências reguladoras, tendo em vista especialmente o caráter abarcante de suas competências de controle dos atos da Administração Pública. Por conseguinte, o TCU conta com uma série de instrumentos por meio dos quais fiscaliza e delimita o campo de atuação das agências reguladoras, notadamente as auditorias

operacionais. A atuação do TCU no que se refere às agências reguladoras não se limita à análise abrangente sobre os mecanismos de governança adotados por cada entidade, mas também alcança atos específicos que estejam em desacordo com a legislação aplicável e o escopo de atuação da agência, motivo pelo qual as recomendações do Tribunal acabam assumindo papel normativo relevante. Assim, mesmo nos casos em que o TCU se limita a expedir recomendações, tais diretrizes são de fundamental importância para a delimitação do campo de atuação das agências reguladoras. Daí o motivo pelo qual, muito embora se possa sustentar teoricamente que o TCU não poderia agir como instância revisora dos atos das agências reguladoras, fato é que o posicionamento do Tribunal serve à validação dos atos das agências e mesmo à definição de balizas para sua atuação.

A visão do TCU a respeito dos processos sancionadores junto às agências reguladoras

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

Princípios de atuação das agências reguladoras segundo a jurisrpduência do TCU

As sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não arrecadatório

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

As agências podem adotar medidas alternativas às multas que possam contribuir ao aprimoramento do setor

Caso a multa seja insuficiente ou incapaz para atender às finalidades regulatórias desejadas, é perfeitamente possível que a agência reguladora lance mão de outros instrumentos. A análise da jurisprudência do TCU demonstra que o Tribunal, ao fiscalizar a conduta das agências reguladoras, autoriza a

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

A atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade

O terceiro princípio passível de ser depreendido da jurisprudência do TCU sobre as agências reguladoras diz respeito, na esteira dos dois princípios anteriores, à admissão de mecanismos baseados no consenso no âmbito da regulação setorial. Em outras palavras, com o aval do TCU, as agências reguladoras paulatinamente vêm adotando mecanismo de consenso para endereçar condutas desviantes ou potencialmente irregulares dos agentes regulados, especialmente por intermédio de TACs. O regulador, dessa maneira, vem se abrindo à possibilidade de celebração de acordos administrativos com particulares em nome da adequada persecução das finalidades da regulação setorial, especialmente diante da necessidade de implementação de ferramentas mais efetivas para o atendimento desses fins.

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

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

Abertura do TCU a novas modelagens regulatórias

Em síntese, verifica-se que, a partir da apresentação de sistemática consistente fundada em justificativas plausíveis e apoiadas em problemas setoriais concretos, a jurisprudência do TCU apresenta considerável abertura a

novas modelagens regulatórias que compartilhem dos princípios da regulação por incentivos intrínsecos, como uma análise funcional diferenciada sobre as sanções punitivas, uma maior aproximação entre regulador e regulado, e uma percepção mais acurada das realidades específicas de cada setor.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS

Quanto ao conteúdo normativo a demandar revisão, o enfrentamento do problema da utilização indiscriminada do PADO como instrumento regulatório de conformação de condutas passa, necessariamente, pelo debate acerca da possibilidade de o regulador exercer, de forma legítima, sob a égide do atual ordenamento jurídico, alguma espécie de discricionariedade na análise do caso concreto de descumprimento de uma obrigação regulatória para formar o seu juízo de admissibilidade acerca da necessidade de instauração do processo ou se essa abertura do procedimento apuratório constitui obrigação inafastável imposta pela Lei – expressão do dever-poder da Administração de apurar qualquer indício de conduta que viole a norma.

Embora o entendimento defendido no presente Relatório desta Pesquisa, bem como nos Relatórios anteriores, em especial o relatório correspondente à meta 7, conclua pela desnecessidade de que sejam promovidas alterações em nível constitucional e legal para se viabilizar a implementação de desenho regulatório apoiado em incentivos intrínsecos pela Agência Nacional de Telecomunicações, optou-se, por zelo e excesso de cautela, pela inclusão de propostas de emenda à Constituição e projetos de lei para que a Agência disponha de todas as alternativas e estratégias jurídicas possíveis para superar, caso necessário e de forma definitiva, quaisquer eventuais obstáculos ou limites jurídicos que ainda sejam apontados como dificultadores para a consolidação de um ambiente de segurança jurídica e institucionalização de estratégias responsivas.

Ainda, foram incluídas neste Relatório diversas propostas de alteração normativa de nível infralegal capazes de aprimorar ou adequar o arcabouço regulamentar a modelagens regulatórias responsivas, com enfoque em principiologia responsiva e disciplinas sobre as medidas de conformidade.

INTRODUÇÃO

Nesta etapa da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações, foram propostas alterações normativas no ordenamento jurídico brasileiro de nível primário e secundário, com enfoque prioritário sobre os instrumentos normativos de fiscalização regulatória da Anatel, apoiadas nos estudos implementados até o momento.

Uma proposta de alteração normativa sobre o delicado tema da regulação por incentivos intrínsecos não poderia, entretanto, vir despida de considerações preliminares sobre os pressupostos autorizadores de modelagens regulatórias inovadoras. Por isso, o presente relatório também aborda o tema da instauração indiscriminada de processos administrativos de apuração de descumprimento de obrigações regulatórias, a possibilidade de implementação de modelos regulatórios responsivos por meio de atos infralegais, exemplos de experiências concretas nesse sentido em vigor em outras agências reguladores e entidades da Administração Pública brasileira, e evidências da jurisprudência do TCU que demonstrem abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos na atuação das agências brasileiras em setores regulados.

Trata-se, portanto, de um relatório cujo escopo impõe uma apresentação sintética e pontual das propostas, divergindo do formato dissertativo que caracterizou os demais relatórios do projeto. As propostas de alteração normativa contemplam cenários de percepção institucional das recomendações oriundas da teoria regulatória apoiada em incentivos intrínsecos e, sua vertente mais proeminente, a teoria da regulação responsiva, mas também contemplam pressupostos decorrentes de interpretações defendidas nos relatórios entregues até o momento e neste relatório.

Cumpre registrar que, do início do projeto de pesquisa até o momento, o contexto de conformação regulamentar e de interpretação jurídica sobre as possibilidades de adoção da estratégia e de mecanismos responsivos também evoluíram, ou foram melhor explicitados, inclusive, mediante pronunciamento da Procuradoria Especializada junto à Agência Nacional de Telecomunicações (Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 5768545, Processo nº 53500.205186/2015-10), 17/07/2020), que avança conclusões inéditas, ao apontar caminhos possíveis para a evolução do modelo regulador da Anatel em declarado diálogo com a discussão sobre regulação responsiva, bem como mediante o Relatório de Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel, de agosto de 2020, da Controladoria-Geral da União, que avalia o "processo sancionatório da Anatel, com o intuito de verificar a efetividade do modelo regulatório de comando e controle originalmente adotado pela Agência e a adoção de instrumentos baseados na Teoria da Regulação Responsiva" (CGU, 2020, p. 5).

Um projeto de pesquisa não tem a função de confirmar ou infirmar conclusões de órgãos estatais sobre sua percepção atual sobre o lícito ou ilícito, mas o diálogo com as conclusões desses posicionamentos é fundamental para situar propostas teórico-regulatórias e, em especial, propostas de alteração normativa que viabilizem o ingresso do Brasil no rol de países que fazem uso do que há de mais avançado em modelagem regulatória.

Quando os resultados decorrentes da adoção de modelo regulatório de administração ordenadora exclusivamente apoiada em ameaças – modelo regulatório exclusivamente apoiado em um incentivo extrínseco – revelam-se insatisfatórios aos olhares dos órgãos de controle, da Agência Reguladora, e da própria sociedade civil engajada no setor de telecomunicações, é passada a hora de o Estado brasileiro abrir os olhos para novas formas de regular, integrando-as ao arsenal de técnicas jurídicas.

A Administração Pública não deve ser forçada a agir em desacordo com princípios básicos de razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, em

flagrante descumprimento de sua missão fundamental de preservação do interesse público, principalmente quando estiver ciente de que outras formas de agir mais elaboradas e já testadas em outros países, em outros setores brasileiros, ou mesmo no próprio setor de telecomunicações, oferecem resultados muito mais promissores e obedientes ao interesse público. No direito europeu, essa mudança de postura encarna um direito do cidadão à boa administração em sua vertente de estruturação do exercício da função administrativa (HEINEN, 2020, p. 82). No Brasil, o cenário jurídico é ainda mais receptivo à atuação administrativa orientada por finalidades. A constitucionalização do princípio da eficiência pela Emenda Constitucional nº 19/1998, quando dotado de efeitos plasmadores das normas do ordenamento jurídico com a exigência de que as decisões administrativas sejam precedidas da ponderação de meios aptos a satisfazeram a finalidade de interesse público e consequente escolha daqueles mais adequados à finalidade (PALMA, 2015, p. 122), outorga à Administração Pública o dever-poder de ponderar sua atuação, inclusive a aplicação de sanções, que deixam de ser consequências formais de dispositivos genéricos, para se apresentarem como opções disponíveis ao administrador para consecução do interesse público. A viabilidade jurídica de alteração do modelo regulatório de um modelo focado em processos sancionatórios (*enforcement-centric model*) para um modelo regulatório focado em uma abordagem colaborativa (*collaborative approach*), é um passo necessário – e justificado pelas concepções de administração de resultados (OLIVEIRA, 2015, p. 197) e de um direito administrativo funcionalizado, obediente à legalidade material (PALMA, 2015, p. 119-129), afinados com o fenômeno da eclosão da administração consensual (MOREIRA NETO, 2006, p. 333-349) –, mas insuficiente para o ingresso da Anatel como entidade inspirada em modelagem responsiva. Para tanto, é também necessário a alteração da cultura do próprio regulador de reguladores vocacionados à aplicação de multas (*fine issuers*) para reguladores solucionadores de problemas (*problem solvers*). Há íntima relação entre a mudança da cultura regulatória e as experiências de sucesso na transformação de abordagens regulatórias presas a uma função

dominante persecutória para a de caixas de ferramentas (*toolbox*) também inspiradas em abordagens pró-conformidade (*compliance approach*).

Não por acaso, Régine Hamelijnck reconhece, ainda hoje, na experiência europeia de implementação de uma melhor regulação (*better regulation*) – tida como sinônimo de regulação responsiva – a maior dificuldade de países de cultura mediterrânea ou latina na adoção de modelagens mais colaborativas frente a países de cultura nórdica e anglo-americana, não tão apegados ao mantra de associação mecânica entre proteção do interesse público e persecução sancionatória, e à compreensão da função pública regulatória como equivalente à responsabilização dos atores regulados (HAMELIJNCK, SMITH, *et al.*, 09/11/2020).

É recomendável, desde já, pontuar que o eventual desalinhamento entre aspectos do estudo acadêmico de interpretação das possibilidades jurídicas de adoção, pelo Brasil, de modelagens regulatórias avançadas, e posicionamentos institucionais de órgãos estatais os mais variados releva precisamente a autonomia da academia em propor um mundo novo, decerto fundamentado e justificado frente ao passado, mas desapegado de posicionamentos apodíticos, rumo à inovação. O contrário – o fiel apego das propostas acadêmicas a interpretações situadas e datadas no tempo – teria o condão de aprisionar a inovação, ou por analogia, concretizar o diagnóstico que Teilhard de Chardin criticava em se visualizar a ciência senão como um novo meio de obtenção das mesmas velhas coisas, atrelando-se Pégaso ao arado, transformando-a em uma ocupação acessória, ao invés de uma forma essencial de ação (CHARDIN, 1970, p. 308).

A diferença entre uma abordagem acadêmica e posicionamentos oficiais reside, precisamente, na liberdade em propor transformações, inclusive de entendimentos, que, segundo determinada base teórica, restem contraproducentes em termos teóricos, ou mesmo não sejam recomendados, em termos práticos, a partir da constatação de que novas formas de atuação

institucional promovem resultados mais frutíferos decorrentes de estudos empíricos desenvolvidos ao redor do mundo, de experiências concretas vivenciadas no Brasil e da evolução do Direito.

Assim, o presente relatório, em homenagem ao diálogo de ideias, e como pressuposto para fundamentação das propostas de alteração normativa que compõem o seu mandato, parte da contextualização do problema da ancoragem regulatória na instauração indiscriminada de processos administrativos sem desmerecer a justa e precisa advertência da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, de que discricionariedade quanto à abertura de processo sancionador não resume o modelo responsivo (Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 5768545, Processo nº 53500.205186/2015-10), 17/07/2020, p. 19, item 131), mas também sem olvidar que o devido posicionamento da sanção no esquema piramidal de regimes jurídicos decorrentes do comportamento global dos regulados configura-se, indubitavelmente, em elo fundamental da corrente de instrumentos regulatórios recomendados pela teoria responsiva. Sem ele, não há condições suficientes para que uma modelagem regulatória responsiva seja aplicada no setor de telecomunicações brasileiro, pois não existe *meia* responsividade; ou o modelo construído contempla todos os elementos de autorregulação, metarregulação e heterorregulação em um sistema interdependente, ou os fundamentos de teoria dos jogos aprofundados no relatório referente à Meta 12 deste projeto não se concretizarão e todo o esquema de incentivos e consequências esperadas de uma abordagem responsiva caem por terra. A interpretação de que seria defeso ao regulador decidir quando instaurar processos sancionadores, suspendê-los, ou revogá-los com fundamento na condição do regulado de bom cumpridor ou mal cumpridor das normas constitui, hoje, o maior obstáculo ao desenho e aplicação de pirâmides regulatórias. O fato desse obstáculo não se apresentar como a única providência para aplicação da teoria da regulação responsiva não infirma a constatação de que, para uma teoria que se apoia no uso estratégico de persuasão e punição, uma interpretação que

tolha a discricionariedade do regulador em decidir sobre o melhor momento de aplicação da sanção fere de morte o equilíbrio responsivo por ela preconizado.

Dito isso, também importa esclarecer que o projeto de pesquisa e inovação em que este estudo está inserido não se presta a defender uma ou outra versão de propostas de alteração de regulamentos da Anatel sob o pretexto de serem responsivas. A mera presença de previsões normativas que outorguem ao infrator oportunidades sucessivas para cumprimento de obrigações inadimplidas não satisfaz a demanda por responsividade, que deve estar apoiado, pelo contrário, em um desenho regulatório que imponha obrigações distintas para regulados segundo seu histórico de cumprimento das normas, sua disposição declarada em atuar cooperativamente e seu engajamento efetivo com o regulador para solução definitiva do problema. A teoria responsiva recomenda, inclusive, que se deixe aberta a possibilidade do regulador lançar mão das punições mais severas, de imediato, quando, a seu juízo, o bem protegido não puder ingressar na recomendação geral da teoria responsiva de negociação de soluções ou o comportamento global do regulado revelar, de antemão, a inadequação de uma abordagem negocial por parte do regulador.

Não se deve, portanto, confundir uma posição interpretativa pró-discricionariedade do regulador na abertura de processos sancionadores ou na aplicação de sanções alinhada com as demandas por responsividade, de um lado, com a modelagem regulatória, aí sim criticável do ponto de vista responsivo, de se exigir do regulador que sempre cumpra etapas negociadoras como requisitos para instauração de PADOs. A imposição de procedimento negocial, como regra geral aplicável a qualquer regulado, para, somente ao final, desembocar em sanções, igualmente desmerece a proposta responsiva de maior discricionariedade ao regulador em posicionar o regulado segundo seu comportamento global.

Se, de um lado, é desaconselhável obrigar o regulador a punir sempre que detectar indícios de infração, igualmente repreensível, sob o enfoque responsivo, é o de sempre obrigá-lo a conceder nova chance ou a negociar como

requisito para imposição de punições. Quando a discricionariedade recomendada pela teoria responsiva se transforma em dever de atuação por parte do regulador sempre em determinado sentido, caem por terra os fundamentos de teoria dos jogos que explicam que o regulado se conformará melhor às normas quando tratado segundo seu comportamento para solução do problema. A Administração Pública deve obrigar-se a privilegiar a postura negocial e cooperativa quando o regulado adotar, fielmente, uma postura coerente e contínua de conformidade às normas. É, portanto, no âmago do regime próprio ao ator virtuoso que o regulador deve privilegiar a postura negocial e cooperativa; não em qualquer circunstância, em especial, quando o comportamento global do regulado o transfere para novos patamares de regimes regulatórios de atores racionais ou de atores incapazes.

O que se recomenda, pela teoria responsiva da regulação, é que o regulador tenha espaço de manobra para, em termos amplos e simplificados, qualificar o regulado virtuoso em um regime de menor controle, o regulado racional, em um regime de maior controle, e o regulado incapaz em um regime de controle minucioso, gerando, com isso, estratos punitivos distintos, como também criar regras sob medida para cada regulado preferencialmente produto de construção conjunta, como recomenda a autorregulação com constrangimento normativo estatal (*enforced self-regulation*).

Por isso, a discussão sobre a discricionariedade do regulador em processar infrações é relevante; nunca para o fim de meramente postergar a sanção para um momento fixo e indiferente ao comportamento global do regulado, após etapas negociais. O regulador, quando impedido de realizar um juízo de planejamento de fiscalização pautado pelo comportamento reiterado do regulado, é refém de um sistema perverso de incentivos invertidos flagrantemente contraproducentes e atentatórios ao interesse público. Essa postura jurídica impõe ao setor de telecomunicações sua captura por uma lógica empresarial de lucros associados a riscos, ao invés de gerar regulados com modelos de negócios alinhados ao interesse público.

A título exemplificativo, o regulador capaz de tratar uma infração decorrente de defeito de organização corrigido, ou em processo cooperativo explicitado em tratativas para sua solução, de forma distinta de como trataria da infração decorrente de comportamento oriundo de opção empresarial reiterada racional e consciente é essencialmente responsivo. O regulador incapaz de diferenciar entre esses dois mundos, obrigado a sempre aplicar milhares de punições desconexas entre si e de uma estratégia regulatória abrangente, é infenso à responsividade.

O que está em jogo para viabilização de uma postura regulatória valorizadora dos incentivos intrínsecos – repita-se, nunca exclusivamente apoiada em incentivos intrínsecos – é a interpretação de que o regulador seria obrigado a agir sempre da mesma forma, independentemente das condições do regulado, das prioridades de fiscalização, ou das estratégias de conformidade de condutas que reputa efetivas, mesmo quando evidenciasse que o caminho único de processamento e aplicação de sanções raramente leva à concretização do interesse público.

Presentes tais pressupostos, este relatório divide-se em três partes.

A primeira delas dedica-se a contextualizar o esgotamento do modelo ancorado na instauração indiscriminada de processos administrativos de apuração de descumprimento de obrigações regulatórias e a possibilidade de implementação de modelos regulatórios responsivos por meio de atos infralegais. Aprofunda-se a prescindibilidade, à luz das teorias jurídicas da regulação apoiada em incentivos, da instauração, pela Anatel, de Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADOs) em desfavor das empresas reguladas, em todas e quaisquer circunstâncias em se que verifica a desconformidade da conduta da prestadora, buscando-se esclarecer e argumentar a viabilidade deste posicionamento por meio da apresentação de experiências concretas nesse sentido em vigor em outras agências reguladores e instituições públicas brasileiras.

A segunda parte busca ressaltar elementos da jurisprudência do TCU que demonstrem evidências práticas da abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos na atuação das Agências brasileiras em setores regulados, evidenciando-se que também o Tribunal tem se preocupado com a manifesta ineficiência de modelagens regulatórias baseadas em incentivos extrínsecos, como tem se manifestado favoravelmente à estruturação de novas modelagens que admitam um maior grau de cooperação com os agentes regulados, bem como soluções que permitam a construção de soluções menos generalistas e mais adaptadas a cada caso concreto.

A terceira parte trata das propostas de alterações normativas no ordenamento jurídico brasileiro de telecomunicações rumo a uma maior responsividade, tendo-se em conta que um marco regulatório e a regulação dele decorrente serão tanto mais responsivos quanto menos detalharem metas nostradâmicas e procedimentos de fiscalização infensos à discricionariedade do regulador. As propostas privilegiaram a constatação inferida para a conformidade às regras de acesso à rede, mas passível de aplicação em geral para os fins deste relatório, de que a aceitação do regime regulatório pelo regulado seria reforçada pela adoção de regras com racionalidades acessórias às de comando e controle, dentre elas as de incentivo, consenso e arquitetura (COUTO, 2015, p. 153). É também recomendável ressaltar que as propostas de alterações normativas contidas neste estudo procuraram abrir espaço para estratégias que façam uso de incentivos intrínsecos ao ambiente regulado e reforcem os momentos de coordenação entre regulador e regulados no alcance do bem comum. Essas propostas detêm o alcance próprio às propostas de alterações normativas em geral, ou seja, não se arvoram à função de produtos prontos e acabados infensos à aperfeiçoamentos próprios ao processo legislativo ou normativo correspondente. Em especial, quando se trata de propostas que avançam oportunidades de participação privada em etapas de implementação do poder de polícia regulatório, é recomendável o desenvolvimento futuro de mecanismos capazes de garantir a proteção do interesse público de eventuais conflitos de interesse no exercício de

função delegada (CAMARA, 2018). Trata-se de cuidado futuro, pois condicionar uma inovação a todos os cuidados ainda não experimentados significaria negá-la. Nesse ponto, a melhor recomendação normativa para a adoção de postura responsiva é a de simplificação do arsenal regulatório, o que, em parte, tem sido implementado pela Agência Nacional de Telecomunicações.

1. A APLICAÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICAS DA REGULAÇÃO APOIADAS EM INCENTIVOS, EM ESPECIAL A REGULAÇÃO RESPONSIVA, AO PROCESSO FISCALIZADOR E SANCIONADOR DA ANATEL: DIÁLOGO À LUZ DA EXPERIÊNCIA DE ATUAÇÃO DE OUTRAS AGÊNCIAS REGULADORAS E ÓRGÃOS PÚBLICOS BRASILEIROS

1.1 Histórico e contextualização do problema: o diagnóstico acerca do esgotamento do modelo regulatório da Anatel ancorado na instauração indiscriminada de processos administrativos de apuração de descumprimento de obrigações regulatórias

Chegada à presente etapa deste Projeto de Pesquisa, após a intensa jornada de estudos percorrida, em que nos debruçamos com método e profundidade sobre as mais importantes correntes teóricas e experiências empíricas que se dedicam hodiernamente ao complexo debate acerca de como obter a conformação do comportamento dos regulados, parece não haver dúvida sobre as limitações e insuficiências do modelo regulatório, ainda primordialmente baseado nas tradicionais estratégicas do tipo "comando e controle", que tem orientado a atuação da Anatel, e sobre a necessidade de adequá-lo, inclusive do ponto de vista normativo, aos princípios propugnados pelas Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos, em especial aos modernos instrumentos regulatórios propostos pela Teoria da Regulação Responsiva, os quais, conforme sobejamente demonstrado, se mostram mais eficazes, eficientes e efetivos na consecução dos objetivos regulatórios.

De fato, como se viu, se, por um lado, a modelagem regulatória ancorada em técnicas de "comando e controle" confere maior clareza, objetividade, um certo grau de previsibilidade e segurança jurídica ao processo, além de facilitar a implantação de soluções padronizadas e o controle e fiscalização formais do cumprimento das regras, por outro lado, tais estratégias embutem, inafastavelmente, características que ensejam a elevada burocratização do processo regulatório, a rigidez, a tendência ao excesso de detalhamento e prescrição de medidas, o enfoque nos meios e não nos resultados, a inabilidade de adaptação às situações reguladas mutáveis e distintas, o que implica, naturalmente, em altos custos para os regulados e para os reguladores e, no mais da vezes, o insucesso no atingimento dos fins visados pela regulação.

Nesse sentido, não sem razão, saber valer-se, de forma adequada, com equilíbrio e precisão, dos diversos instrumentos regulatórios de que dispõem, constitui um dos maiores desafios contemporâneos de todo regulador.

Observe-se, no entanto, que, embora os diferentes momentos que compõem o ciclo da regulação – dicção da norma, conscientização e treinamento dos regulados, supervisão-orientação, fiscalização e sanção –, desafiem todos, e, à sua maneira, a inteligência regulatória, é a atividade de *enforcerment*, representada pela ação conformadora do Estado, que, conforme percebido ao longo desta Pesquisa, mais provoca discussões, não só por se apresentar como a face mais concreta e incisiva da regulação, mas, também, por ter sido, ao longo de décadas, utilizada como principal mecanismo de regulação do comportamento dos sujeitos regulados.

Nesse contexto, a atuação punitiva sobre posturas desviantes tornou-se a regra como manifestação dos órgãos reguladores diante de comportamentos desconformes e as demais opções regulatórias de estímulo e indução à adoção do padrão de conduta esperado, não baseadas na proibição direta de determinada atividade e na consequente sanção pelo descumprimento do comando, foram sendo relegadas.

Assim, na esteira do quanto demonstrado ao longo dos diversos Relatórios apresentados ao longo desta Pesquisa, imersa – de forma não exclusiva ou isolada – no paradigma do modelo regulatório de comando e controle, que tradicionalmente orientou a atuação da maioria das agências reguladoras e órgãos de controle dos países que adotam o sistema jurídico europeu-continental[1], a Anatel, como não poderia deixar de ser, foi conferindo à fiscalização regulatória e ao seu processo sancionador o caráter de instrumento privilegiado de conformação regulatória.

Esses mecanismos, que deveriam ser mais um dentre os demais componentes do leque regulatório, adquiriram tamanha centralidade na atuação da Anatel, que passaram a ser naturalmente encarados como o *modus operandi*

[1] Não sem razão, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem direcionado parte de seus esforços nos últimos anos para impulsionar os países na promoção de uma ampla reforma regulatória. Após os avanços obtidos na formulação e desenho das regras, com a política de incentivo à análise de impacto regulatório, a OCDE reconhece que "pouca atenção foi dada ao exame das possibilidades de melhorar a forma como os regulamentos são implementados e aplicados e que a entrega de resultados regulatórios não pode ser eficaz sem se avançar também nessa seara e que as inspeções são uma das formas mais importantes para se fazer cumprir os regulamentos e garantir a conformidade regulatória. Assim, com vistas a contribuir para a construção de princípios universais que possam aprimorar os processos de supervisão e fiscalização regulatórios, a OCDE publicou o Relatório *Regulatory Enforcement and Inspections: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy* (https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264208117-en.pdf?expires=1598981787&id=id&accname=guest&checksum=5C5C831526A72782D73A3A1CD01F4373), o qual, baseado em princípios-chave e orientações para organizar a reforma da fiscalização regulatória nos países da OCDE, apresenta uma lista de 12 critérios que correspondem aos 11 Princípios de Melhores Práticas da OCDE para Aplicação de Regulações e Inspeções (*Enforcement* baseado em evidências; Seletividade; Foco no risco e proporcionalidade; Regulação responsiva; Visão de longo prazo; Coordenação e consolidação; Governança transparente; Integração de informações; Processo claro e justo; Promoção de conformidade; Profissionalismo) e um décimo segundo critério para uma "real verificação" do efetivo desempenho regulatório, bem como Guia *OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit* (http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/oecd-regulatory-enforcement-and-inspections-toolkit-9789264303959-en.htm), o qual apresenta um checklist de verificação dos mencionados 12 critérios, a fim de auxiliar regulados, reguladores, partes interessadas e especialistas a avaliar o nível de desenvolvimento do sistema de supervisão e fiscalização regulatória de um determinado país para identificar pontos fortes e fracos e potenciais áreas para melhoria. Observe-se que ambos os documentos baseiam-se fortemente nos princípios e diretrizes da Regulação Responsiva.

ordinário da regulação, como se a atividade regulatória e ordenadora do Estado se resumisse, ou mesmo se confundisse, com o exercício do poder sancionatório.

Com efeito, embora se reconheça no poder de polícia a ancestralidade da regulação, há muito a distinção entre essas duas espécies de atuação estatal é largamente propalada pela doutrina, que leciona não haver identidade total entre as duas noções: não obstante os conceitos exibam uma grande zona de interseção – na medida em que a regulação se vale dos instrumentos da polícia administrativa para realizar seus fins –, tratam-se de campos com escopos distintos e inconfundíveis. Ou seja, há, sem dúvida, uma aproximação entre regulação e poder de polícia, mas se trata de atividades distintas, que não se confundem. Embora ambas possam se valer de sistemas de incentivos para a indução de comportamentos – adotando, de um lado, desestímulos a condutas indesejáveis, lastreados em sanções de natureza punitiva (penas ou medidas restritivas de direitos); de outro lado, estímulos a condutas desejáveis, fundados em sanções de natureza premial (prêmios ou medidas ampliativas de direitos) – o poder de polícia tem por finalidade punir o infrator pela violação da norma de modo a impor-lhe medida aflitiva pelo descumprimento das conformações jurídicas e desincentivá-lo, assim como aos demais, a praticar novas infrações.

No entanto, ao passo que a atividade reguladora de ordenação da vida econômica e social não se expressa pela prática de medidas isoladas, ao contrário, envolve, sempre, uma sucessão dinâmica e sistêmica, baseada em um arranjo de incentivos que visam à indução da conformação de condutas, o exercício do poder de polícia está ancorado na fiscalização e sanção. É dizer, a regulação tem na sanção o seu ponto derradeiro; sancionar menos deve ser o ideal de eficiência a ser alcançado pelo Estado, já que a conformação voluntária dos particulares envolverá sempre menores custos em termos de tempo, energia e recursos despendidos (BINENBOJM, 2017).

Essa realidade foi constatada, inclusive, pela própria Anatel, a qual, nos últimos anos, conforme fartamente demonstrado, foi externando cada vez

mais o seu incômodo, inquietação e frustração com a realidade, crescentemente revelada, da baixa efetividade do seu desempenho como órgão regulador, manifestada não somente pelo enorme número de multas aplicadas, alta judicialização de seus processos e pequeno índice do valor de multas arrecadado, mas, principalmente, pela baixa resolução dos problemas apontados, o que indica a limitação da estratégia regulatória, até então adotada, para garantir a consecução do fim maior almejado em qualquer processo regulatório, qual seja, a proteção do bem jurídico tutelado e a realização dos direitos fundamentais que se visa resguardar.

Essa percepção, que foi se consolidando no âmbito da Agência acerca da ineficiência de sua atuação regulatória, em especial do seu processo administrativo sancionador, focados basicamente na teoria regulatória de comando e controle, pode ser ilustrada pela manifestação (Análise nº 197/2012-GCMB), do então Conselheiro Marcelo Bechara de Souza Hobaika, exarada ainda em 2012, por ocasião da edição do Regulamento de Fiscalização Regulatória ("RFR"), aprovado pela Resolução nº 596, de 06 de agosto de 2012:

> 4.2.116. Questão que tem se mostrado cada vez mais relevante, o acompanhamento da execução dos serviços de telecomunicações merece especial destaque na presente reforma regimental. 4.2.117. O desenho tradicional comando-controle não consegue mais atender às demandas da sociedade. Cada vez mais o estado é chamado a agir de forma contemporânea ou até mesmo anterior aos fatos, dando satisfação à sociedade e corrigindo as imperfeições encontradas. 4.2.118. Apesar da grandiosidade dos números refletidos pela atividade sancionatória desenvolvida pela Anatel, não se pode afirmar categoricamente que há cem por cento de efetividade da atuação do órgão regulador em conformar a atuação dos prestadores de serviços de telecomunicações à normatização em vigor. 4.2.119. Nesse cenário, faz-se mister aprimorar o atual modelo de acompanhamento e controle das obrigações, legais, contratuais e regulamentares adotado pela Agência, com o objetivo de que sua atuação priorize a contínua melhoria de desempenho das empresas (foco finalístico), transladando o foco da atividade repressiva, que passa a ser uma das ferramentas. 4.2.120. Com efeito, o aprimoramento do modelo de acompanhamento e controle deve expressar que a atividade repressiva constitui apenas uma parte do processo, e priorizar o monitoramento e a adoção de atuações proativas e/ou que incentivem as soluções negociadas entre os que dividem interesses conflitantes. 4.2.121. Por essas razões, e tendo em vista que o Regimento Interno é o documento apropriado para a demonstração dos processos sob os quais funcionam a Anatel, proponho a inclusão de capítulo específico sobre o 'Procedimento de Acompanhamento e Controle' voltado a trazer o foco finalístico às ações da Agência. Sob o mesmo prisma, se fez incluir no artigo 75 a previsão de que a instauração dos já tradicionais Pados será

> efetuada a partir desse novo procedimento, mais amplo e voltado, nos termos do artigo 73, à 'prevenção e reparação de práticas em desacordo com as disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolvam matéria de competência da Agência." (Análise nº 197/2012-GCMB, Conselheiro Marcelo Bechara de Sousa Hobaika, 23.04.2012).

Posteriormente, já no âmbito dos debates de revisão do referido Regulamento, que visa exatamente a adequá-lo às premissas da regulação responsiva, outros Conselheiros também manifestaram sua preocupação quanto à urgência de a Anatel adotar um modelo de fiscalização regulatória mais efetivo e de menor custo, adequando sua estratégia de acompanhamento, inspeção e controle do cumprimento do arcabouço legal e regulatório, em razão de seu volume, detalhamento e complexidade:

> 4.128. O objetivo, então, é tornar a Fiscalização Regulatória da Agência mais efetiva e com menor custo regulatório, priorizando ações que tragam maior benefício para os consumidores, para os entes regulados e para a sociedade em geral, necessitando de uma atuação mais integrada e baseada em riscos, com um melhor planejamento e direcionamento de suas ações para a resolução de casos críticos e prioritários, com foco no resultado esperado.
> (...)
> 4.155. Os princípios da Fiscalização Regulatória estão elencados no art. 6º, dentre os quais destaco a atuação integrada e coordenada entre os órgãos da Anatel (âmbito interno) e a atuação de forma responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à postura dos Administrados (atuação externa). (Análise 97/2018/SEI/AD, do Conselheiro Anibal Diniz (SEI 2659033, Processo nº 53500.205186/2015-10), 18/05/2018).

Nessa perspectiva, o diagnóstico da própria Anatel é o de que a aplicação indiscriminada de multas pela Agência não tem servido ao propósito de incentivar, ou mesmo de impor, a conformação do comportamento das prestadoras aos ditames legais:

> "Cumpre observar que essa busca pelo efetivo resultado da decisão para a melhoria dos serviços tem sido implementada pela Anatel de forma gradual, com a conscientização de que a sanção de multa não implica em alteração da conduta do regulado e que, portanto, novas medidas deveriam ser adotadas" (Informe nº 131/2018/SEI/PRRE/SPR, Superintendente de Planejamento e Regulamentação Nilo Pasquali (SEI 3441224, Processo nº 53500.205186/2015-10), 16/11/2018).

> "As principais variáveis levantadas são os (i) custos administrativos na condução de determinados procedimentos sancionatórios que apuram (ii) violações de baixo impacto na prestação dos serviços, com (iii) escassos resultados em sua melhoria; seja porque a falta já se encontre corrigida, seja por se tratar de descumprimento meramente formal, por exemplo.
> A inquietação se faz presente tanto do lado da Administração Pública, que dispõe de recursos limitados para conduzir um número expressivo de persecuções sancionatórias, quanto do lado dos administrados, que arcam com os custos de responder a diversos procedimentos por condutas de pouco relevo para a prestação dos serviços. Em acréscimo, as sanções deles resultantes têm reflexos diretos nos procedimentos sancionatórios subsequentes, sob a forma de agravantes, nos termos previstos no RASA/12. Nota-se que o pano de fundo vem a ser o da efetividade da atuação sancionatória da Anatel, em sua capacidade de constituir um direcionador na atuação dos agentes do setor.
> Sob outro prisma, também se trata de ponderação acerca da aplicação dos princípios constitucionais da eficiência, e do confronto entre a economicidade do esforço administrativo e o resultado obtido à luz do interesse público; e também da proporcionalidade" (Voto nº 127/2018/SEI/PR, Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Morais (SEI 3631816, Processo nº 53500.205186/2015-10), 22/12/2018).

É de se registrar que esse diagnóstico acerca da incapacidade do atual modelo regulatório da Anatel para responder aos complexos problemas do setor de telecomunicações e às crescentes e legítimas demandas dos cidadãos e consumidores, foi também sendo confirmado e reforçado pelos órgãos de controle que acompanham a Agência, como o Tribunal de Contas da União (TCU), a Controladoria-Geral da União (CGU), cujo relatório de avaliação será mais detidamente analisado no tópico seguinte, e a 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal:

> "É sabido que a Anatel aplica multas administrativas aos seus regulados quando configura desconformidades na prestação do serviço público outorgado. Este é um dos mecanismos regulatórios tradicionais. Deliberações anteriores desta casa, transcritas no voto que fundamenta a minha proposta de hoje, já evidenciaram que o processo de sancionamento é moroso, ineficiente e altamente contencioso, cenário que leva à excessiva demora na aplicação e arrecadação de multas, impõe altos custos de processamento dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações, conhecidos como Pados, sem falar na baixa efetividade de multa como instrumento regulatório.
> Recente deliberação deste plenário, por meio do Acórdão nº 1.970/17, (...) evidenciou que, de 2000 a 2016, a Anatel arrecadou apenas 14% das multas aplicadas . Não bastante, o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante questionamentos no âmbito administrativo e, sem seguida, na fase de execução fiscal, prejudicando o *enforcement* do Regulador.
> Na mesma decisão, o Tribunal mostrou (...) que cerca de 45% das multas estão suspensas judicialmente.

> Já as contas de governo de 2016 (...) evidenciaram que o índice de arrecadação na fase de execução fiscal tem ficado (...) abaixo de 1%. Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos procedimentos independentemente da etapa em que estejam, seja final, seja inicial, pode representar a redução ou eliminação dos e levados custos de carregamento desses processos ao longo do tempo, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e eventualmente judicial recorrente e duradoura por um termo objetivo e consensual. Praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer: o órgão regulador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que as suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas jurídicas e fáticas e não se afastem da legislação e dos princípios regentes." (Ministro Relator Bruno Dantas, quando da Sessão Ordinária de Julgamento do TAC da Telefônica, realizada em 27 de setembro de 2017)
>
> "A 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal há muito reconhece a ineficiência do mecanismo dos PADOs. (...) Percebe-se que a agência falha ao estabelecer as obrigações do setor de telecomunicações, como o faz nos lançamentos de editais de faixas de radiofrequência, pois tende a priorizar as necessidades de arrecadação do governo e a deixar à discricionariedade das operadoras a decisão sobre os serviços a serem prestados (STFC ou SMP) em detrimento das demandas dos consumidores.
> (...)
> Quanto às ações de controle implementadas pela Agência, (...) a atual sistemática de apuração de infrações e aplicação de sanções incentiva o mau comportamento das empresas.
> (...)
> Ademais, entende-se que as sanções devem depender menos de multas e mais de geração de incentivos positivos às empresas do setor. Nesse sentido, o uso de medidas cautelares deve ser diminuído, ao passo que os demais tipos de sanções, especialmente as suspensões de vendas, devem ser devidamente regulamentadas para gerar previsibilidade e estabilidade nas ações de controle." (Ofício nº 113/2016/SE/3CCR, Procuradoria Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Consumidor e da Ordem Econômica (SEI 0641236, Processo nº 53500.205186/2015-10), 11/04/2016).

Nessa esteira, visando a fortalecer o processo de intensos debates em torno da revisão de seu modelo regulatório, com vistas à adequá-lo às mais modernas concepções acerca da regulação baseada em incentivos, a Anatel buscou, então, o apoio da Universidade de Brasília para compreender, do ponto de vista científico e de forma mais ampla, profunda e estruturada, o problema posto, assim como para formular respostas e soluções, baseadas em teorias e evidências, capazes de enfrentar as vicissitudes de sua estratégia regulatória.

Portanto, é no desempenho da missão institucional, que lhe é própria, é que a UnB tem oferecido à Anatel, no âmbito deste Projeto de Pesquisa, os necessários subsídios técnicos e científicos multidisciplinares, fundamentados em

teorias já desenvolvidas e implementadas com êxito em outros países e áreas de conhecimento, para assistir à Agência no processo que requer a completa e profunda compreensão da complexa realidade que lhe se apresenta acerca das falhas, insucesso e limitações de seu modelo regulatório, decorrentes, em grande medida, da visão persecutória que ainda orienta e permeia toda a sua atividade reguladora.

Com efeito, todo o pano de fundo das novas e mais avançadas teorias regulatórias não se baseia mais na ultrapassada discussão sobre mais ou menos regulação, tampouco sobre desregulação ou adoção de mero relaxamento regulatório. O debate se afasta cada vez mais da esfera persecutória para concentrar-se na aplicação de maior inteligência regulatória, capaz de ponderar regulação e espaços de autonomia controlada e supervisionada do regulado, utilizando-se, de forma calibrada, dos instrumentos adequados no momento certo e em cada situação específica.

Ou seja, a ação reguladora do Estado não mais pode se restringir à mera ameaça de imposição de obrigações, com a consequente aplicação excessiva, corriqueira e não gradativa de sanções pelo seu descumprimento, mas, antes, deve se valer de formas híbridas e inovadoras de regulação que, interdependentes, se complementam para influenciar mais eficaz e efetivamente a conformação do comportamento dos agentes regulados.

Não há que se dizer, portanto, nessa esteira argumentativa, que as Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em Incentivos e, mais especificamente, a Teoria da Regulação Responsiva, prescrevem que, em qualquer situação, o diálogo deve preceder à sanção e, entre as sanções, as mais leves devem preceder, sempre, as mais gravosas, tampouco que a Teoria Responsiva está baseada no princípio de que o regulador deve buscar sempre, em qualquer hipótese, convencer o regulado, a partir do diálogo, a cumprir espontaneamente a obrigação regulamentar.

Ao contrário, o que as referidas Teorias preconizam, conforme evidenciado nos Relatórios desta Pesquisa, é a necessidade inafastável de que o regulador conheça a fundo a estrutura do mercado e o perfil dos agentes regulados, suas normas internas e as motivações dos atores, e que lhe sejam oferecidos instrumentos regulatórios flexíveis e adaptáveis o suficiente para que possa definir adequada e inteligentemente, a partir da análise do cenário posto e das condutas dos agentes regulados, de que modo se valerá dos mecanismos de persuasão e dissuasão disponíveis:

> Punição e persuasão são dependentes entre si e reforçam os efeitos de sua contraparte (BRAITHWAITE, 1985, p. 86). Um dos pressupostos da teoria da regulação responsiva – um pressuposto, em particular, empiricamente deduzido – é o de que a ameaça de sanção pode figurar como um instrumento mais apropriado do que a persuasão para obtenção de informação sobre o descumprimento das normas. "O poder de punir ajuda a afirmar a legitimidade dos reguladores que desejem persuadir" (BRAITHWAITE, 1985, p. 118). Persuadir, para a teoria da regulação responsiva, significa negociar, abrindo-se mão da aplicação intransigente de punições para valorizar o comportamento cooperativo do regulado e, em última análise, ampliar os efeitos da regulação (BRAITHWAITE, 1985, p. 113), pois a "punição nunca resulta sozinha em um meio efetivo de regulação de negócios" (BRAITHWAITE, 1985, p. 117). A boa regulação é aquela que sabe impor sanções, quando necessárias – não simplesmente possíveis, pois as sanções drenam muito mais dos recursos regulatórios – sem que seja destruída a capacidade da fiscalização de persuadir, apoiando-se na maior presença pressuposta de sinergias do que incompatibilidades entre punição e persuasão (BRAITHWAITE, 1985, p. 119). Outro pressuposto da teoria responsiva está no fato de que dita sinergia pavimentaria o caminho de menor resistência empresarial à norma (BRAITHWAITE, 1985, p. 126). A resposta à pergunta sobre se é preciso punir ou persuadir é de que nem um nem outro, mas ambos, pois são técnicas interdependentes.

Por essa razão é que se diz que o arsenal de sanções disponíveis ao regulador deve ser o mais poderoso possível, gerando a imagem, no regulado, de que a agência reguladora é uma grande arma benigna (*benign big gun*), com fala mansa, mas portadora de um cassetete descomunal (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 40-41). Essa apresentação da agência como capaz de lançar mão, oportunamente, de sanções devastadoras (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53), sempre que necessário, trará efeitos diferenciados de conformidade às normas no comportamento dos regulados.

É neste contexto, portanto, de constatação generalizada das limitações e insuficiências do modelo regulatório adotado pela Anatel e de certa unanimidade em torno dos motivos ensejadores de seu insucesso, que o forte movimento interno no sentido de se promover profunda revisão na forma da atuação da Agência deve ser analisado.

1.1.1 A constatação e análise do problema pela CGU: a avaliação do Processo Sancionador da Anatel pelo órgão de controle interno

Buscando contribuir com os esforços da Anatel de revisão do seu modelo regulatório, a Controladoria-Geral da União realizou, recentemente, importante e consistente trabalho de avaliação da efetividade do processo sancionador da Agência (Projeto e-aud nº 817782), cujos resultados foram sistematizados em Relatório divulgado em agosto de 2020. Segundo explica a CGU no documento, a realização da auditoria foi ensejada pela seguinte situação:

> "No âmbito das telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), desde 1997, constituiu cerca de 63 mil multas, o equivalente a R$ 6,9 bilhões em termos financeiros, conforme Relatório Anual de 2018 da Agência.
> Não obstante a este montante, verificou-se que a arrecadação no período foi em torno de R$ 827 milhões, ou seja, cerca de 8% do valor das multas constituídas.
> Assim, se os infratores não estão pagando as multas devidas, questiona-se se o efeito repressivo, coercitivo e educador da principal sanção administrativa adotada pela Anatel tem contribuído para o alcance dos seus objetivos.
> Nesse sentido, a presente auditoria pretendeu atestar a situação da arrecadação das multas e avaliar se o poder sancionatório da Anatel tem sido eficaz para incentivar a prestação adequada e a constante melhoria dos serviços de telecomunicações no país. Também foi apurado se os esforços de fiscalização, acompanhamento e controle da Agência estavam focados nos serviços mais demandados pela sociedade.
> Ademais, como a imposição de regras é aspecto central no Comando e Controle, buscou-se verificar o acesso, conhecimento e compreensão dos normativos da Agência pelos regulados.
> Outrossim, tendo em vista os benefícios propostos pela Teoria da Regulação Responsiva, os trabalhos realizados pela CGU buscaram averiguar a adoção de mecanismos regulatórios não sancionatórios pela Anatel, e sua interação com os mecanismos tradicionais, para estimular a prestação dos serviços de telecomunicações correlacionada com às perspectivas dos usuários.
> [...]

> Caso a Anatel detecte violação de alguma regra, instaura-se o Processo de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO), que é o processo administrativo formal para coleta de evidências, contraditório e ampla defesa e instrução, com fins de subsidiar a decisão da instância competente sobre a aplicação de sanção. Este processo gera custos, tanto para a Anatel, quanto para os demais agentes.
> Assim, estes custos devem ser considerados pela agência de modo a buscar o aumento da eficiência no exercício de sua competência de atendimento ao interesse público e desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.
> Destarte, a presente Auditoria buscou verificar se a Anatel prioriza a alocação de esforços de fiscalização e acompanhamento nos serviços mais relevantes, de acordo com a demanda da sociedade.

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

(i) Concentração de PADOs em serviços de telecomunicações que não são os mais demandados pela sociedade;

(ii) O baixo índice de arrecadação de multas da Anatel não contribui com o objetivo de induzir qualidade na prestação de serviços de telecomunicações;

(iii) Necessidade de estabelecimento de hierarquia entre os diferentes mecanismos regulatórios da Anatel em cada temática regulatória específica, bem como a definição de diretrizes para o escalonamento e para a transparência na sua utilização;

(iv) Necessidade de avaliação sobre a modelagem de custo-benefício das ações regulatórias da Anatel;

(v) Oportunidade de melhoria na divulgação dos regulamentos aplicados a cada serviço de telecomunicação;

(vi) Oportunidades de melhoria no processo de Avaliação de Resultado Regulatório da Anatel; e

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

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

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

> Em complemento à análise comparativa entre os serviços mais fiscalizados pela Agência e os que apresentam maior demanda e impacto para a sociedade, apresentada acima, objetivou-se também comparar estes dados com a quantidade de PADOS instaurados ao longo dos anos. A partir dos dados fornecidos pela Agência, foi possível verificar o número de PADOs instaurados em cada ano por serviço. [...] Mais de 22% dos PADOS instaurados em 2015 a 2020 referem-se à "Alteração Societária" e à "Obstrução à Fiscalização", que, em geral, não contribuem, de forma direta e significativa, para a melhoria dos serviços prestados. Tendo em vista os custos inerentes da instauração de PADOS, tanto para a Anatel, quanto para os demais agentes, os desafios para alocação de recursos e priorização de atividades, bem como o dever do Poder Público, de acordo com a LGT, de adotar medidas que propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários, constata-se que, de maneira geral, na aplicação de sanções, os números atuais revelam que Anatel não tem dado foco nos serviços mais demandados pela sociedade.

> Nesse sentido, o gestor informou que "por algum tempo, o processo de fiscalização da Agência esteve mais concentrado no STFC, em razão de ser o serviço público determinado na política pública, cujo contrato traz maior rigor em obrigações, o que explica os números aferidos na presente análise.
> Contudo, já faz anos que a Agência mudou o foco para os serviços mais demandados, bem como para os temas com maior índice de reclamações dos consumidores. Mas, essa mudança de foco demora a reverberar no número absoluto de PADOs".
> Em que pese a alegação da Anatel, verificou-se que, mesmo em exercícios mais recentes, o número de PADOs ainda está concentrado em serviços menos demandados pelos usuários. Vale ratificar que a instauração dos Processos de Apuração envolve custos para a Anatel e para os agentes do setor. Ante a limitação de recursos, a Agência deve priorizar seus esforços de fiscalização, acompanhamento e controle nos serviços mais demandados para que haja um incremento da melhoria nos serviços de telecomunicações mais imprescindíveis para a sociedade.

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

> Pode ser verificado que, em termos de quantidade, a maioria das multas aplicadas foram efetivamente arrecadadas (56,19%). No entanto, em termos de valores, o percentual de multas quitadas é de 7,55%, bem inferior ao percentual de multas devedoras de 76,52%.
> [...]
> Assim, tem-se que a alta parcela de inadimplência, combinado com o quantitativo de multas instauradas e canceladas e o número de questionamentos junto ao Poder Judiciário, de forma a postergar as decisões e pagamentos, contribui para a pouca efetividade deste instrumento regulatório da Anatel. As multas, por si só, não têm sido suficientes para induzir os regulados a cumprirem as obrigações de forma a priorizar o objetivo de prover qualidade na prestação de serviços de telecomunicações.
> O gestor ressaltou que a previsão de desconto de 25% quando há a renúncia no direito de recorrer da sanção aplicada, prevista no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativa, tem representado um ganho na arrecadação dos valores de multas.
> Mas de qualquer modo, a Anatel reconheceu a baixa efetividade das multas como instrumento regulatório visto que, conforme apresentado em sua manifestação, as grandes prestadoras utilizam de todos os recursos administrativos e jurídicos para protelar ao máximo o pagamento das multas.

Ressalte-se que, não obstante o baixo poder de arrecadação efetiva da Anatel em relação aos PADOs por ela processados, pouco superior a 7% do valor

total de multa administrativamente aplicadas, o índice de arrecadação mostra-se muito superior à quantidade de multas: 56,19%. Ou seja, considerando que o RASA dispõe que os valores de multas devem guardar consonância com o porte econômico das empresas reguladas, tal resultado sugere que a atuação regulatória da Anatel junto às empresas de menor porte – que naturalmente não dispõem da mesma capacidade jurídica dos grandes entes regulados – apresenta um desempenho muito superior quando comparado com a atuação da Agência face às empresas maiores. Soma-se a isso o fato de que essas grandes empresas são mais sensíveis aos impactos que os danos reputacionais da exposição indevida de sua imagem podem causar à corporação, o que as torna mais dispostas a se engajarem em medidas de e*nforcement* fundadas em mecanismos do tipo "pratique ou explique", que exploram positivamente o poder da transparência e divulgação de informações como instrumentos regulatórios.

Assim, esse conjunto de fatores sinaliza que, para as grandes empresas, em especial, a estratégia de comando e controle mostra-se potencialmente ainda menos apta a induzir a conformidade do comportamento dos sujeitos regulados.

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

(i) Recomendação 1: Estruturar os diferentes mecanismos regulatórios hierarquicamente, no esquema da "pirâmide regulatória" proposta pela teoria responsiva, considerando cada temática específica dos processos de fiscalização regulatória, para que tanto os servidores da Agência, bem como os regulados, conheçam a forma de escalonamento das medidas à disposição da Anatel em cada área de atuação fiscalizatória, de acompanhamento e de controle.

(ii) Recomendação 2: Definir diretrizes, orientações, premissas gerais ou critérios básicos dos eventos e condutas que acarretarão o

escalonamento ou descalonamento das medidas regulatórias, baseado nas condições de risco, histórico de conduta do regulado e efetividade da medida, considerando cada temática específica dos processos de acompanhamento, fiscalização e controle, e seguindo o modelo de fiscalização regulatória.

(iii) Recomendação 3: Definir a forma de publicação e transparência na utilização dos mecanismos regulatórios, especialmente para manter o histórico das condutas dos regulados, com o objetivo de garantir a isonomia, o constrangimento e o controle social.

(iv) Recomendação 4: Avaliar a viabilidade de implementação de um processo de mensuração de custo-benefício das ações regulatórias, por meio da etapa inicial da instituição de uma modelagem de priorização dos diferentes mecanismos regulatórios da Agência, no âmbito da Fiscalização Regulatória.

(v) Recomendação 5: Apresentar, nas seções da página da Anatel que permitir maior clareza para os regulados, a lista de todos os regulamentos relacionados a cada serviço de telecomunicação, sejam eles exclusivos ou gerais (aplicados a diversos serviços concomitantemente).

(vi) Recomendação 6: Estabelecer as possíveis formas de comunicação dos resultados do processo "Monitorar a Efetividade das Ações Regulatórias" com as partes interessadas (Stakeholders) ao final do processo.

(vii) Recomendação 7: Estabelecer, no seu processo de gestão do estoque regulatório, a avaliação da validade e dos resultados das normas expedidas pela Anatel de forma periódica e tempestiva, promovendo a divulgação desse processo de acompanhamento com as partes interessadas, seja por meio de indicador, de painel gerencial ou outra forma que julgar adequada para transparência do processo.

(viii) Recomendação 8: Incorporar, ao processo "Monitorar a Efetividade das Ações Regulatórias", a possibilidade de realização de benchmarking, quando e se necessário, para comparação de resultados das ações regulatórias da Anatel.

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

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

1.2 O enfrentamento do problema: a centralidade do debate em torno da desmistificação do processo sancionador como principal resposta regulatória

Diante do diagnóstico traçado acerca das limitações e insuficiência do seu modelo regulatório, que tem no processo sancionador seu principal instrumento de indução à conformidade, a Anatel vem se esforçando nos últimos anos para revisar sua estratégia de regulação.

Atualmente, além da própria Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), os principais instrumentos jurídicos que disciplinam o exercício das atividades de fiscalização da Anatel são os seguintes atos normativos:

- Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013;
- Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012, que aprova o Regulamento de Fiscalização (RFR); e
- Resolução no 589, de 7 de maio de 2012, que aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA).

O Regimento Interno da Anatel dispõe acerca dos procedimentos de acompanhamento e controle (art. 79) e de apuração de descumprimento de obrigações (arts. 80 a 91), além de elencar as competências fiscalizatórias de cada Superintendência da Agência. No *caput* do seu art. 79, o Regimento Interno menciona expressamente que os procedimentos de acompanhamento e controle têm por objetivos a prevenção e correção das práticas em desacordo com a legislação específica – o que guarda consonância com os instrumentos de persuasão do modelo de regulação responsiva, situados na base da pirâmide de *enforcement*.

> Art. 79. O Procedimento de Acompanhamento e Controle é definido como o conjunto de medidas necessárias para o acompanhamento da prestação dos serviços de telecomunicações, para a prevenção e a correção de práticas em desacordo com as disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma,

> contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos em matéria de competência da Agência.
> Parágrafo único. O Procedimento de Acompanhamento e Controle tem as seguintes finalidades, dentre outras:
> I - subsidiar a Anatel com informações relevantes para os seus processos decisórios;
> II - analisar o desempenho das prestadoras de serviços de telecomunicações;
> III - estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações visando soluções para as inconformidades detectadas;
> IV - atuar na busca da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de telecomunicações ou aos seus usuários.

Por outro lado, ao disciplinar o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO, no âmbito do qual são aplicadas as medidas sancionatórias, de cunho dissuasivo, o Regimento Interno da Agência, em seu art. 80, já prevê que o PADO tem por finalidade averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia.

Quanto à instauração do PADO, o parágrafo único do art. 80 do Regimento Interno, estabelece que, caso o descumprimento de obrigações seja constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do respectivo do Auto de Infração, o qual equivalerá a um Despacho Ordinatório de Instauração.

> Art. 80. O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de
> efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases:
> I - instauração;
> II - instrução;
> III - decisão;
> IV - recurso.
> Parágrafo único. Em se tratando de descumprimento de obrigações constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do Auto de

> Infração, a que se refere o art. 83, que valerá como o Despacho Ordinatório de Instauração.
> Art. 81. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Importa ressaltar que, embora diversas unidades desempenhem atividades de fiscalização e monitoramento no âmbito da ANATEL, somente a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) possui a competência para instaurar e processar PADOs – sem prejuízo das competências de órgão recursal do Conselho Diretor da Agência. Portanto, a SCO atua como unidade centralizadora do processo sancionador da Agência, ao passo que as demais atuam no planejamento e execução das fiscalizações, encaminhando à SCO as infrações detectadas.

Já o art. 82 do Regimento Interno da Anatel prevê regras e prazos a serem observados no processamento do PADO. Estabelece-se que deverá haver a expedição de documento específico, denominado Despacho Ordinatório de Instauração, pela autoridade competente, apontando os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis, a fim de possibilitar ao interessado a ciência dos fatos que lhe são imputados, oportunizando-lhe exercer o contraditório e a ampla defesa. Além disso, o Regimento fixa o prazo de noventa dias, prorrogável por igual período, para que a Agência conclua a instrução dos autos e, após, o prazo de trinta dias para a decisão final da autarquia.

> Art. 82. O Pado observará as seguintes regras e prazos:
> I - a expedição de documento específico, denominado Despacho Ordinatório de Instauração, pela autoridade competente, apontando os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis;
> II - o interessado será intimado, por qualquer um dos meios indicados no art. 110, para, em 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e apresentar ou requerer, de forma especificada, as provas que julgar cabíveis, devendo a intimação apontar os fatos em que se baseia, as normas definidoras da infração e as sanções aplicáveis;
> III - toda a documentação pertinente ao caso deverá integrar os autos do Pado;
> IV - o prazo para a conclusão da instrução dos autos é de 90 (noventa) dias, contado a partir da intimação de que trata o inciso II, podendo ser prorrogado por igual período, ocorrendo situação que o justifique;
> V - o prazo para a decisão final, após a completa instrução dos autos, é de 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada;

> VI - a decisão será proferida por Despacho Decisório devidamente fundamentado, intimando-se o interessado;
> VII - da decisão caberá recurso administrativo ou pedido de reconsideração, nos termos dos Capítulos V e VI, do Título V;
> VIII - os Despachos Decisórios e o Acórdão serão publicados na página da Agência na Internet;
> IX - após o trânsito em julgado administrativo, a decisão final proferida no Pado será publicada no Diário Oficial da União.
> §1º Nos casos que envolvam a defesa do usuário ou da competição, o Conselho Diretor, nas matérias de sua competência, ou o Superintendente competente podem, de ofício, reduzir os prazos de Pado, como se segue:
> I - o prazo do inciso IV será de 35 (trinta e cinco) dias, prorrogável uma vez por igual período; e
> II - o prazo do inciso V será de 10 (dez) dias, prorrogável uma vez por igual período.
> §2º Não cabe recurso administrativo ou pedido de reconsideração contra ato administrativo que determine ou formalize a instauração de processo administrativo competente para apuração de descumprimento de obrigação regulamentar.
> §3º Após o encerramento da instrução processual o interessado será intimado para, em 10 (dez) dias, apresentar alegações finais.
> Art. 83. Tratando-se de Pado iniciado com a emissão de Auto de Infração, a entrega deste documento ao interessado importará na intimação prevista no inciso II do art. 82.
> Parágrafo único. Constará do Auto de Infração:
> I - o local, a data e a hora da lavratura;
> II - o nome, o endereço e a qualificação do interessado;
> III - a descrição do fato ou do ato constitutivo da infração;
> IV - o dispositivo legal, regulamentar, contratual ou o termo de permissão ou autorização infringido, bem como as sanções aplicáveis;
> V - o prazo para defesa e o local para sua apresentação;
> VI - a identificação do agente de fiscalização, sua assinatura, a indicação do seu cargo ou função e o número de sua credencial;
> VII - a assinatura do interessado ou a certificação da sua recusa em assinar.

Concluído o processo sancionador, a sanção aplicada é registrada nos assentamentos cadastrais do regulado e o ato somente pode ser revisto caso surjam fatos novos ou circunstâncias relevantes capazes de justificar a inadequação da sanção aplicada:

> Art. 88. O órgão competente registrará a sanção aplicada nos assentamentos cadastrais do infrator.
> Parágrafo único. Com o trânsito em julgado administrativo, o registro será utilizado para a comprovação de antecedentes e de reincidência específica.
> Art. 89. A prescrição da ação punitiva da Agência, no exercício do poder de polícia, obedecerá à legislação aplicável à Administração Pública Federal.
> Art. 90. O Pado de que resulte sanção poderá ser revisto, a qualquer tempo, de ofício ou mediante pedido dirigido à autoridade que aplicou a sanção, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

> §1º O pedido de revisão será recebido como novo procedimento e autuado em autos próprios, cabendo ao interessado instruir o feito com cópia integral ou dos principais documentos do processo cuja revisão se pleiteia.
> §2º A apresentação de pedido de revisão não suspenderá os efeitos da sanção aplicada por decisão administrativa transitada em julgado, especialmente a adoção das medidas necessárias à constituição, cobrança e execução do crédito não tributário decorrente da aplicação de sanção de multa.
> §3º Da revisão do Pado não poderá resultar agravamento da sanção.
> Art. 91. Para infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor da Anatel, o processo poderá ser decidido sumariamente com o consequente arquivamento, nos termos do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.

Analisados os dispositivos que tratam da fiscalização regulatória e do processo sancionador no Regimento da Anatel, passa-se ao exame do Regulamento de Fiscalização Regulatória da Agência (RFR), o qual dispõe sobre os limites, procedimentos e critérios para a fiscalização do cumprimento das obrigações e conformidades decorrentes da legislação. Além de estabelecer diversas definições aplicáveis às atividades de fiscalização, o Regulamento de Fiscalização define: (i) as instruções e procedimentos de fiscalização; (ii) a organização da execução da fiscalização (planejamento, execução e controle dessas atividades); (iii) as ações de fiscalização; (iv) as obrigações dos entes fiscalizados; (v) as sanções em que tais entes podem incorrer, a depender do resultados das fiscalizações; e (vi) as prerrogativas e limites dos agentes de fiscalização.

Em relação às definições adotadas pelo RFR, em seu art 3º, destacam-se as que se referem às ações de fiscalização, ao agente de fiscalização e aos autos de infração emitidos, pois esses conceitos permitem compreender como se estrutura, de forma bastante descentralizada e capilarizada, a atividade fiscalizatória da Agência:

> Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento são adotadas as seguintes definições:
> I - Ação de fiscalização: atividade de acesso, obtenção e averiguação de dados e informações, por meio de procedimentos e técnicas aplicados por Agente de Fiscalização com a finalidade de reunir evidências para a apuração do cumprimento de obrigações e conformidades por parte da fiscalizada e verificar a forma de execução dos serviços de telecomunicações;
> [...]
> V - Agente de Fiscalização: servidor da Anatel que executa ação de fiscalização;

> [...]
> VIII - Auto de Infração: documento lavrado por Agente de Fiscalização que descreve o fato ou ato constitutivo da infração, os dispositivos infringidos, a sanção aplicável e os demais itens exigidos no Regimento Interno da Agência;

Quanto ao objetivo da fiscalização regulatória, o RFR praticamente repete a finalidade do PADO, prevista no art. 80 do Regimento Interno:

> Art. 5º A fiscalização destina-se a verificar o cumprimento das obrigações e conformidades decorrentes de leis, regulamentos e demais normas aplicáveis, dos contratos, atos e termos e a reunir dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil e outros pertinentes à ação em curso, para subsidiar o exercício das atividades de acompanhamento e controle da Agência.

Em linhas gerais, a atividade de fiscalização da Anatel é desempenhada com base nas seguintes etapas: planejamento e priorização; execução; e apresentação do relatório com os resultados.

O planejamento inicia-se com a aprovação, pelo Conselho Diretor, com base em proposta da superintendência responsável, das diretrizes de fiscalização (DF's), que definem os objetivos e metas da fiscalização. Podendo ter duração plurianual, essas diretrizes precisam ser aprovadas até dezembro do penúltimo ano antes do início de sua vigência.

Com as diretrizes de fiscalização aprovadas, cada Superintendência deve traçar o respectivo Plano Anual de Fiscalização (PAF), o qual deve ser aprovado em agosto do ano anterior ao de sua vigência. O PAF determina as atividades e recursos necessários para que a superintendência cumpra as DF's aprovadas pelo Conselho Diretor.

Uma vez aprovado o PAF, o superintendente deve aprovar o Plano Operacional de Fiscalização (POF) até o dia 31 de dezembro do ano anterior ao de sua vigência, o qual determina a quantidade de ações de fiscalização, a previsão de recursos, o dimensionamento de esforços, os órgãos executante e solicitante e a natureza e o período da fiscalização.

Dado o POF, as equipes de fiscalização da Anatel executarão as ações de fiscalização. De acordo com o Regulamento de Fiscalização, essas ações podem ser on-line (obtenção de informações dos entes regulados por meio de plataformas tecnológicas), presenciais e não-presenciais (por meio de troca de documentos). A Anatel dispõe de diversas técnicas de fiscalização, a saber: auditoria, averiguação, ensaio, medição, monitoração, radiovideometria, vistoria e inspeção.

A partir da ação de fiscalização é elaborado e disponibilizado ao ente regulado um relatório de fiscalização. A depender dos achados encontrados, o agente fiscalizador poderá lavrar um auto de infração ou determinar a interrupção cautelar de estação – esta última somente nos casos de risco à vida, desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, interferências indevidas em estações de radiocomunicações regulares, uso de equipamentos não certificados ou, ainda, para assegurar o adequado uso do espectro de radiofrequências.

A lavratura do auto de infração desencadeará o início de um Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO). O processamento dos PADOs é disciplinado pelo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), de 2012, o qual prevê, nos exatos termos, da LGT, as sanções passíveis de serem aplicadas pela Anatel):

> Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:
> I - advertência;
> II - multa;
> III - suspensão temporária;
> IV - obrigação de fazer;
> V - obrigação de não fazer;
> VI - caducidade; e
> VII - declaração de inidoneidade.
> Parágrafo único. O descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009, sujeita os infratores à aplicação das sanções previstas no caput e, ainda, à sanção de multa diária nos termos do art. 18 da referida lei.
> [...]
> Art. 5º A Anatel poderá, a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais.

> Art. 6º No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares, sem a prévia manifestação do interessado.
> § 1º As medidas cautelares adotadas no curso do procedimento não obstam o seu prosseguimento, devendo todos os atos a ela relativos ser apensados em autos apartados.
> Art. 28. No curso de uma ação de fiscalização, o Agente de Fiscalização poderá lavrar Auto de Infração.
> § 1º O Auto de Infração deve ser lavrado na forma prescrita pelo Regimento Interno e conter referência às disposições constantes dos arts. 11 e 20, do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas.
> § 2º O Auto de Infração não pode ser revogado ou anulado, salvo pela autoridade competente.
> [...]
> Art. 39. Caracterizado o óbice à ação de fiscalização na forma definida por este Regulamento, será instaurado o competente Pado, devendo ser adotadas as medidas necessárias com o objetivo de concluir a ação de fiscalização obstruída.
> Parágrafo único. No curso do Pado ou, excepcionalmente, antes dele, o Superintendente responsável pela fiscalização poderá adotar medidas cautelares.

Cabe ressaltar que a multa pode ser aplicada em conjunto com outras sanções, exceto advertência. Ademais, cada infração é classificada, segundo sua natureza e gravidade, em leve, média ou grave, a depender da existência ou não de vantagens auferidas pelo ente regulado com a infração, dos danos causados aos usuários, da existência ou não de má-fé e de risco à vida.

> Art. 9º As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em: I - leve;
> II - média; e
> III - grave

O tipo de sanção a ser aplicada no bojo do PADO dependerá da utilização de alguns parâmetros e critérios definidos pelo Regulamento de Fiscalização:

> Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios:
> I - a classificação da infração;
> II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;
> III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos artigos 19 e 20 deste regulamento;
> IV - os antecedentes do infrator;
> V - a reincidência específica;
> VI - o serviço explorado;
> VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende;

> VIII - o regime jurídico de exploração do serviço;
> IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio;
> X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;
> XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.
> Parágrafo único. O mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação da sanção.

Por fim, observa-se que o RASA prevê a possibilidade de que infrações de simples apuração, conforme regulamento do Conselho Diretor, possam ser decididas sumariamente com o consequente arquivamento do processo:

> Art. 25. Para infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor, o processo poderá ser decidido sumariamente com o consequente arquivamento, nos termos deste Capítulo.
> [...]
> Art. 30. Nas infrações constatadas por agente de fiscalização da Anatel, a autoridade competente para decisão de arquivamento do Pado, na hipótese prevista neste capítulo, será o Gerente do respectivo Escritório Regional.

Dos dispositivos colacionados, pode-se perceber que a atual estrutura normativa que disciplina a fiscalização regulatória e o processo sancionador no âmbito da Anatel não veda ou impede, *per si*, a implementação de um modelo regulatório responsivo no âmbito do setor de telecomunicações.

Ao contrário, conforme se viu, o Regimento Interno da Agência, ao estabelecer as finalidades do Procedimento de Acompanhamento e Controle, por exemplo, não menciona nenhum objetivo que, minimamente, se aproxime de uma concepção que possa privilegiar o aspecto sancionatório da atividade reguladora de conformação de condutas, tampouco dele decorre qualquer diretriz que confira o caráter de comando e controle à função regulatória.

Da mesma forma, não derivam essencialmente das regras constantes do Regulamento de Fiscalização Regulatória e do

Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas vigentes os problemas que a Anatel enfrenta para implementar um modelo regulatório responsivo. Na verdade, embora de forma tímida, a aplicação de instrumentos de regulação responsiva já é, em alguma medida, prevista e permitida pela legislação em exame, que rege o processo fiscalizatório e sancionatório da Agência.

Note-se, por exemplo, que o RASA não prevê, em seu artigo 28, a necessária e obrigatória lavratura de auto de infração; ao contrário, a dicção da norma apenas abre a possibilidade de que o agente o faça ao dispor que "no curso de uma ação de fiscalização, o Agente de Fiscalização poderá lavrar Auto de Infração".

Fundamentos da teoria da regulação responsiva também informam a previsão, contida no artigo 5º do RASA, que autoriza a Anatel a celebrar, a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, compromisso de ajustamento de conduta com regulados infratores.

Já no âmbito do processo sancionador, elementos de responsividade são expressamente previstos, no artigo 10 do RFF, ao estabelecer parâmetros para a definição do tipo e do *quantum* de sanção a ser aplicados, decisão que deve basear-se nos critérios de dosimetria estabelecidos.

Depreende-se, portanto, que as atuais regras, que compõem o Regulamento de Fiscalização Regulatória e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, não só não são totalmente avessas ou antagônicas aos preceitos das Teorias Jurídicas de Regulação por Incentivos, como, também, já contemplam institutos e elementos que têm no seu cerne os valores da regulação dialógica, inteligente e responsiva, nos termos estudados e propugnados ao longo de todos os Relatórios desta Pesquisa.

Todavia, é claro que, não obstante a existência esparsa e pontual desses componentes, o aprimoramento das normas mencionadas mostra-se fundamental[2] no esforço da Anatel de revisão de seu marco normativo para adequá-lo às modernas teorias da regulação.

Assim, as minutas de propostas de alteração do RFR e do RASA, em trâmite avançado atualmente no âmbito da Agência, visam, ambas, segundo os motivos e justificativas robustamente registrados nos processos que instruem as propostas, enfrentar o problema da ineficiência do processo sancionador da Anatel nos termos, perfeitamente sintetizados pela Procuradoria Federal da Anatel, em seu PARECER nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU:

> Não se pretende aqui esgotar os detalhes da perspectiva da Agência acerca do seu processo administrativo sancionador, mas tão somente evidenciar, em linhas gerais, os aspectos principais que se apresentam como motivo para a apresentação da proposta de revisão regulamentar.
> Nesse enfoque, pode-se destacar como linhas gerais da crítica da Agência à sua atuação sancionadora: a) o processo administrativo sancionador é ineficiente; b) demanda altos custos; c) sua longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário, retarda a execução da decisão proferida pela Agência; e d) a aplicação de multas pela Anatel não tem alcançado o propósito de alterar, de fato, o comportamento das prestadoras infratoras.
> 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.

[2] Ressalve-se apenas que a alteração das regras não deve ser encarada como uma panaceia, capaz de solucionar problemas muitas vezes decorrentes das concepções e valores acerca da função reguladora e do papel da Agência nesse processo, os quais permeiam a cultura institucional da autarquia.

No tocante ao RASA, destacam-se as inovações promovidas no art. 9° do Regulamento, bem como a inserção do art. 9°-A, bem como a nova redação do art. 12 desse regulamento.

> Art. 9º. A Agência aplicará a sanção de multa quando:
> I – Não for cabível a aplicação da sanção de advertência;
> II – o infrator tenha descumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas; ou
> III – nos casos de:
> a) risco à vida;
> b) desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, que cause interferências prejudiciais a outras estações regularmente autorizadas.
> Art. 9º-A. As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em:
> I – leve;
> II – média; e
> III – grave.
> § 1º A infração deve ser considerada leve quando não tenha o infrator auferido vantagem em decorrência do ilícito administrativo.
> § 2º A infração deve ser considerada média quando houver o agente causado dano potencial ao serviço com prejuízo efetivo, mas restrito à atividade específica ou a grupo limitado de usuários.
> § 3º A infração deve ser considerada grave quando houver:
> a) dano direto com prejuízo efetivo e significativo ao serviço e aos usuários; ou,
> b) má-fé; ou,
> c) caracterização de óbice à atividade regulatória; ou
> d) risco à vida.
> [...]
> Art. 12. A Agência aplicará a sanção de advertência, quando:
> I – não justifique a imposição de pena mais grave ao infrator; ou
> II – o fato constitutivo da infração for de conduta escusável; ou
> III – as consequências da conduta forem de baixa ofensividade; ou
> IV – o infrator tenha cumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas.

Com isso, a sanção de advertência passa a ocupar maior espaço na atuação regulatória da Anatel, privilegiando-se a possibilidade de soluções negociais, especialmente nos casos em que o infrator tenha cumprido as medidas preventivas ou reparatórias vistas como necessárias (art. 12, IV). Por conseguinte, a sanção de multa passa a ser a *última ratio* (art. 9°, I) sendo, ainda, escalonada de acordo com a gravidade da infração cometida – leve, média ou grave (art. 9°-A).

Merece relevo, também, a alteração que está sendo proposta nos artigos 20 e 27 do RASA:

> Art. 20. O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:
> I – 90% (noventa por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, antes da intimação da instauração do Pado;
> II – 70% (setenta por cento) nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, dentro do prazo estipulado pela Agência;
> II – 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração até a apresentação de alegações finais e reparação total ao usuário, quando cabível;
> III – 20% (vinte por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e reparação total ao usuário, quando cabível, até as alegações finais;
> IV – 10% nos casos de confissão do infrator até a apresentação da defesa, a qual será realizada mediante formulário próprio a ser definido pela Anatel;
> [...]
> Art. 27. Caso o infrator cumpra todas as condições estabelecidas nos incisos abaixo, considerada cada infração isoladamente, terá direito ao fator de redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa que trata o art. 25 deste Regulamento:
> [...]
> II – apresentar prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário; e,
> III – renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração.

Por meio dessas novas disposições normativas, busca-se incentivar a adoção de soluções dialógicas para se obter a conformidade regulatória, bem como utilização do aparato coercitivo da Agência não de modo indiscriminado, mas como resposta necessária para fazer frente ao comportamento dos regulados. Nesse sentido, prevê-se a possibilidade de que as multas sejam mitigadas caso o infrator renuncie a seu direito de litigar (art. 27, II), em vista dos custos financeiros gerados; repare totalmente o dano ao usuário, em tempo hábil (art. 20, I e II), pois não há mais razão em puni-lo, haja vista a reestruturação da qualidade do serviço prestado ao consumidor; e assim em diante.

Mostra-se patente, portanto, o esforço da Anatel de incorporar definitivamente os pressupostos da Regulação Responsiva em suas normas, buscando conferir: a) maior racionalidade na aplicação e na alocação dos recursos (econômicos e humanos) da Agência e; b) a implementação de uma regulação mais efetiva, focada na entrega de bons resultados aos consumidores dos serviços de telecomunicações e no diálogo com os agentes do mercado regulado.

Deve-se, registrar, no entanto, que, infelizmente, as propostas em tela – a despeito de sua importância – não serão suficientes para promover uma das alterações mais importantes e necessárias na sistemática regulatória da Anatel, qual seja, a questão da instauração indiscriminada de PADOs para apurar todo e qualquer indício de desconformidade por parte dos regulados.

Isso porque foi excluído da minuta de Resolução de revisão do RFR, por recomendação da Procuradoria, o art. 45, o qual previa que "a regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle". Tratava-se de medida que, embora sequer enfrentasse o problema da própria instauração do PADO em si, abriria a possibilidade de arquivamento do processo de acompanhamento, sem aplicação de medidas de controle ao administrado, quando do cumprimento das medidas preventivas e ou reparatórias que lhe fossem impostas.

Como o entendimento da Procuradoria é no sentido de que os arts. 82 e 173, da LGT, impõem a instauração de PADOs pela Agência, havendo vício de legalidade em qualquer medida infralegal que vise a flexibilizar ou relativizar essa obrigação, conforme examinar-se-á mais detidamente adiante, a opção da área técnica da Anatel foi retirar o dispositivo da versão final da proposta que foi submetida ao Conselho Diretor da Agência.

Constata-se, desse modo, que malgrado a absoluta centralidade que o problema da abertura indiscriminada de PADOs ganhou no debate em torno da adequação do modelo de regulação da ANATEL nos últimos anos, consoante reiteradamente demonstrado nos diversos Relatórios desta Pesquisa, essa disfuncionalidade da sistemática regulatória da Agência ainda não poderá ser diretamente enfrentada por ela.

É dizer, por mais que se avance na revisão do Regulamento de Fiscalização Regulatória e do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas para se prever a implementação de mecanismos regulatórios responsivos, a manutenção do entendimento jurídico acerca da suposta necessidade inafastável da abertura de processo administrativo diante de todo e qualquer indício de descumprimento da legislação continuará orientando o comportamento dos reguladores e dos regulados, desencorajando os reguladores a aplicarem instrumentos regulatórios que não impliquem, desde o primeiro momento, na instauração de processos e desestimulando os regulados a confiarem na relação transparente, dialógica e de boa-fé com o regulador.

1.2.1 O PADO como um dos grandes problemas do modelo regulatório da Anatel, mas não o único

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

De fato, se, por um lado, compartilha-se da visão, que foi sendo construída e consolidada no âmbito da Agência, acerca da insuficiência e do esgotamento do modelo regulatório adotado, por outro lado, não se pode atribuir tão-somente ao PADO a culpa pelo insucesso do sistema vigente. O PADO não pode ser visto como o maior ou o único vilão desse processo.

Ao contrário, este Projeto de Pesquisa buscou, desde o seu início, aprofundar, problematizar e complexificar o problema posto em todas as suas

dimensões para compreendê-la em sua totalidade, não aceitando o processo administrativo sancionador como sendo a única ou principal causa da inoperância do modelo regulatório estudado, mas, antes, como um reflexo de seu desvirtuamento, fruto de um equivocado entendimento acerca do próprio conceito e escopo da regulação no contexto contemporâneo.

Em outras palavras, entende-se ser indispensável levar adiante e se intensificarem as discussões que buscam imprimir maior efetividade à fiscalização regulatória e aos processos administrativos sancionadores da Anatel, a fim de aprimorá-los como instrumento efetivo de orientação do comportamento dos destinatários da atividade regulatória, assim como entende-se ser urgente ampliar as alternativas de sanções e instrumentos regulatórios postos à disposição das autoridades para lidar, de maneira mais adequada e proporcional, com os diversos tipos de descumprimento das normas, criando condições para que possam obter resultados mais céleres, eficientes e efetivos nas ações de persuasão e dissuasão da prática de infrações.

Ocorre que, nessa complexa plêiade que envolve a regulação do comportamento das empresas reguladas pela Anatel, o PADO – embora se apresente como uma das faces mais visíveis e concretas do insucesso da modelagem regulatória implementada pela Agência a exigir urgente enfrentamento, em virtude do custo e do impacto, em todos os sentidos, que gera aos regulados e reguladores, constitui apenas uma das evidências da falência da própria concepção do modelo regulatório adotado, a qual ainda se fundamenta essencialmente no paradigma tradicional de comando e controle.

É preciso lembrar que esse paradigma regulatório se baseia no princípio de que a regulação deve se valer da coação e da ameaça sancionatória para impor a observância à regra e garantir a conformação do comportamento em grande medida porque o sistema é embasado na desconfiança e suspeita tanto do legislador em relação ao aplicador da norma – por isso, a legalidade estrita é privilegiada e a discricionariedade do agente público é fonte de preocupação –

tanto quanto do regulador em relação aos regulados, os quais são geralmente encarados, de forma reducionista, como sujeitos racionais, movidos tão-somente por critérios econômicos e utilitários. Nesse cenário, como não poderia ser diferente, é o modelo clássico e burocrático de regulação que predomina, o qual tem o controle como viga mestra.

À vista disso, embora o debate acerca das alterações normativas, que pode a Anatel diretamente proceder ou induzir, geralmente gire em torno apenas das normas que regem o processo administrador sancionador, já que se busca, legitimamente, solucionar com urgência e prioridade o problema que envolve o número desmesurado de instauração de PADOs no âmbito da Agência, entende-se que o aprimoramento do modelo regulatório da Anatel passa necessariamente pela ressemantização de sua atividade regulatória como um todo.

Ou seja, para que possa enfrentar de forma abrangente e completa as fragilidades e inconsistências de sua modelagem regulatória, adequando-a a um modelo pleno de regulação por incentivos, a Anatel deve, a par de se prosseguir com a inadiável revisão de suas normas instrumentais, que regem os procedimentos de fiscalização regulatória e o seu processo administrativo sancionador – nos moldes que será adiante comentado – promover, simultânea e concomitamente, também uma ampla e profunda revisão de suas normas de caráter material, as quais estabelecem numerosas obrigações aos regulados, para já repensá-las e estruturá-las sob a concepção e perspectiva da responsividade.

É nesse sentido a valorosa opinião da Procuradoria Federal junto à Anatel, a qual, muito oportunamente, externou a preocupação ao reconhecer a necessidade de a Agência buscar soluções que abordem o problema do aprimoramento do modelo regulatório da área de telecomunicações de maneira holística (PARECER nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU):

236. A necessidade de alteração parcial do RASA ora vigente no contexto da implantação de uma novel fiscalização regulatória, voltada à operacionalização de uma atuação mais responsiva por parte da Agência, foi assim justificada no referido Voto nº 127/2018/SEI/PR, in verbis: (documento SEI nº 3631816)

> 9.1. Historicamente, as normas que disciplinam a execução das atividades de fiscalização da Anatel são baseadas em mecanismos punitivos. Existe uma lógica por trás disso: quando se estabelece um dispositivo e se cria uma punição para o seu não cumprimento, espera-se que os regulados busquem cumpri-lo de forma a evitar tal punição. Trata-se de abordagem bastante tradicional da teoria regulatória, conhecida como "estratégia do Comando e Controle".
>
> 9.2. Ocorre que o caráter exclusivamente punitivo da atual Regulamentação da Anatel acaba pressionando negativamente o processo e a eficácia dos instrumentos de fiscalização.
>
> 9.3. Portanto, para além das melhorias na parte processual do processo punitivo, é inevitável que a Agência empreenda esforços na alteração da sua própria regulamentação. Afinal, embora os problemas da regulação sejam potencializados pelo enforcement punitivo (e vice-versa), toda a teoria regulatória apresentada demonstra que as normas devem ter na origem um viés de atendimento de conformidade e de melhoria dos serviços, conforme já se expôs.
>
> 9.3. Dentro dessa premissa, mostra-se necessário alterar pontualmente alguns dispositivos do RASA/12, sem prejuízo da eventual revisão do instrumento normativo, como um todo, futuramente. (grifos nossos)

237. A manifestação acima transcrita é precisa em apontar que, de fato, a atividade exercida pela Anatel de regulação estatal é, até o presente momento, estruturalmente baseada na ideia da dissuasão e na lógica do "comando-controle", em que as normas regulatórias, além de preestabelecerem, pormenorizadamente, as condutas a serem observadas pelos particulares no desempenho das atividades reguladas, fixam as respectivas punições pelo descumprimento desses comandos na prestação do serviço de telecomunicações.

[...]

240. Prosseguindo, o trecho do Voto nº 127/2018/SEI/PR acima colacionado também chama a atenção para a necessidade de que a Anatel – caso pretenda avançar para além do modelo clássico de regulação, centrado na força da autoridade estatal e na aplicação dos instrumentos tradicionais de coerção, – inicie um processo de alteração de sua própria regulamentação, de índole excessivamente punitiva, de modo que as novas normas a serem editadas priorizem os objetivos regulatórios efetivamente almejados, dando um maior peso ao atendimento de conformidades e à melhoria dos serviços prestados.

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

[...}

246. É preciso, desse modo, atentar para o fato de que, embora hoje exista a convicção de que as normas regulatórias não precisam ser muito detalhistas, o arcabouço normativo vigente editado pela Anatel, em grande parte, ainda não está alinhado a essa concepção de estabelecer, precipuamente, padrões, objetivos ou parâmetros regulatórios a serem observados pelos regulados, preferencialmente, mediante a autodeterminação de suas condutas. Ao contrário, na maior parte do arcabouço normativo vigente constam obrigações regulatórias rígidas, abrangentes e detalhadas que, caso sejam descumpridas pelos regulados, acabam implicando, por força do disposto no art. 173 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a aplicação de sanções administrativas.

[...]

249. Com efeito, vislumbra-se um **descompasso conceitual em se ter a vigência simultânea da atual regulamentação de tipificação detalhista de condutas esperadas, ainda concebida sob a inspiração coercitiva do modelo clássico de regulação estatal, e do novo ferramental, a ser introduzido pelo Regulamento de Fiscalização Regulatória e, complementarmente, pelas alterações no RASA, moldado, segundo os fundamentos da regulação responsiva,** para um ambiente dotado de normas regulatórias abertas e flexíveis, destinadas, de modo pragmático e finalístico, ao estabelecimento de padrões, objetivos e parâmetros a serem perseguidos pelos entes regulados na prestação dos serviços de telecomunicações.

250. **A coexistência, nesses termos, dos dois modelos regulatórios acima tratados não terá o condão de afastar o engessamento comportamental dos agentes regulados, visto que as condutas a serem por eles praticadas no desempenho das atividades setoriais permanecerão rigidamente predefinidas nas respectivas normas regulatórias vigentes. Não haverá, portanto, conforme pressupõe a regulação responsiva, a liberdade supervisionada dos particulares na escolha dos procedimentos e condutas necessários para o alcance dos fins regulatórios.**

[...]

254. Com efeito, mantido intacto o atual perfil das normas regulatórias materiais, de índole fortemente descritiva das condutas que devem ser observadas na prestação dos serviços de telecomunicações, continuará cabendo à Anatel, por expressa imposição legal, o dever de punir o agente regulado em toda e qualquer situação em que a infração administrativa, grave ou não, já se encontre efetivamente praticada.

[...]

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.**

258. Essa coordenação temporal evitaria, conforme já exposto, a impropriedade de se ter a vigência simultânea de normas de fiscalização e de aplicação de sanções e normas regulatórias materiais sintonizadas a

> **modelos regulatórios de matrizes extremamente distintas, circunstância dotada de grande potencial de mitigação ou mesmo de neutralização da plena eficácia dos sistemas de regulação estatal envolvidos,** na medida em que o art. 173 da LGT ao limitar a discricionariedade da Agência, exige que mesmo os descumprimentos de baixa relevância sejam objeto de sanção administrativa, o que dificulta a efetividade de um modelo em que se tolera descumprimentos de menor reprovabilidade.

Ressalte-se que esse movimento de revisão profunda da forma como se encontra estruturado e concebido todo o arcabouço normativo de regulação de condutas pela Anatel, nos moldes aqui defendido, viria, inclusive, ao encontro do que vem sendo propugnado, com muito acerto e discernimento, pelo Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Morais, acerca da criação de regimes jurídicos estruturados e diferenciados que, ao terem suas regras redesenhadas, conforme o tema que se pretende regular, passariam a contar com noções e elementos de responsividade na íntegra da própria norma, prevendo-se margens de tolerância e distintas consequências de controle em relação a obrigações:

> 6.14. Por fim, a terceira possibilidade (C) equivaleria à constituição do RFR como uma "plataforma" que possibilitaria o estabelecimento de normas específicas, na regulamentação expedida pela Agência, que estabeleçam regimes proporcionais às posturas dos administrados e aos riscos identificados para os usuários e os serviços. Com isso, por exemplo, seria possível o estabelecimento de fases prévias de tolerância para determinadas obrigações em que tal margem se mostre cabível para adoção de ações de correção ou de compensação aos usuários.
> 6.15. Entende-se que tal possibilidade, a despeito de não apresentar solução de curto prazo, oferece maior segurança jurídico-regulatória e efetividade, na medida em que os regimes de resposta deverão ser construídos no âmbito de cada regulação temática. Ou seja, a revisão e a criação de novas obrigações regulatórias deverão necessariamente refletir a instrumentalização dos incentivos para seu cumprimento e as respostas para seu descumprimento.
> 6.16. Pelas razões expostas, vislumbra-se como melhor opção a possibilidade C que, além de romper com o enforcement linear, permite, com segurança jurídica, a previsão de regimes regulatórios específicos e estruturados.
> 6.17. Frisa-se que a premissa de atuação regulatória responsiva estruturada já foi expressamente endossada por este Colegiado nos autos nº 53500.006207/2015-16 (novo Regulamento de Qualidade - RQUAL). Daquela feita, a razoabilidade e as vantagens de tal atuação foram reconhecidas no que tange à gestão da qualidade dos serviços.
> 6.18. A presente deliberação, contudo, amplia tal reconhecimento. Conforme se depreende tanto da manifestação do Relator, na Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033), quanto das razões do presente Voto, há elementos que apontam para a necessidade de que a atuação do Regulador leve em consideração a responsividade em relação às obrigações das mais variadas temáticas. **O que se está a dizer é que a atuação responsiva não deve funcionar apenas como camada**

> **superposta às exigências regulamentares. Com efeito, ela deve integrar sua construção –** tal como se deu na elaboração da proposta de novo RQUAL.
> 6.19. Com isso, ao se elaborar ou rever um determinado normativo, faz-se importante que se sopese quais os mecanismos de responsividade poderão ser oportunos para que se atinjam suas finalidades (que podem variar em matérias desde um melhor atendimento aos consumidores à adesão de padrões técnicos de referência).
> 6.20. **Essa modalidade de atuação dispensa a aprovação do Regulamento de Fiscalização Regulatória. Desde já as áreas técnicas da Agência, sob coordenação da SPR, dadas suas competências regimentais, devem realizar uma "análise de responsividade" em suas futuras construções ou revisões normativas. Frise-se que isto não constituirá nova etapa no rito normativo, uma exigência incontornável ou sequer um novo tipo de documento autônomo nos autos.**
> 6.21. Esse tipo de análise se faz relevante, sobretudo, na revisão da regulamentação sobre direitos dos consumidores, tema no qual a atuação das prestadoras deve se dar em **horizonte dinâmico de constante aprimoramento**.
> 6.22. Assim, a proposta de determinação contida na conclusão deste Voto destina- se a fazer com que **o juízo de revisão ou elaboração de normativos pelas áreas técnicas, e especialmente pela SPR, passe a contemplar necessariamente a instrumentalização da atuação regulatória responsiva** (Voto proferido no bojo do processo em que se aprovou o novo Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL, por meio da edição da Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019).

Note-se que também a CGU se manifestou nesse sentido no Relatório sobre a Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel ao registrar que, embora a Agência já conte com importantes mecanismos não sancionatórios ao seu dispor[3], esses diferentes mecanismos regulatórios ainda não estão configurados em um esquema hierárquico de escalonamento, conforme risco e gravidade da situação, o que não permite a avaliação de como estão programados para ser utilizados de

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

forma integrada, harmônica e complementar, como se espera do funcionamento de uma efetiva engrenagem regulatória responsiva (CGU, 2020).

Desse modo, endossa-se, *in totum*, o entendimento de que a Anatel deve, para obter efetivo êxito na missão proposta, adequar o seu modelo regulatório às mais modernas técnicas e estratégias de regulação responsiva, abordar o problema em sua total completude e magnitude, dedicando-se à estruturação de regimes jurídicos diferenciados que, formulados à luz da teoria da regulação por incentivos, em especial, da teoria responsiva, sejam capazes de oferecer os instrumentos adequados para responder aos múltiplos e distintos problemas de regulação presentes no setor de telecomunicações, adaptando, calibrando e customizando sua abordagem regulatória ao perfil dos regulados e dos serviços e direitos tutelados.

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

Como é sabido, como a prática regulatória da Agência sempre foi orientada para a prescrição detalhada das diversas providências a serem implementadas pelas empresas, é preciso ocasionalmente examinar a razoabilidade de se manter determinadas regras, as quais podem não mais atender aos objetivos regulatórios ou impor custos desnecessários ou desproporcionais aos regulados. Registra-se, nesse sentido, a oportuna e precisa consideração da Procuradoria Jurídica da Anatel a esse respeito:

> 214. Nesse sentido, a primeira possibilidade de atuação em relação às normas editadas pela Anatel, obviamente, é a revogação de obrigações que hoje já não se mostram relevantes. Essa possibilidade dispensa explicação detalhada de seu funcionamento, e inclusive já vem sendo adotada pela

> Anatel em várias frentes. De fato, se a Agência deixa de exigir determinada conduta (tida pela Agência como conduta que hoje já não é mais relevante) das prestadoras, a partir da revogação da norma que a exigia, não serão instaurados processos punitivos para apurar situações posteriores à revogação da norma.
> [...]
> 221. Para obrigações que, na perspectiva da Agência, não se apresentem com relevância para justificar a instauração de PADOs para apurar os descumprimentos dessas obrigações, um outro caminho que poderia ser adotado pela Agência é o de editar uma nova norma que apenas estimule a realização da conduta (que hoje é uma obrigação) por meio de algum incentivo (a exemplo de incidência de atenuantes em PADOs do mesmo tema), sem que haja propriamente a imposição de uma obrigação ao regulado.
> 222. Embora mais comuns, as normas editadas pela Anatel não precisam se restringir à imposição de obrigações para as prestadoras. As normas da Anatel que impõem obrigações, quando descumpridas, geram processos sancionadores. Quanto às normas que prevêem incentivos, quando a conduta tida por adequada (suporte fático) não é realizada, a norma simplesmente não incide, e o agente deixa de auferir o benefício (a consequência jurídica da norma – no caso, o benefício – deixa de ser concedido ao agente). Abandona-se a lógica do "dever-ser" para, no ponto, adotar-se uma lógica de incentivos sem obrigações propriamente ditas (PARECER n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU).

Assim, para dar encaminhamento a esse complexo, mas, inquestionavelmente, necessário trabalho de ressemantização de suas normas regulatórias, entende-se que a melhor opção seria a Anatel, em desdobramento e continuidade à pesquisa desenvolvida no âmbito do presente Projeto, constituir novo e específico braço de pesquisa voltado exclusivamente para apoiar esse trabalho mais amplo de revisão, sistematização e redesenho das normas reguladoras do setor de telecomunicações, de modo, não só a imprimir-lhes o olhar e concepção estratégicos das teorias aqui apresentadas, mas, também, de já incorporar os princípios e critérios de responsividade em sua própria estrutura e conteúdo.

A propósito, observe-se que o referido trabalho poderia ser inserido, inclusive, no escopo do projeto de "guilhotina regulatória" em curso, desenvolvido em cumprimento ao Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019, o qual estabeleceu prazo para que todos os órgãos e

entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional revisem e consolidem seus atos normativos inferiores a decreto.

Desse modo, ampliando-se o objetivo da iniciativa governamental, que visa à atualização, racionalização e simplificação normativa, poderia ser incluído no projeto também a reformulação da própria estrutura e conteúdo das normas da Anatel de modo a formatá-las a um modelo regulatório responsivo.

Ressalte-se que essa proposta foi consignada pela Procuradoria Federal da Anatel, em seu PARECER nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, no qual destaca o fato de a Agência dispor de um âmbito de discricionariedade muito maior para atuar de modo a buscar menor custo regulatório e maior eficiência no exercício de sua competência sancionadora:

> 215. Essa possibilidade está alinhada com os objetivos buscados pela Agência no bojo do Processo Administrativo nº 53500.012180/2019-16, que trata da revogação de diversos atos administrativos pela Anatel (guilhotina regulatória). Nesse sentido, vejam-se trechos do Informe nº 184/2019/PRRE/SPR (SEI nº 4920745), disponível no referido processo administrativo:
>
> > 3.15. Note que o número médio de Resoluções publicadas tem decrescido ao longo do tempo, ao passo que já existe um esforço de revogação de Resoluções disfuncionais, o que implica que a quantidade de Resoluções vigentes inclusive caiu, chegando no nível de 2004. É claro que isso não implica que o estoque regulatório tenha caído, uma vez que a magnitude do fardo regulatório varia entre as Resoluções aprovadas.
> >
> > 3.16. Em continuidade aos esforços acima citados, a Agenda Regulatória da Anatel previu, para o biênio 2019-2020, iniciativa normativa com foco na avaliação a respeito da necessidade ou não de diversos normativos que foram historicamente editados pela Anatel por razões legítimas e justificadas à época, mas que talvez não se justifiquem mais no momento atual.
> >
> > 3.17. Esta denominação – guilhotina regulatória – é usualmente utilizada quando se pretende referir a iniciativas de gestão do estoque regulatório, alinhadas às boas práticas regulatórias internacionais. A título de exemplo, recentemente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, vinculada ao Ministério de Economia, avançaram em iniciativas também por eles denominadas como guilhotina regulatória. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE também faz referências ao termo (regulatory guillotine) em diversos de seus documentos referentes a boas práticas regulatórias.
> >
> > 3.18. Mais uma vez, cumpre destacar que <u>não se trata da revogação de normas de maneira indistinta, mas um aprimoramento da estratégia normativa, revogando-se regras obsoletas, que perderam a razão de existir</u>

> ao longo do tempo, focando a regulamentação em temas de maior relevância e que se comunicam melhor com as maiores demandas da sociedade no que diz respeito do setor de telecomunicações. Ao longo dos últimos anos, a Anatel tem recebido, por intermédio de sua Superintendência de Planejamento e Regulamentação – SPR, diversas solicitações de revogações de regras deste tipo, motivo pelo qual foi inserida a presente iniciativa na Agenda Regulatória da Agência. (grifos nossos).

Para que esse trabalho de revisão material das normas, que estabelecem obrigações ao setor de telecomunicações, possa ser realizado com eficácia faz-se imprescindível, no entanto, que a Anatel avance na implementação das medidas de Avaliação do Resultado Regulatório – ARR, referentes ao processo sistemático de avaliação de uma ação para averiguar se seus objetivos regulatórios foram alcançados (OCDE, 2015).

Conforme a própria Anatel ressalta em seu Manual de Boas Práticas Regulatórias (2018:100), a Avaliação do Resultado Regulatório

> "não deve ser confundida com os processos de fiscalização ou monitoramento, que buscam averiguar o cumprimento de obrigações e o atingimento de metas pré-definidas, respectivamente. O objetivo da ARR é verificar o que de fato ocorreu após a implementação da ação escolhida pela Agência. Embora seja uma ferramenta ainda menos difundida, a ARR é considerada uma etapa importante no ciclo regulatório, pois além de fornecer um retorno sobre a performance de ações implementadas, traz insumos importantes para a evolução da regulação ao longo do tempo. Conforme ressaltado pela autoridade Australiana (2011), mesmo que todas as regulações sejam sujeitas a rigorosos processos de avaliação de impacto regulatório (*ex ante*), há sempre a possibilidade da ocorrência de fatores imprevisíveis ou de alterações de contexto, de mudanças tecnológicas ou de adaptações incontornáveis no comportamento dos agentes após a implementação de uma ação. Além disso, os efeitos de uma regulação podem ser alterados por outras normas, regulações ou leis criadas ou alteradas posteriormente à sua vigência. Assim, no médio e longo prazo, uma regulação que inicialmente era efetiva e eficaz pode ficar ultrapassada ou inadequada.
> A ausência de qualquer tipo de avaliação *ex-post* pode resultar:
> - Na permanência de regulações ineficazes, que geram custos aos regulados e ao governo desnecessariamente;
> - No desconhecimento de impactos indesejados eventualmente gerados pela ação implementada;
> - No desconhecimento sobre a necessidade ou oportunidades de melhorias na regulação em vigor;
> - Na carência de fundamentos técnicos para demonstrar os benefícios promovidos pela ação implementada e comprovar a adequação da decisão tomada pela Agência.

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

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

Nesse sentido, cabe registrar que a CGU, em seu multicitado Relatório de Avaliação do Processo Sancionatório da Anatel, conquanto reconheça a importância de a Agência já enfrentar a temática da ARR em seu Manual de Boas Práticas Regulatórias e também no Projeto ""Monitorar a Efetividade das Ações Regulatórias", que compõe o Macroprocesso "Gerir Regulamentação", conclui que a autarquia ainda não providenciou o detalhamento de como essa avaliação deve ser realizada, tampouco, a implementou efetivamente. Para contribuir com esse processo, a CGU recomenda especificamente três documentos da OCDE que estabelecem diretrizes, orientações e parâmetros para realização da ARR: "Recomendações do Conselho para Políticas e Governança Regulatória"[4], de março 2012; "Avaliando Lei e Regulações – O caso da Câmara dos Deputados do Chile"[5], de maio de 2012; e a "Perspectiva da OCDE de Política Regulatória", de 2015[6] (CGU, 2020:28)

Por fim, mostra-se imprescindível que a Anatel se dedique também, nesse esforço de implementação de um modelo regulatório responsivo, não só à revisão de suas normas de caráter material e processual, nos termos abordados até aqui, mas que se debruce, ademais, sobre a avaliação de seus fluxos de trabalho e desenho organizacional para verificar sua adequação às atuais necessidades e anseios da Agência referentes a uma maior responsividade de seus processos de planejamento, monitoramento, controle e fiscalização, que desaguam

[4] https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf
[5] https://read.oecd-ilibrary.org/governance/evaluating-laws-and-regulations_9789264176263-en#page7
[6] https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf

todos no processo sancionador, de modo a orientá-los para uma abordagem mais baseada em risco e em evidências, (OCDE, 2018:13 -23).

Denota-se, portanto, diante de todo o exposto que, embora o processo sancionador e, mais especificamente, a instauração indiscriminada de PADOs, venha sendo considerado o problema central do modelo regulatório da Anatel, ele se constitui em questão fundamental a ser enfrentada, mas não a única. Uma série de outras medidas, igualmente importantes, merecem semelhante atenção e precisam ser adotadas para que Agência avance em seu processo de implementação de um modelo regulatório responsivo.

1.2.2 As possibilidades de enfrentamento do problema referente à instauração indiscriminada da PADOs pela via normativa

É preciso, todavia, retornar ao debate original acerca das proposições normativas para a adequação do processo administrativo sancionador da Anatel às Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos, em especial à Regulação Responsiva.

Isso porque**, a par da relevância das medidas apontadas anteriormente para pavimentar o caminho para o enfrentamento global e estrutural do problema da instauração indiscriminada de PADOs e de ser absolutamente oportuno a condução dessa discussão, não se pode perder de vista, no entanto, a necessidade premente de se apresentarem soluções mais simples e imediatas para a inoperância do atual modelo regulatório da Anatel.**

Ou seja, a urgência de se examinar as possibilidades legais para se levar adiante propostas de alterações normativas que adequem o modelo regulatório da Anatel às teorias jurídicas de regulação baseadas

em incentivos, em especial, à teoria responsiva, se mantém e não há dúvidas de que essas alterações normativas são, não somente necessárias, mas indispensáveis para se prosseguir com o inadiável debate acerca das questões que envolvem o processo administrativo sancionador no âmbito da Agência.

Com efeito, conforme evidenciado à exaustão ao longo dos diversos Relatórios apresentados ao longo deste Projeto de Pesquisa, é inquestionável, inclusive no âmbito da própria Anatel – consoante reiteradamente reconhecido pela Procuradoria Federal junto à Agência, em seu PARECER nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU – o fato de que o modelo regulatório do órgão, em especial o seu procedimento de fiscalização e sanção, encontra-se, ainda, fundamentalmente ancorado no tradicional modelo de comando e controle, estabelecendo uma série de obrigações muitas vezes desnecessárias ou desproporcionais ao atingimento dos fins regulatórios, o que resulta na instauração generalizada e não criteriosa de PADOs para apurar toda sorte de descumprimentos normativos por parte das empresas reguladas, inclusive condutas de baixa repercussão ou potencial ofensivo ao bem jurídico tutelado, gerando uma situação economicamente insustentável e que produz efeitos diminutos na dissuasão de infrações.

A questão, no entanto, que se coloca é: **diante do cenário exposto, quais são, do ponto de vista normativo, as alterações que necessitam ser, de fato, promovidas para se modificar a situação relatada?**

Embora a dúvida pareça simples, trata-se de tema nuclear neste debate, para o qual confluem as mais profundas e complexas reflexões acerca do modelo regulatório responsivo que se pretende adotar no âmbito da Anatel, pois envolve o entendimento que foi sendo robustamente construído e fundamentado pela Procuradoria Jurídica do órgão em torno do suposto poder-dever da autoridade reguladora de, à luz da legislação em vigor, sempre instaurar processos administrativos em face de descumprimento de obrigações.

Assim, **quanto ao conteúdo normativo a demandar revisão, parece-nos que o enfrentamento do problema da utilização indiscriminada do PADO como instrumento regulatório de conformação de condutas passa, necessariamente, pelo debate acerca da possibilidade de o regulador exercer, de forma legítima, sob a égide do atual ordenamento jurídico, alguma espécie de discricionariedade na análise do caso concreto de descumprimento de uma obrigação regulatória para formar o seu juízo de admissibilidade acerca da necessidade de instauração do processo ou se essa abertura do procedimento apuratório constitui obrigação inafastável imposta pela Lei – expressão do dever-poder da Administração de apurar qualquer indício de conduta que viole a norma.**

Definido, portanto, o objeto da questão jurídica aqui analisada, faz-se necessário avaliar, em seguida, as possibilidades e alternativas de endereçamento do problema pela via normativa.

Primeiramente, faz-se mister afastar a necessidade de se propor qualquer alteração no texto constitucional, uma vez que, conforme demonstrado, no Relatório da Meta 6 deste Projeto de Pesquisa, a Constituição Brasileira, ao adotar o paradigma do Estado Democrático de Direito como fundamento, pressupõe que somente modelos regulatórios referenciados na procedimentalização responsiva da atividade regulatória, pautada nos princípios da descentralização e consensualidade, podem ser admitidos no contexto pátrio. **As propostas de alteração do texto constitucional presentes neste Relatório** servem, portanto, ao único fim de complementar a Carta com referências expressas às competências reguladoras, aproveitando-se o ensejo para colmatar **essa lacuna útil, mas não necessária, ao desempenho de competências regulatórias, no ordenamento jurídico brasileiro, eivadas de lógica de incentivos intrínsecos**.

Superado esse ponto, cabe analisar, portanto, se as propostas de alterações normativas a serem elaboradas precisam se dirigir necessariamente à revisão da Lei nº 9.472, de 1997, - Lei Geral de Telecomunicações ou se poderiam restringir-se aos atos infralegais, em especial, àqueles editados pela própria Agência.

1.2.2.1 A posição da Procuradoria Federal junto à ANATEL acerca da necessidade de se alterar a Lei Geral da Telecomunicações para se prever expressamente a possibilidade de a Agência deixar de instaurar PADOs em determinadas circunstâncias

Ao analisar a proposta de Resolução e de Regulamento de Fiscalização Regulatória, a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE/Anatel) manifestou-se por meio do Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 17 de julho de 2020.

Ocorre que, embora tenha concluído, em termos gerais, "pela regularidade formal da proposta de edição de Resolução, objeto do presente processo administrativo, por meio da qual se realizam modificações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, se aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória e se revoga o atual Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012," **a Procuradoria reiterou entendimento, já exarado em outras oportunidades** (Parecer nº 876/2009, Parecer nº 895/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, Parecer nº 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, Parecer nº 173/2015/PFEANATEL/PGF/AGU, Parecer nº 268/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU e Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU), **acerca da impossibilidade jurídica de a Anatel promover medidas, que de alguma forma, segundo compreendem,**

flexibilizem ou relativizem o dever-poder de a Administração sempre instaurar processos administrativos para apurar qualquer espécie de infração normativa por parte dos regulados.

Segundo a tese consolidada pela Procuradoria da Anatel, a Lei nº 9.472, de 1997, ao atribuir à Agência, em seus arts. 82 e 173, a competência para fiscalizar o cumprimento das normas do setor de telecomunicações, bem como aplicar as respectivas sanções administrativas, quando constatar a ocorrência de infrações administrativas, não ofereceria ao regulador qualquer margem de discricionariedade para decidir, no caso concreto, sobre a necessidade, conveniência ou mesmo a prescindibilidade de se instaurar o devido processo apuratório diante de qualquer indício de descumprimento de obrigação regulatória.

Os dispositivos, aos quais se refere a Procuradoria, encerram os seguintes comandos, *verbis*:

> Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.
> [...]
> Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofreqüência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:
> I - advertência;
> II - multa;
> III - suspensão temporária;
> IV - caducidade;
> V - declaração de inidoneidade.

Em relação à interpretação do art. 173 da LGT, a PFE/Anatel entende que estaria expresso o dever da Agência de aplicar sanções administrativas sempre que observar o descumprimento às normas do setor:

> 112. (...) A LGT legitimou a possibilidade de a Anatel exercer seu poder normativo, mediante a edição de normas que prevejam a conduta ou o resultado esperado (o comportamento lícito) das prestadoras, sendo que o descumprimento dessas normas implica, no plano jurídico, o dever de a agência aplicar alguma sanção administrativa para o comportamento, independentemente de ter especificado na regulamentação o comportamento ilícito e a respectiva sanção atribuída a esse dado comportamento.

Quanto ao entendimento a ser deduzido do art. 82 da LGT, alega a Procuradoria que tal comando normativo imporia à Anatel, de forma inafastável, o dever de aplicar sanção de multa, caducidade ou decretação de intervenção quando do descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade.

Em outras palavras, **entende a douta Procuradoria que todo descumprimento de norma do setor de telecomunicações deve ser objeto de apuração, pois se trata, *in casu*, de ato legalmente vinculado, que impõe, de forma automática e cogente, à autoridade reguladora, como única medida juridicamente válida e aceita, o dever de instauração do PADO**, consoante se pode depreender do seguinte excerto do PARECER n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU :

> 131. Com a devida vênia, o raciocínio adotado não considera o texto dos dispositivos legais em que o legislador endereçou a competência punitiva da agência reguladora. 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.
> 132. A configuração da infração tem como elemento central o descumprimento de um dever, o qual é suficiente para que um determinado fato configure uma infração administrativa e, por conseguinte, implique o dever da Anatel de apurar e punir a infração.

133. Aspectos como a dimensão do dano ao serviço e aos usuários, a subsistência desse dano no tempo (o que envolve a regularização da conduta infratora), a gravidade da infração, o histórico do infrator (reincidência e agravantes) não foram elencados pelo legislador como motivos para justificar a não instauração do processo punitivo.

134. Pelo contrário, ao delimitar a competência sancionadora da Anatel o legislador previu que a Agência deve avaliar esses aspectos das infrações, "na aplicação das sanções " (art. 176 da LGT), o que pressupõe, naturalmente, que antes desse momento tenha havido fiscalização, instauração de processo punitivo, apresentação de defesa e de alegações finais. Veja-se o art. 176 da LGT, *in verbis:*

> Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes d-o infrator e a reincidência específica.
>
> Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza após o recebimento de notificação anterior.

135. 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.

[...]

197. De acordo com o art. 173 da LGT, todo descumprimento de norma do setor de telecomunicações deve ser objeto de apuração e, uma vez confirmado o descumprimento após a observância da ampla defesa e do contraditório, deve ser aplicada sanção administrativa para o descumprimento.

[...]

199. Explica-se: para o universo de normas que constam de leis editadas pelo Congresso Nacional e decretos do Presidente da República, a Agência tem o dever de apurar os descumprimentos dessas normas considerando o texto da norma tal como editado pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, conforme o caso.

200. Por exemplo, se há uma obrigação prevista em decreto do Presidente da República para uma prestadora implantar uma determinada infraestrutura até o dia 01/01/2021, se no dia 02/01/2021 não tiver ocorrido a implantação da infraestrutura, houve o descumprimento da norma e surge o dever da Agência de apurar a infração e aplicar a sanção administrativa correspondente.

201. Se a Agência admitisse que a implantação da infraestrutura sessenta ou noventa dias depois da data prevista no decreto possibilitaria a não instauração do processo punitivo, na prática a Agência estaria modificando o prazo de cumprimento de uma política pública de competência do Poder Executivo, ou seja, a Anatel, nesse caso, estaria a atuar além do âmbito de discricionariedade que a LGT conferiu à Agência e estaria invadindo o âmbito de discricionariedade que a LGT dedicou ao Poder Executivo.

202. A Agência não pode, em sua regulamentação infralegal, criar margens de tolerância para descumprimentos de obrigações impostas em políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco criar instrumentos que visem a deixar de exercer sua competência punitiva quanto a descumprimentos dessas obrigações que chegaram a ocorrer e depois foram cessados, o que não a impede, todavia, de criar incentivos à cessação da conduta infratora relacionados à escolha da sanção cabível ou à dosimetria da sanção. Observe-se que a margem de tolerância aqui referida difere de margem de erro de medições, como ocorre em relação às que mediam as distâncias geodésicas entre os TUPs.

Deve-se ressaltar que **a Procuradoria, ao fixar o referido entendimento, afasta, em sua manifestação, inclusive a possibilidade de aplicação do princípio constitucional da eficiência, como argumento hábil a justificar a compatibilização da regra dos arts. 82 e 173 da LGT, por considerar que os dispositivos legais não estão em desconformidade com o preceito constitucional, o qual poderia receber conformações diferentes no ordenamento jurídico, a depender do setor regulado.**

A partir do entendimento firmado, a PFE/ ANATEL sugeriu, então, a exclusão, por vício de legalidade, do art. 45 da minuta de RFR, o qual prevê que "a regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle". Trata-se de dispositivo que foi inserido na proposta a partir de várias contribuições recebidas pela Anatel, durante a Consulta Pública nº 53/2018, com o objetivo de se abrir a possibilidade de arquivamento do processo de acompanhamento, sem aplicação de medidas de controle ao administrado, quando do cumprimento das medidas preventivas e ou reparatórias que lhe foram impostas.

Em acatamento ao entendimento da Procuradoria, a área técnica da Anatel decidiu, por ora, por meio da manifestação constante do INFORME Nº 117/2020/PRRE/SPR, excluir o referido dispositivo da minuta, deixando de promover alterações nas normas que disciplinam a instauração de PADOs.

Constata-se, portanto, que, com base no entendimento jurídico firmado pela Procuradoria da Anatel, em todo e qualquer caso em que se verifique indícios de desconformidade da conduta do regulado, não haveria outra alternativa à Agência, à luz da Lei nº 9.472, de 1997, que não a abertura do respectivo PADO, <u>o que afastaria, por consequência, a possibilidade de se proceder à qualquer revisão infralegal do modelo</u>

regulatório de telecomunicações que envolvesse alterações na sistemática de apuração das desconformidades regulatórias.

Ou seja, **para a Procuradoria da Anatel, qualquer medida que implique na flexibilização ou relativização do dever-poder da Agência de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios requer a prévia modificação da própria LGT.**

Embora não se compartilhe do entendimento firmado pela douta Procuradoria em relação à interpretação das normas que regem a situação, pelos argumentos jurídicos que serão adiante expostos, reconhece-se que, embora o caminho de alteração da Lei se mostre naturalmente mais complexo, demorado e imprevisível, tal estratégia oportunizaria à Anatel a realização de uma reforma mais ampla e profunda do seu processo administrativo sancionador, adotando técnicas e procedimentos mais modernos e efetivos, na linha adotada pela recente e paradigmática reforma empreendida pela Lei n° 13.506/17, nos setores regulados pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários, abordada no tópico seguinte.

Todavia, caso a Anatel opte por trilhar caminho distinto e enfrentar, por meio de ato normativo próprio, a questão aqui delineada, referente à relativização, em determinadas circunstâncias, do dever-poder de instauração de processos apuratórios de descumprimento de obrigações pelos regulados, registra-se que tal estratégia possui amparo constitucional e poderá ser inspirada na experiência exitosa de diversos outros órgãos e agências reguladoras que, após enfrentarem problemas e debates, inclusive jurídicos, idênticos ou muito semelhantes aos vivenciados pela Anatel, decidiram alterar a sistemática de sua atuação, conforme demonstrar-se-á adiante.

1.2.2.2 A experiência do BACEN e da CVM de enfrentamento do problema: alteração da Lei como opção não apenas para se conferir racionalidade à utilização do processo sancionador como instrumento regulatório, mas para se aprimorar o modelo regulatório como um todo

Assim como a Lei Geral de Telecomunicações, a legislação que regia o setor regulado pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Monetários, baseada nas premissas regulatórias desatualizadas do modelo de comando e controle, também privilegiava a instauração de processos sancionadores como método de conformação de comportamentos, sofrendo, com isso, com problemas semelhantes aos enfrentados pela Anatel, como o alto custo regulatório, a falta de coercitividade das medidas impostas, a ineficácia do modelo e o seu desalinhamento com as modernas práticas internacionais.

Assim, para fazer face a essa situação, a Lei nº 13.506/2017 estabeleceu um novo processo administrativo sancionador no âmbito do BACEN e da CVM, atribuindo flexibilidade ao regulador para adotar medidas mais adequadas aos desafios contemporâneos da regulação e estabelecendo parâmetros completamente diferentes para a aplicação de penalidades por esses órgãos, aumentando substancialmente a relevância e cogência do instrumento sancionatório e fortalecendo sobremaneira a atuação supervisora do órgão regulador.

Enquanto a regra anterior determinava apenas que os órgãos conferissem prioridade às infrações de natureza grave, que proporcionassem maior efeito educativo e preventivo aos participantes do mercado, a nova Lei incluiu norma que prevê, expressamente, que o BACEN e CVM poderão deixar de instaurar processo administrativo sancionador no caso de condutas consideradas de pouca relevância, baixa lesão ao bem jurídico tutelado e que comportem outras medidas de supervisão que julguem mais efetivas:

> **Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração** de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente:
> I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;
> II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;
> III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei.
> § 1º A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo.
> § 2º Na hipótese de processo administrativo já instaurado, a suspensão dar-se-á somente em relação ao acusado que firmou o termo de compromisso.
> § 3º A decisão do Banco Central do Brasil sobre a assinatura do termo de compromisso, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno.
> § 4º O Banco Central do Brasil não firmará termo de compromisso nas hipóteses de que trata o art. 4º desta Lei.
> Art. 19. O processo administrativo sancionador será instaurado nos casos em que se verificarem indícios da ocorrência de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.
> § 1º **O Banco Central do Brasil poderá deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência.**
> § 2º A instauração do processo administrativo sancionador ocorrerá por meio de citação.
> § 3º Os atos e os termos processuais poderão ser formalizados, comunicados e transmitidos em meio eletrônico, observado o disposto nesta Lei, em regulamentação editada pelo Banco Central do Brasil e na legislação específica.
> § 4º As pessoas físicas e jurídicas sujeitas ao disposto nesta Lei deverão manter atualizados no Banco Central do Brasil seu endereço, seu telefone e seu endereço eletrônico, e também os de seu procurador, quando houver, e acompanhar o andamento do processo.
> § 5º O Banco Central do Brasil estabelecerá diretrizes, em regulamentação, para a aplicação do disposto no § 1º deste artigo.

Observe-se que, não obstante a Lei tenha autorizado as autoridades a avaliar, em cada caso, a conveniência e oportunidade de se instaurar o devido processo apuratório, os parâmetros normativos fixados limitam a discricionariedade do regulador ao determinar os critérios que podem ensejar a decisão pela não instauração e, expressamente, os princípios a serem observados. É claro que a aplicação de conceitos indeterminados, como o ato de causar dano à

liquidez, à solvência ou à higidez da instituição; contribuir para gerar indisciplina do mercado financeiro; afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do sistema financeiro nacional, envolve, naturalmente, algum grau de discrição por parte do agente público, que examina o caso concreto e aplica o comando normativo. No entanto, em qualquer hipótese, a decisão deverá ser devidamente motivada e sujeitar-se-á ao controle administrativo e judicial quanto a seus motivos determinantes.

Assim, com o advento da referida Lei, BACEN e CVM passaram a dispor de instrumentos alternativos à abertura de processos administrativos sancionadores para infrações de menor potencial lesivo: em busca de maior eficiência administrativa, foi permitido a esses órgãos deixar de instaurar processo administrativo sancionador diante de infração que acarrete baixa lesão ao bem jurídico tutelado para que concentrem esforços e recursos em infrações de maior repercussão para o setor regulador e para a sociedade como um todo, evitando que a punição de condutas inexpressivas seja perseguida por longos períodos com pouca eficiência.

Outro aperfeiçoamento muito relevante na sistemática de fiscalização regulatória do BACEN e CVM, promovido pela Lei nº 13.506/2017, foi a previsão expressa de que os órgãos poderão aplicar as penalidades de advertência, multa, inabilitação e suspensão tanto de forma isolada como cumulativa, questão que era objeto de constantes debates e questionamentos.

A Lei 13.506/2017 previu, também, um novo tipo de penalidade que o BACEN e a CVM poderão aplicar, consistente na proibição de contratar, até o máximo de 5 anos, com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações envolvendo a administração pública direta e indireta.

Alteração também muito benéfica trazida pela Lei 13.506, de 2017, foi a que conferiu maior rigor às multas aplicadas e, consequentemente, maior poder para inibirem a prática de condutas ilícitas. Até então, a multa passível de ser

imposta pelo BACEN era limitada ao valor de R$ 250 mil e passou a contar com os seguintes novos limites: (i) 0,5% da receita de serviços e de produtos financeiros apurada no ano anterior ao da consumação da infração, ou, no caso de ilícito continuado, da consumação da última infração; ou (ii) R$ 2 bilhões, dentre estes o maior. No âmbito da CVM, a multa passa a ser limitada ao maior dentre os seguintes valores: (i) R$ 50 milhões; (ii) o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; (iii) três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito; ou (iv) o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito. Além disso, a possibilidade de triplicar os valores máximos de multa diante de reincidência foi mantida pela nova norma. Ademais, a Lei previu, expressamente que, na aplicação de multa, serão observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a capacidade econômica do infrator e os motivos que justifiquem sua imposição.

Providência fundamental para garantir a executoriedade das decisões do BACEN e da CVM e, por consequência, a efetividade de sua atuação regulatória, foi a nova previsão da possibilidade de que esses órgãos adotem medidas coercitivas e acautelatórias de suas decisões, desde a prestação de informações ou esclarecimentos, até afastamento e impedimento da pessoa investigada, prevendo, inclusive, a aplicação de multa em caso de descumprimento das medidas, que pode ser de até R$ 100 mil por dia de atraso.

A nova Lei em comento também inovou ao prever a possibilidade de celebração de "acordo administrativo em processo de supervisão" com pessoas físicas ou jurídicas que confessem a prática de infração a norma cujo cumprimento caiba ao BACEN ou à CVM fiscalizar, condicionado à efetiva colaboração do infrator para apurar os fatos, comprovar a infração e identificar os demais envolvidos. Trata-se de instituto inspirado no Acordo de Leniência, já previsto na Lei de Defesa de Concorrência e na Lei Anticorrupção e, da mesma forma, poderá resultar na extinção da ação punitiva, ou redução de um terço a dois terços da penalidade aplicável, desde que atendidos os seguintes requisitos: a pessoa

jurídica for a primeira a se qualificar acerca da infração, caso contrário a multa poderá ser reduzida em apenas 1/3; o envolvimento da pessoa na infração cessar completamente; o órgão não dispuser de provas suficientes para condenação dos envolvidos; a pessoa confessar participação no ilícito e cooperar permanentemente com o procedimento, até o seu encerramento.

Registra-se, por oportuno, que o acordo administrativo em processo de supervisão é bastante diferente do instituto do termo de compromisso, já bastante difundido no âmbito da CVM, em especial. O termo de compromisso é um acordo que o BACEN e a CVM poderão firmar com o acusado para extinguir o processo após análise de conveniência e oportunidade e com vistas a atender ao interesse público, e desde que o acusado cesse a prática da atividade considerada irregular e indenize os prejuízos causados. Notadamente, o termo de compromisso não importa em confissão de culpa.

Logo após a edição da Lei nº 13.506/2017, o Banco Central publicou a Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017, detalhando o rito do processo administrativo sancionador e regulamentando a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão previstos na referida Lei.

Destaca-se que a própria definição de processo administrativo sancionador, adotada pela Circular em exame, demonstra o inquestionável caráter instrumental das sanções a ser aplicadas pelo BACEN como mecanismos de apoio à consecução de seus objetivos regulatórios. Sobreleva-se, ainda, a expressa submissão – como, obviamente, não poderia ser diferente – do processo administrativo sancionador aos princípios constitucionais da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência:

> Art. 2º O processo administrativo sancionador, instrumento de supervisão destinado a manter a disciplina, a estabilidade e a regularidade no funcionamento

> do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro, obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.

Além disso, ao regulamentar os critérios que deverão nortear a decisão do regulador pela não instauração de processo administrativo sancionador, quais sejam, a baixa lesão provocada ao bem jurídico tutelado e a efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para dissuasão da reincidência, o ato normativo em apreço define quais são os bens jurídicos especificamente tutelados pela norma, o que constitui medida inovadora e fundamental para o funcionamento exitoso de um modelo regulatório que se pretenda responsivo, já que o objetivo último e maior da regulação é exatamente a proteção dos bens jurídicos que se busca resguardar:

> Art. 3º O Banco Central do Brasil considerará as seguintes diretrizes para deixar de instaurar processo administrativo sancionador:
> I - baixa lesão ao bem jurídico tutelado; e
> II - efetividade e eficiência do instrumento ou da medida de supervisão alternativo utilizado tanto para o saneamento da irregularidade administrativa quanto para dissuasão da reincidência.
> § 1º Constituem bens jurídicos tutelados, para fins desta Circular:
> I - a estabilidade e a solidez do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios e do Sistema de Pagamentos Brasileiro;
> II - o regular funcionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; e
> III - o adequado relacionamento das instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil com clientes e usuários de produtos e de serviços financeiros.
> § 2º O grau de lesão ao bem jurídico tutelado deve ser verificado, no caso concreto, a partir da natureza, do alcance, da gravidade, da relevância, da reiteração da conduta irregular e da reincidência.
> (...)
> Art. 48. Não constituirão causa de extinção da punibilidade:
> I - a correção da irregularidade pelo infrator; ou
> (...)

Após ao advento da Lei nº 13.506/2017, também a CVM editou ato próprio que regulamenta o processo administrativo sancionador na esfera de atuação da autarquia. Trata-se da Instrução CVM n° 607, de 17 de junho de 2019,

a qual é também conhecida como Código de Processo Administrativo Sancionador da CVM.

De saída, vale destacar que a norma da CVM adota claramente o modelo regulatório responsivo, ancorado em abordagem baseada em risco, ao expressamente estabelecer que a autarquia deve priorizar a apuração das infrações consideradas graves, cujas sanções possam proporcionar maior efeito educativo e preventivo para os regulados:

> Art. 3º [...]
> Parágrafo único - Na apuração das infrações, a CVM deverá priorizar aquelas de natureza grave, cuja cominação de penalidade proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado.

Valendo-se de redação um pouco distinta da utilizada pela Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017, do BACEN, a Instrução Normativa da CVM refere-se à fase pré-sancionadora, anterior à própria instauração do processo administrativo sancionador, ao abrir a possibilidade de que a autoridade reguladora deixe de lavrar termo de acusação nos casos em que concluir pela inexistência de irregularidades ou pela pouca relevância da conduta, baixa expressividade da infração e utilização de outros instrumentos de supervisão.

> Art. 4° Considerando as informações obtidas na investigação das infrações administrativas, as superintendências poderão:
> I - deixar de lavrar termo de acusação nos casos em que:
> a) concluir pela inexistência de irregularidades ou pela extinção da punibilidade; ou
> b) restar demonstrada a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da ameaça ou da lesão ao bem jurídico tutelado e a possibilidade de utilização de outros instrumentos ou medidas de supervisão que julgarem mais efetivos;
> II - lavrar termo de acusação, nos termos do art. 6º; ou
> III - propor inquérito administrativo destinado a aprofundar a coleta de elementos adicionais à verificação da autoria e da materialidade da infração, nos temos do art. 8º.

Observe-se, no entanto, que, ao regulamentar os critérios que podem justificar a decisão da autoridade de deixar de lavrar termo de acusação, ao invés de definir quais são especificamente os bens jurídicos tutelados pela norma, a ICVM nº 607/2019 detalha os parâmetros que poderão ser utilizados na avaliação

da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico.

> Art. 4° (...)
> § 1º Na avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico, poderão ser utilizados os seguintes parâmetros, dentre outros:
> I - o grau de reprovabilidade ou da repercussão da conduta;
> II - a expressividade de valores relacionados à conduta;
> III - a expressividade de prejuízos causados a investidores e demais participantes do mercado;
> IV – o impacto da conduta na credibilidade do mercado de capitais;
> V - os antecedentes das pessoas envolvidas;
> VI - a boa-fé das pessoas envolvidas;
> VII - a regularização da suposta infração pelo administrado; e
> VIII - o ressarcimento dos investidores lesados.

Merece destaque, também, o disciplinamento que a norma da CVM traz para as medidas regulatórias de supervisão, prevendo a utilização de instrumentos essencialmente responsivos de orientação e monitoramento preventivo, como expedição de ofício de alerta, a atuação prévia e coordenada de instituição autorreguladora, entre outros.

> § 2º Consideram-se instrumentos e medidas de supervisão, para os fins deste artigo, a expedição de ofício de alerta, a atuação prévia e coordenada de instituição autorreguladora, entre outros.
> § 3º A expedição de ofício de alerta à pessoa natural ou jurídica supervisionada, nos termos do § 2º, deverá indicar claramente o desvio de conduta verificado e assinalar prazo razoável para a devida correção, se aplicável.
> § 4º Somente caberá recurso da decisão contida no inciso I, do caput, se ausente a fundamentação ou caso esteja em desacordo com posicionamento prevalecente no Colegiado.
> § 5º No recurso de que trata o § 4º, incumbe ao recorrente demonstrar expressamente a ausência de fundamentação ou a dissonância em relação ao posicionamento prevalecente do Colegiado.
> § 6º A decisão do Colegiado nas hipóteses de deferimento do recurso previsto no § 4º, não determinará a instauração de processo administrativo sancionador, cabendo à superintendência, em cada caso, a eventual complementação da fundamentação ou revisão das circunstâncias de fato de acordo com o posicionamento prevalecente no Colegiado ou com nova orientação sobre a matéria por ele emitida, nos termos do § 8º do art. 4º.
> § 7º A norma que dispõe sobre o recurso ao Colegiado de decisões proferidas pelos superintendentes da CVM aplica-se aos recursos previstos no § 4º exclusivamente no que diz respeito aos prazos e procedimentos.
> § 8º O Colegiado poderá, de ofício ou a pedido da superintendência, conhecer de tema objeto de recurso sob a forma de consulta, hipótese na qual deverá manifestar-se sobre a matéria.

A Instrução CVM n° 607, de 17 de junho de 2019, também inova ao prever a necessidade de que seja oportunizado ao regulado manifestar-se previamente antes que a acusação de infração seja formulada e o processo sancionador seja instaurado. Apenas após serem prestados os esclarecimentos devidos é que se entende que a autoridade estará apta a firmar o seu juízo de admissibilidade sobre a lavratura da acusação, dispondo dos elementos necessários acerca da autoria e da materialidade:

> Seção II – Termo de Acusação
> Subseção I – Manifestação Prévia do Investigado
> Art. 5º Previamente à formulação da acusação, as superintendências deverão diligenciar no sentido de obter diretamente do investigado esclarecimentos sobre os fatos que podem ser a ele imputados.
> Parágrafo único. Considera-se atendido o disposto no caput sempre que o investigado:
> I - tenha prestado depoimento pessoal ou se manifestado voluntariamente acerca dos fatos que podem ser a ele imputados; ou
> II - tenha sido oficiado para prestar esclarecimentos sobre os fatos que podem ser a ele imputados, ainda que não o faça.
> Subseção II – Requisitos
> Art. 6º Nas hipóteses em que a superintendência considerar que dispõe de elementos conclusivos quanto à autoria e à materialidade da irregularidade constatada, deverá ser lavrado termo de acusação do qual constará:
> I - nome e qualificação dos acusados;
> II - narrativa dos fatos investigados que demonstre a materialidade das infrações apuradas;
> III - análise de autoria das infrações apuradas, contendo a individualização da conduta dos acusados, fazendo-se remissão expressa às provas que demonstrem sua participação nas infrações apuradas;
> IV - descrição dos esclarecimentos prestados nos termos do art. 5º; V – os dispositivos legais ou regulamentares infringidos;
> VI - rito a ser observado no processo administrativo sancionador; e VII – proposta de comunicação a que se refere o art. 13, se for o caso.
> (...)
> Art. 8º Compete às superintendências apresentar proposta de instauração de inquérito administrativo, dirigida à Superintendência Geral, que poderá:
> I - aprovar a instauração de inquérito administrativo para apurar os indícios de infração às normas do mercado de valores mobiliários; ou
> II - devolver o processo administrativo às superintendências, quando entender não haver justa causa para a instauração do inquérito.
> Parágrafo único. Considera-se instaurado o inquérito administrativo na data da Portaria do Superintendente Geral que dispuser sobre sua instauração

Em relação à classificação das infrações administrativas, a IN da CVM as divide em cinco grupos, cujo valor máximo da pena-base pecuniária varia entre

R$ 300 mil (Grupo I), R$ 600 mil (Grupo II) R$ 3 milhões (Grupo III), R$ 10 milhões (Grupo IV) e R$ 20 milhões (Grupo V), de acordo com o tipo de infração. A minuta também estabelece um sistema de agravantes e atenuantes, sendo que cada fator atenuante reduz entre 10% e 20% a pena, enquanto cada critério agravante pode aumentá-la entre 10% e 20%.

Por fim cabe ressaltar que, embora o analisado novo marco normativo do processo sancionador do BACEN e da CVM possa ser considerado paradigmático e um divisor de águas nessa temática, a adoção de práticas regulatórias responsivas não é uma total novidade no âmbito dessas entidades. Nesse sentido, vale mencionar a experiência da CVM, a qual, há anos, por exemplo, mantém a prática de, anualmente, emitir um Ofício Circular de orientação às companhias sobre os principais procedimentos a serem observados no envio de informações ao órgão regulador, bem como de divulgação de entendimentos e interpretações da CVM referentes a aspectos relevantes da legislação e regulamentação societária que devem ser considerados pelas companhias abertas.

Conclui-se, portanto, que caso a Anatel opte, na linha do entendimento jurídico firmado pela Procuradoria da Agência, por prosseguir com a estratégia de alterar a Lei nº 9.472, de 1997, eventual projeto de alteração normativa poderá contemplar diversos aspectos que demandam aprimoramento no processo regulador da Agência, aproveitando-se, conforme a experiência do BACEN e da CVM, para se proceder a ampla e profunda revisão do marco regulatório como um todo.

1.3 A desnecessidade de se alterar a Lei para se resolver a questão da suposta obrigatoriedade de instauração indiscriminada de PADOs

Dando continuidade à linha argumentativa até aqui delineada, percebe-se que a opção da Anatel de propor ao legislador a alteração da Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472, de 1997, pode se revelar uma alternativa interessante e juridicamente necessária, caso a intenção da Agência seja promover, não só alterações em seu processo administrativo sancionador, mas, também, rever outros importantes elementos que compõem a engrenagem regulatória e que podem impactar o seu funcionamento, de forma tão ou mais significativa que o processo sancionador em si, como o estabelecimento dos tipos de sanções, valores de multas, mecanismos acautelatórios e medidas que gozem de autoexecutoridade.

Todavia, considerando a urgência de a Anatel enfrentar, especificamente, a questão da instauração generalizada e não criteriosa de PADOs, considerada um dos problemas centrais do insucesso do modelo regulatório da Agência, deve-se ter em mente que a resolução dessa situação pode prescindir de alteração da LGT, conforme argumentar-se-á neste capítulo, requerendo-se, simplesmente, a correta intepretação das normas já postas.

Com efeito, consoante relatado, ao fixar o entendimento no sentido de que qualquer medida que implique a flexibilização ou relativização do dever-poder da Anatel de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios requer a prévia modificação da LGT – sob o argumento de que os arts. 82 e 173 não ofereceriam margem de discricionariedade ao regulador para decidir pela não abertura do PADO, a PFE/Anatel afastou a possibilidade de se proceder a qualquer revisão infralegal do modelo regulatório de telecomunicações que envolva alterações na sistemática de apuração das desconformidades regulatórias.

Ocorre que tal interpretação, como se verá, não se mostra juridicamente adequada uma vez que esse dever-poder de apuração não se impõe de modo absoluto, tampouco pode ser desarrazoadamente levado ao extremo para obrigar a Administração a apurar toda sorte de descumprimentos normativos por parte das empresas reguladas.

Os dispositivos, aos quais se refere a Procuradoria, encerram os seguintes comandos, *verbis*:

> Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.
> [...]
> Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofreqüência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:
> I - advertência;
> II - multa;
> III - suspensão temporária;
> IV - caducidade;
> V - declaração de inidoneidade.

Veja que nenhum dos artigos mencionados dispõem sobre o dever de instauração de processos apuratórios e sancionatórios, em quaisquer circunstâncias, por parte da autoridade reguladora. Ambos se valem de redações que utilizam o verbo no futuro simples para expressar a consequência que pode advir de sua aplicação após a necessária análise acurada do caso pela Administração, que fundamentará a formação do seu juízo de admissibilidade acerca da justa causa para instauração ou não do processo. O verbo ensejar remete à noção de possibilitar, oportunizar, propiciar, justificar a adoção de determinada medida. Já o verbo sujeitar diz respeito à condição de se estar sujeito a determinada imposição alheia; é a possiblidade de ter que se submeter, se dobrar à pena ou castigo infligidos. Ou seja, tais comandos normativos não impelem a abertura automática, instantânea e irrefletida de processos para apuração de qualquer descumprimento de obrigações ou prática de qualquer tipo de infração.

É dizer: o descumprimento de obrigações pode ensejar a aplicação de sanções e a prática da infração pode sujeitar os infratores à aplicação de sanções se, e tão-somente se, a autoridade competente, com base nas regras e princípios que informam o Direito Administrativo, concluir pela necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da abertura do PADO.

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

Pelo contrário, por se entender que a exegese das normas não deve admitir o absurdo, tampouco pode produzir situações ilógicas e incongruentes, bem com que interpretar e aplicar o Direito implica em conferir-lhe eficácia, demonstrar-se-á, aqui, que a utilização indiscriminada e não criteriosa do PADO como instrumento regulatório de conformação de condutas não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e que deve ser assegurada a necessária discricionariedade ao regulador para que, motivadamente, de modo legítimo, técnico, responsável e responsível, forme seu juízo de admissibilidade e decida, face à análise de um caso concreto de descumprimento de obrigação regulatória, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo apuratório.

1.3.1 O princípio da juridicidade como expressão da força normativa da Constituição e o já repisado debate sobre a

inadequação do princípio da legalidade estrita ao paradigma do Estado Democrático de Direito

De acordo com o que se pode depreender acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Federal, junto à Anatel, sobre o hipotético dever-poder do regulador de sempre instaurar processos para apurar indícios de violações normativas, um dos principais fundamentos dessa interpretação estaria na ausência de previsão expressa na LGT de comando que, literalmente, autorize a Agência a deixar de instaurar processos em determinadas circunstâncias, como o fez, por exemplo, a Lei nº 13.506/2017, ao dispor, de modo categórico, em seu artigo 11, sobre a possibilidade do BACEN e da CVM, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração ou descumprimento das normas legais e regulamentares cujo cumprimento cabe a tais entidades fiscalizar.

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

Com efeito, essa visão clássica do princípio da legalidade, que teve papel decisivo na formação histórica do chamado regime jurídico-administrativo ao conter o arbítrio estatal e submetê-lo ao império da lei, contribuindo para a construção e sedimentação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público, foi sendo lapidada ao longo do século XX e, hodiernamente, é majoritário o entendimento de que a atuação estatal não se sujeita ou se adstringe à legalidade estrita, mas

deve se guiar pela consecução da finalidade legal expressa nos princípios e valores insculpidos no sistema jurídico (BINENBOJM, 2014).

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

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

> A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Não há disciplina jurídica sobre a qual o fenômeno da crise da lei não haja espraiado seus efeitos. Inobstante, cuidar-se-á aqui, com especial ênfase e de modo específico, das repercussões da crise da lei sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma vinculação positiva à lei, bem como de suas transformações sob a égide do Estado democrático de Direito (BINENBOJM, 2014, p. 131-132).

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

Por isso, com a reconhecida supremacia formal e ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, fala-se agora em constitucionalização do Direito Administrativo e em substituição do princípio da

legalidade pelo princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo, evoluindo-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas à Constituição como norma jurídica. Desse modo, a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente e conforme com o complexo sistema de princípios e regras delineado na Constituição (BARROSO, 2005; BINENBOJM, 2014).

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

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

A consignação de tal entendimento faz-se importante para refutar argumentos contrários à possibilidade de que o regulador legitimamente exerça a função reguladora, de forma responsiva e inteligente, valendo-se dos diferentes instrumentos e técnicas regulatórias postas à sua disposição e não somente da

ameaça da sanção para obter a conformação do comportamento dos regulados. Para tanto, obviamente, deve ser conferida a imprescindível – e controlável – margem de discricionariedade para que a autoridade possa decidir, em cada caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração de processos administrativos apuratórios.

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

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

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

Primeiramente, é mister destacar que é majoritário o entendimento acerca da unicidade do *jus puniendi* do Estado, ou seja, de que o poder punitivo estatal é um só (JUSTEN FILHO, 2012). Isso significa que, a despeito da independência e autonomia entre as esferas do Direito, em especial a esfera penal e a administrativa sancionadora, cada qual com regramentos próprios e consentâneos às suas particularidades, é crescente a convergência e comunicabilidade na aplicação de princípios processuais constitucionais que protegem os direitos e garantias dos indivíduos e da sociedade em relação ao poder sancionador do Estado, exatamente por se considerar que se tratam ambas de vertentes do mesmo poder punitivo estatal, que é uno (MELLO, 2007).

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

Sob esse fundamento, reconhece-se, hoje, a existência de "núcleos estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito" (BINENBOJM, 2017, p. 621) e a consequente obrigatoriedade de aplicação dos princípios processuais, previstos na Constituição e tradicionalmente utilizados como balizas na aplicação do direito penal, também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Ou seja, como as sanções administrativas apresentam configuração muito semelhante às de natureza penal, elas devem se

sujeitar a regime jurídico que ofereça garantias idênticas, ou ao menos similares, de proteção aos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2012).

Nessa esteira, além das cláusulas constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da tipicidade decorrente do princípio da legalidade, dos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade, também devem nortear a aplicação do direito administrativo sancionador os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena (art. 5°, XLV); o princípio da individualização da sanção (art. 5°, XLVI) e os princípios da justa causa, da razoabilidade e da proporcionalidade (arts. 1 ° e 5º, LIV). Ressalte-se que, embora alguns dos dispositivos constitucionais, que dispõem sobre tais direitos e garantias fundamentais, façam referência a expressões próprias do direito penal (crime, pena, lei penal), o entendimento majoritário é o de que isso não impede a sua aplicação ao processo administrativo sancionador. Ao contrário, constituindo-se corolários do Estado de Direito, esses princípios seriam aplicados ainda que não estivessem expressamente previstos no texto constitucional (MELLO, 2007).

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

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

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

Considerado um dos mais relevantes princípios do Direito Penal moderno, o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da

bagatela, teve a sua conceituação formulada na década de 70, a partir das ideias preconizadas pelo doutrinador alemão Claus Roxin, que defendia ser imperativa a existência de uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e o rigor e drasticidade da intervenção estatal apresentada como resposta. Para o autor, há condutas que, embora se amoldem a determinado tipo penal (tipicidade formal), não apresentam nenhuma relevância material porque não foram capazes de causar expressiva lesão a um bem jurídico (tipicidade material), não devendo, portanto, ser juridicamente consideradas. Ou seja, nas situações em que há ínfima lesão ou ofensa ao bem jurídico tutelado, ocorre o afastamento da tipicidade material da conduta, excluindo-se do próprio âmbito de incidência da lei os atos ilícitos cujos resultados provocados são considerados insignificantes ou como bagatela (BITENCOURT, 2014).

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

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

Vale ressaltar que, apesar de não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da insignificância possui sólida e pacífica aceitação jurisprudencial e doutrinária e tem sido largamente utilizado como importante ferramenta na interpretação e aplicação do Direito, principalmente a partir do estabelecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no célebre julgamento do HC n° 84.412 de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, das seguintes balizas que devem nortear, na prática, a aplicação do princípio e, por consequência, a exclusão da tipicidade material da conduta: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (PRADO, 2011).

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

> O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e substituição da pena ou não sua não aplicação. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (Http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491)

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

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

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

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

Nesse sentido, identificar qual o bem jurídico especificamente tutelado por uma norma nem sempre se constitui tarefa simples, especialmente porque,

muitas vezes, se requer, para tanto, que se conheça o valor e relevância atribuídos pela sociedade ao bem protegido, os quais orientaram a definição da política dissuasória estabelecida pelo legislador.

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

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

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

O que o princípio da justa causa impõe é que esse juízo de valor, efetuado pela autoridade competente para a tomada de decisão acerca da instauração do processo, mesmo que realizado de forma perfunctória ou em cognição sumária, seja fundamentado em elementos concretos que contenham efetivos indícios de autoria e materialidade da conduta a ser apurada e eventualmente punida. Há que existir, portanto, plausibilidade mínima a

justificar a abertura do procedimento, sob pena de se configurar o excessivo, desproporcional e irrazoável o uso do exercício do poder sancionador.

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

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

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

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

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

> a medida aflitiva imposta ao particular, voltada a prevenir novas infrações, só é adequada se for capaz de efetivamente estimular o infrator a adotar comportamento diverso no futuro. E, para tanto, é imprescindível que o administrado tenha praticado a conduta típica de modo consciente e voluntário (dolo) ou ao menos tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência (culpa em sentido estrito).

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

1.3.3 Os princípios da insignificância e da justa causa aplicados ao Direito Administrativo Sancionador: o dever-poder da Administração instaurar processos apuratórios *versus* o dever-poder da Administração

proceder ao adequado juízo de admissibilidade acerca da necessidade e conveniência da instauração

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

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

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

Importante sublinhar que a função expressa no dever-poder da Administração não lhe concede autonomia para atuar livremente. Ao contrário, a prática administrativa sujeita-se a um conjunto de deveres jurídicos que a limita e a conforma, os quais podem ser compreendidos sob duas perspectivas: a

Administração é obrigada a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ela confiado e, ao mesmo tempo, está proibida de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização do encargo que lhe cabe (JUSTEN FILHO, 2012).

Para garantir o controle do exercício dessa função e se evitarem abusos na utilização das prerrogativas dela decorrentes, o sistema jurídico possui mecanismos próprios que, ao disciplinar a interpretação e aplicação das normas, orientam a prática do ato administrativo e possibilitam a sua verificação por terceiros. Trata-se de critérios e técnicas hermenêuticas que contemplam diretrizes acerca da proporcionalidade e razoabilidade da ação administrativa e, principalmente, buscam preservar a sistematicidade do ordenamento jurídico, de modo que a atuação da Administração Pública se mostre consentânea à Constituição (JUSTEN FILHO, 2012).

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

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

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

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

Sob essa perspectiva que, conforme se viu, é a adotada pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, a Administração não teria a opção de decidir, motivadamente, no caso concreto, acerca da necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de abrir procedimento de apuração de conduta contrária à legislação, pois o dever-poder supostamente se aplicaria de modo automático e inflexível, impingindo a obrigatoriedade da instauração do processo apuratório e sancionatório.

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

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

conveniência e oportunidade de se proceder à instauração do processo (PINHO, 2011).

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

Ao formar o seu juízo de admissibilidade acerca da instauração de um processo, exercendo não o seu dever-poder apuratório, mas o seu dever-poder de, motivadamente, decidir sobre a necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de apurar determinado descumprimento de regra, a Administração deve se pautar, como dito, pelos princípios constitucionais que fundamentam os direitos e garantias constitucionais, entres eles, especialmente, os princípios da insignificância e da justa causa.

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

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

> (...) A autoridade instauradora, quando do juízo de admissibilidade, verificará a pertinência subjetiva e objetiva para determinar a instauração do processo.
> (...) a Administração não deve reagir imediatamente com a instauração de processos disciplinares formais. Faz-se necessário, de início, avaliar a pertinência da notícia veiculada sob o manto do anonimato, averiguando a existência de

indicativos mínimos de razoabilidade. A tal procedimento dá-se o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.
(...)
Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável.

Feito isso, ou seja, constatada a existência de indícios de verossimilhança da denúncia, o passo seguinte da autoridade é determinar a instauração de uma investigação preliminar, de caráter sigiloso, informal, a fim de recolher sinalizadores (provas de materialidade e autoria) aptos a respaldar o administrador público quanto à instauração de sindicância, de processo administrativo disciplinar ou mesmo de arquivamento da denúncia.
Essa providência prévia, sumária ou também denominada preparatória, deve ser a primeira reação da autoridade no momento em que se deparar com notícia de um ilícito funcional. Ela é informal e dispensa comissão, sendo que qualquer servidor poderá ser designado para realizar os atos de instrução voltados ao recolhimento dos subsídios necessários à ulterior tomada de decisão pela Administração (arquivamento da denúncia, instauração de outro instrumento investigativo, a exemplo da sindicância investigativa, ou mesmo a instauração de processo disciplinar formal – sindicância acusatória/punitiva ou PAD).
(...) o primeiro requisito da infração disciplinar é que a conduta seja típica, conjugadas as tipicidades objetiva e subjetiva. Portanto, a ausência tanto do dolo quanto da culpa afasta toda a tipicidade da conduta, que então não deverá ser considerada uma infração disciplinar.
Seria possível adaptar este princípio ao Direito Disciplinar, abarcando aquelas condutas que à primeira vista seriam enquadráveis legalmente, mas que devido ao ínfimo potencial ofensivo, não são capazes de afetar o interesse público tutelado.
Contudo, como ele não consta expressamente reconhecido no ordenamento jurídico administrativo, pode também ser considerado uma decorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
Por fim, vale relembrar a importância do princípio da insignificância no momento do juízo de admissibilidade para eventual instauração de procedimento disciplinar. Isto porque, conforme descrito no item 7.3, a Administração Pública dispõe do "Termo Circunstanciado Administrativo" como forma de evitar a abertura de apuratórios cuja ofensa enseje tão-somente a devolução de pequenos valores, em condutas culposas.
Com o amadurecimento do instituto no campo penal, foi natural que o tempo fizesse surgir o debate sobre sua aplicação noutras searas de responsabilização, notadamente na de improbidade.
(...)
Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1), para que só então possa ser tomada a decisão adequada: cumprir o disposto no citado parágrafo único do art. 144, arquivando a denúncia ou representação inepta; ou cumprir o disposto no referido art. 143, quando esse estabelece a utilização da sindicância acusatória/punitiva ou do processo administrativo disciplinar para a apuração dos fatos.
A essa análise prévia da notícia de irregularidade exigida de forma indireta pela Lei nº 8.112/90, e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo de admissibilidade, conceituado pela IN CGU nº 14/2018 da seguinte forma:

> Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade com- petente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedi- mento correcional, conforme previsto nos arts. 5° e 6° desta Instrução Normativa.
> Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correcional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.
> A doutrina aborda o tema da seguinte maneira:
> No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.30
> Nas hipóteses de mera suspeita da prática de delito penal ou infração disciplinar, a Administração Pública – com esteio nos princípios publicísticos da autotutela, do poder-dever e da indisponibilidade do interesse público – deverá aprofundar o desvendamento de tais suspeitas por meio de acauteladoras investigações preliminares, de cunho meramente in- quisitorial.
> (...)
> Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

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

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

procedimentos disciplinares simplificados ou pelo simples ressarcimento do dano causado.

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

Nesse contexto, é preciso desmitificar a concepção ultrapassada de que há um dever-poder da Administração a impor a instauração automática e irrefletida de processos em face de quaisquer descumprimentos de normas ou obrigações. Essa visão parece confundir, na verdade, a noção de processo administrativo – como relação jurídica formalmente instaurada para apurar indícios de cometimento de infração, a qual deve, por meio de iter próprio, garantir o contraditório, a ampla defesa e a participação do interessado na decisão administrativa que impacta a sua esfera jurídica –, com a noção de procedimentalização da atuação administrativa, que informa todas as atividades estatais.

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

> "Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização — e, exatamente por isso, pode ser resolvido rapidamente – ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a

> motivação racional para a aplicação da sanção. Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo – incluindo a violação legal calculada –, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de compliance e governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas razões para se afastar a sanção, ainda que por meio de uma solução negociada, tal como já se ressaltou anteriormente."

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

1.3.4 A necessária observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na decisão acerca da instauração de processos administrativos sancionadores

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

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

Note-se que, embora tais princípios não se encontrem expressamente previstos no texto constitucional, é assente na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que eles constituem pilares do paradigma de Estado Democrático de Direito e, como tal, necessariamente orientam e conformam o raciocínio ponderativo que funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura que deve estar objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional (MEDAUAR, 2018).

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

Isso significa que, se por um lado, o agente público não dispõe de ilimitada liberdade para decidir, sequer quando edita atos de natureza discricionária, já que detém sempre a competência para realizar a finalidade legal, buscando satisfazer da melhor forma o interesse público em jogo, por outro lado, o agente público também deverá ter em conta a aplicação do princípio da juridicidade – e, consequentemente, dos princípios que dele emergem, como a proporcionalidade e razoabilidade – quando estiver diante de norma que aparente e supostamente possua natureza vinculada. É dizer, mesmo os comandos normativos que, teoricamente, expressam obrigação de caráter cogente, não

devem ser aplicados de modo autômato, mas submetidos a interpretação cujo raciocínio garanta o exercício da necessária ponderação entre os princípios, regras e finalidades que compõem o regime jurídico administrativo:

> mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação é considerada, hodiernamente, um verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios embasadores do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública (BINENBOJM, 2014, p. 98).

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

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

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

> São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-

> se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado) , necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). Essa posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em decisão proferida no RE 374.981-RS (Informativo n. 381 STF), de relatoria do Ministro Celso de Mello:
> " (...) o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais." (BINENBOJM, 2014, p. 100)

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

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

> "Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
> Parágrafo Único – Nos processos Administrativos serão observados, entre outros os critérios de:
> (...)
> IV – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público."

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

Posto isso e passando-se à analise do princípio da eficiência, que também deve atuar como critério balizador e legitimador das decisões administrativas, registra-se, preliminarmente, que, ao contrário dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que emanam de modo implícito da Constituição, o princípio da eficiência possui previsão expressa no texto constitucional e, como se sabe, tal princípio, inserto pela Emenda Constitucional 19/1998, visa a garantir o custo-benefício da ação administrativa, evitando-se desperdícios e gastos desnecessários ou inúteis.

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

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

Veja-se, por exemplo, a experiência da atuação sancionatória do Estado na esfera tributária. Após diagnosticar o custo processual elevado envolvido na

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

Observe-se que tal postura assumida pela Administração gerou reflexos e impactos também no âmbito criminal, pois passou-se a considerar, consoante posição pacificada inclusive pelo STF que, se o ente público entende não valer a pena executar débitos fiscais inferiores R$ 10.000,00, com muito mais razão a conduta referente ao ilícito fiscal mostra-se irrelevante para fins penais, devendo-se reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e a descaracterização da tipicidade material:

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

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

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

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

Desse modo, tendo em vista tudo quanto arguido e demonstrado neste tópico, parece não restar dúvidas acerca da absoluta desnecessidade de se alterar a Lei Geral de Telecomunicações – LGT para que se possa autorizar juridicamente a Anatel a deixar de instaurar PADOs em determinadas situações em que, **à luz de princípios constitucionais que regem o exercício do *jus puniendi* do Estado, em especial, os princípios da insignificância, da justa causa, da**

proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, ao invés de se falar em dever-poder obrigatório de se instaurar processos apuratórios e sancionatórios, deve-se proceder à adequada interpretação e aplicação do Direito e verificar, em sede do necessário e ponderado juízo de admissibilidade do regulador, se a instauração do processo *per si* se mostra consentânea com a finalidade perseguida pela norma regulatória.

SÍNTESE Princípios de atuação regulatória sancionadora			
O princípio da unicidade do jus puniendi estatal impõe a comunicação entre os princípios do direito penal e do direito administrativo sancionador	O princípio da juridicidade afasta a noção simplista do automatismo processual, como também da irrefletida e mecânica aplicação cartesiana das normas, sob pena de a Administração Pública negar respeito aos princípios constitucionais que a regem, em especial os princípios da proporcionalidade, eficiência e finalidade na consecução do interesse público.	Aplicam-se à atividade regulatória sancionadora os princípios da insignificância, justa causa, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência.	À luz dos princípios regentes do Direito Administrativo Sancionador, o regulador, não somente pode, como deve ponderar a aplicação de sanção com a demonstração de sua utilidade em alcançar a finalidade regulatória de conformidade do comportamento regulado.

Tabela 1 – Síntese: Princípios de atuação regulatória sancionadora

1.4 A experiência dos órgãos de controle de relativização do dever-poder da Administração instaurar indiscriminadamente processos apuratórios e sancionatórios

Conforme demonstrado no item 1.3, o endereçamento da questão acerca do suposto dever-poder de a ANATEL obrigatoriamente instaurar, em regra, processos administrativos de apuração de descumprimento via PADOs não requer a alteração da Lei Geral de Telecomunicações. Essa se mostra desnecessária porque a solução para o enfrentamento do problema pode ser construída com base nas normas já postas, as quais carecem, apenas, de que lhes seja atribuída interpretação jurídica alinhada ao entendimento existente em diversos setores e nos próprios órgãos de controle.

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

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

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

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

Não sem razão, diante desse contexto, **a apropriada relativização e pertinente flexibilização do dever-poder da Administração têm sido adotadas pela CGU e pelo TCU** na condução de suas atividades de auditoria e correição, como demonstrar-se-á a seguir. Tal atitude, a par de orientar-se pelos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência administrativa, alinha-se, ademais, à festejada teoria da abordagem baseada em risco que, hodiernamente, referencia as mais modernas visões acerca do controle e da fiscalização, as quais buscam, como forma de racionalização dos custos e

maximização dos recursos, inclusive humanos, imprimir inteligência analítica baseada em dados e evidências na definição das prioridades e estratégias de atuação das entidades de controle para que possam dedicar-se aos setores e atividades mais suscetíveis a risco e de maior impacto social.

1.4.1 A experiência da CGU

1.4.1.1 O entendimento e orientação da CGU na esfera correcional

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

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

> Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.
> Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.
> Parágrafo único. Quando o fato narrado não configura evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.

Como se viu, o juízo de admissibilidade deve ser efetuado pela autoridade competente com base nos critérios de tipicidade formal e material da conduta, sendo que, em relação a essa última, deve-se perquirir sobre a justa

causa para instauração do processo, consubstanciada na relevância da ação praticada, bem como no impacto e lesividade provocados ao bem jurídico tutelado, conforme avaliação realizada sob o crivo da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência. Ou seja, a decisão em sede de juízo de admissibilidade deve basear-se na necessidade, utilidade, oportunidade e conveniência da instauração do processo.

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

> **Não se pode, todavia, confundir obrigatoriedade de apuração imediata com apuração precipitada**. É verídico que, em boa parte das vezes, a notícia da prática de determinada irregularidade não se apresenta revestida de exposição detalhada do fato supostamente ilegal, bem ainda da indicação dos possíveis autores. Nesse caso, deve a autoridade promover, de pronto, uma investigação prévia do fato, por meio da qual se buscará maiores elementos.
> Como já asseverado, a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontram requisitos mínimos de plausibilidade.
> Agora, no caso de a notícia conter os elementos mínimos, a autoridade competente deverá determinar a sua averiguação, não se precipitando, porém, em instaurar, desde logo, a sindicância ou o processo administrativo disciplinar previstos na Lei nº 8.112/90, instrumentos com maior rigor formal, que somente serão utilizados quando houver indícios concretos de materialidade e de autoria.
> Na busca dessas informações tidas como essenciais, é recomendável que a autoridade determine a realização de procedimento disciplinar investigativo, medida inquisitorial, desprovida de maiores rigores formais, cujo objetivo primordial é respaldar o administrador público quanto à instauração de processo disciplinar contraditório (sindicância acusatória/punitiva ou PAD).

> Nesse sentido, tem-se que a reação mais adequada diante da notícia da ocorrência de irregularidade – onde ainda não se tenha os elementos indispensáveis para a instauração de uma apuração rigorosa, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, é a instauração de um procedimento disciplinar de cunho meramente investigativo, de caráter sigiloso, a fim de levantar as informações que servirão como suporte para uma legítima instauração de processo disciplinar.
> Ao agir dessa forma, terá a autoridade atuado em perfeita harmonia com os princípios reitores da atividade administrativa, a exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, não se quedando inerte frente à notícia de suposta irregularidade.
> Isto posto, é dizer que, a menos que se tenha elementos plausíveis demonstrando a existência de materialidade e autoria, não deve a autoridade recorrer imediatamente ao processo disciplinar contraditório, ou seja, aquele com rito previsto na Lei nº 8.112/90. Antes, é preciso avaliar a pertinência da notícia do ilícito funcional, verificar se existem indicativos mínimos de razoabilidade. Não existindo, far-se-á necessário proceder a uma investigação que seja capaz de fornecer os indícios elementares, a partir dos quais será possível a instauração de processo disciplinar (CGU, 2019, p. 44).

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

> Servidor público. Pena. Demissão. Penalidade aplicada ao cabo de processo administrativo regular. Suposto cerceamento da ampla defesa e do contraditório na sindicância. Irrelevância teórica. Procedimento preparatório inquisitivo e unilateral. Não ocorrência, ademais. Servidor ouvido em condição diversa da testemunhal. Nulidade processual inexistente. Mandado de Segurança denegado. Interpretação dos arts. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 e 159, caput e § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validez, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.791. Relator: Ministro Cezar Peluzo, julgado em 13/11/2003, publicado em 19/12/2003)

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

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

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

> Art. 3º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correcionais.
> Parágrafo único. A atividade de correição utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.
> Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:
> I - investigação preliminar: procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar;
> II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;
> III - sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal;
> IV - processo administrativo disciplinar: instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido;
> V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades;
> VI - inspeção: procedimento administrativo destinado a obter diretamente informações e documentos, bem como verificar o cumprimento de recomendações ou determinações de instauração de sindicância, inclusive patrimonial, e processos administrativos disciplinares, a fim de aferir a regularidade, a eficiência e a eficácia dos trabalhos.

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

A Portaria CGU nº 335, de 30 de maio, de 2006, vigorou até a edição da Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018, a qual, procedendo à nova regulamentação da matéria, estabeleceu, pela primeira vez, os objetivos que devem guiar a condução de tal atividade:

> Art. 2º A atividade correcional tem como objetivos:
> I - dissuadir e prevenir a prática de irregularidades administrativas;
> II - responsabilizar servidores e empregados públicos que cometam ilícitos disciplinares e entes privados que pratiquem atos lesivos contra a Administração Pública;
> III - zelar pela eficiência, eficácia e efetividade das apurações correcionais;
> IV - contribuir para o fortalecimento da integridade pública; e
> V - promover a ética e a transparência na relação público-privada.
> Art. 3º A atividade correcional deve ser desenvolvida preferencialmente por unidade constituída para este fim, a qual possua atribuição para:
> I - realizar juízo de admissibilidade;
> II - instaurar, acompanhar e supervisionar procedimentos correcionais;
> III - analisar relatórios finais para subsídio técnico da autoridade julgadora, quando couber;
> IV - realizar interlocução com órgãos de controle e investigação;
> V - gerir informações correcionais;
> VI - capacitar e orientar tecnicamente os membros de comissão; e VII - apoiar a identificação de riscos e vulnerabilidades à integridade.

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

da instauração do processo disciplinar é prevista como etapa que deve integrar necessariamente o ciclo da atividade correcional.

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

> Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correcional, conforme previsto nos arts. 5° e 6° desta Instrução Normativa.
> Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correcional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.
> Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.
> § 1º Para subsidiar o juízo de admissibilidade, a unidade de correição ou autoridade competente poderá se valer dos meios de prova de que trata o Capítulo II, do Título II, desta Instrução Normativa.
> § 2º A denúncia ou representação que não contiver os indícios mínimos que possibilitem sua apuração será motivadamente arquivada.
> § 3º A autoridade competente pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento correcional, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração.
> [...]
> Art. 11. Presentes indícios de autoria e materialidade, será determinada a instauração de procedimento correcional acusatório, sendo prescindível a existência de procedimento investigativo prévio.

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

> Observa-se, portanto, que, no juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, **a fim de se evitar a instauração de processos desnecessários, cujo problema pode ser mais facilmente resolvido por meio de outros meios**.
> Nesse ponto específico, caberá à autoridade competente ponderar, caso a caso, a utilidade (efeito pedagógico para os demais servidores, bem como eventuais repercussões cíveis ou penais, por exemplo) e a importância de se decidir pela instauração ou não do procedimento disciplinar para apurar irregularidade

> funcional já fulminada pela prescrição, ou seja, aquela que a Administração não pode mais punir o seu autor em razão do término do prazo legal estabelecido para tanto.
> (...)
> Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, **sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade**.

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

> Art. 4º Os procedimentos correcionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.
> Art. 5º São procedimentos correcionais investigativos:
> I - a investigação preliminar (IP);
> II - a sindicância investigativa (SINVE); e
> III - a sindicância patrimonial (SINPA).
> Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.
> Art. 6° São procedimentos correcionais acusatórios:
> I - a sindicância acusatória (SINAC);
> II - o processo administrativo disciplinar (PAD);
> III - o processo administrativo disciplinar sumário;
> IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;
> V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;
> VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e
> VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).
> Art. 7º Na conclusão dos procedimentos correcionais constará, quando couber, recomendação para a adoção de medidas destinadas à prevenção de ocorrência de irregularidades.

Verifica-se, portanto, que **a utilização de procedimentos de caráter simplificado e inquisitorial, conduzidos de forma prévia à instauração de processos administrativos, a fim de possibilitar a coleta de dados e informações para subsidiar a tomada de decisão da autoridade**

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

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

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

Com efeito, por compreender que, diante das dificuldades e limitações de ordem geral enfrentadas pela Administração Pública e tendo em vista que a **obrigação de apurar condutas ilícitas e irregularidades não é absoluta, mas deve ser ponderada à luz dos princípios constitucionais que fundamentam o regime jurídico-administrativo**, a CGU, desde 2009, instituiu, por meio da Instrução Normativa nº 4, de 17 de fevereiro de 2009, o

Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), procedimento que visa à apuração de fato que representa pequeno valor para a Administração Pública.

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

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

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

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

> Art. 9º
> [...]
> § 4º No caso de dano ou extravio de bens da União que implique prejuízo de pequeno valor, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, que regulamenta o Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).
> § 5º No caso de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, deverá ser observado o disposto na Instrução Normativa CGU nº 02, de 30 de maio de 2017, que regulamenta o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

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

> Art. 4º Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 2º.
> § 1º. O ressarcimento de que trata o caput deste artigo poderá ocorrer:
> I – por meio de pagamento;
> II – pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou
> III – pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.
> § 2º. Nos casos previstos nos incisos II e III do parágrafo anterior, o Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter manifestação expressa da autoridade que o lavrou acerca da adequação do ressarcimento feito pelo servidor público à Administração.

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

> Art. 5º É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.
> Art. 6º Não ocorrendo o ressarcimento ao erário, de acordo com o descrito no art. 4º, ou constatados os indícios de dolo mencionados no art. 5º, a apuração da responsabilidade funcional do servidor público será feita na forma definida pelo Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Posteriormente, em um movimento de aprofundamento dessa flexibilização do dever-poder de instauração de processos administrativos disciplinares, a CGU ampliou sobremaneira as hipóteses

de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, autorizando, de forma ampla, no âmbito de todo o Poder Executivo federal, a celebração da tal espécie de acordo substitutivo de sanção correcional em todos os casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo. Mais recentemente, a norma que disciplina esta matéria foi atualizada pela Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, a qual dispõe que:

> Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa
> §1º O TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos.
> § 2º Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.
> Art. 2º O TAC somente será celebrado quando o investigado:
> I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;
> II - não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e
> III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.

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

> **Decreto-lei nº 200, de 1967:**
> Art. 14. O trabalho administrativo será **racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco**.
>
> **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**
> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
> Parágrafo único. Nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de:

> VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público**;
> VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
> IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

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

1.4.1.2 O entendimento e orientação da CGU nas atividades de auditoria interna do Poder Executivo federal: a abordagem baseada em risco como estratégia responsiva de fiscalização regulatória

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

flexibilização do dever-poder de instauração de processos administrativos apuratórios.

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

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

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

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

enfrentando o viés formalista e punitivista que permeava a sua atuação, mais centrado na detecção e apontamentos de irregularidades, e imprimindo sensíveis mudanças em sua estratégia, que passou a priorizar áreas e atividades a partir da materialidade, relevância e risco das ações governamentais supervisionadas (MARX, 2015).

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

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

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

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

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

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

> 4.1 PLANO DE AUDITORIA INTERNA BASEADO EM RISCOS
> O Plano de Auditoria Interna é o documento no qual são registradas as atividades que a UAIG pretende desenvolver em um determinado período de tempo, normalmente um ano. Deve ser baseado em riscos, o que significa que sua principal finalidade deve ser garantir que a Unidade de Auditoria Interna Governamental concentre seus trabalhos nos objetos de auditoria com maior exposição a ameaças que possam afetar o alcance dos seus objetivos, ou seja, os de maior risco.
> A UAIG deve elaborar o Plano de Auditoria Interna em harmonia com as estratégias e os objetivos das organizações. Para isso, a UAIG deve considerar:
> a) o planejamento estratégico da Unidade Auditada;
> b) as expectativas da alta administração e das demais partes interessadas;
> c) a análise de riscos realizada pela Unidade Auditada por meio do seu processo de gerenciamento de riscos, quando houver.
> (...)
> 4.1.1 ENTENDIMENTO DA UNIDADE AUDITADA
> A finalidade dessa etapa é adquirir conhecimentos sobre a Unidade Auditada; os seus objetivos; as estratégias e os meios pelos quais ela monitora o seu desempenho e os processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos. Dessa forma, a UAIG poderá ter segurança suficiente para identificar as áreas de maior relevância, os principais riscos e assim recomendar medidas que contribuam de fato para o aperfeiçoamento da gestão.
> Para alcançar o conhecimento necessário para essa etapa, existem duas abordagens comumente usadas: uma abordagem de cima para baixo (top-down) e uma abordagem de baixo para cima (bottom-up).
> A abordagem "de cima para baixo" se inicia no nível da unidade. Primeiramente, identificam-se os objetivos organizacionais e, em seguida, os processos principais relacionados a cada um desses objetivos, ou seja, aqueles processos cujas falhas comprometem diretamente o alcance dos objetivos da organização. Uma vez identificados, esses processos são analisados com mais detalhes. Para isso podem ser divididos em nível de subprocessos até chegar ao nível de atividade.
> A abordagem "de baixo para cima" começa pelo exame das atividades. Em seguida, essas atividades são agregadas em processos que são identificados por toda a organização. O próximo passo é determinar os principais objetivos dos processos identificados.
> As informações que devem ser adquiridas nessa etapa dizem respeito ao modelo de negócio da organização, ou seja: visão, missão, valores, objetivos, estratégias, processos e sistemas de gestão empregados pela unidade. Devem ser observados também o gerenciamento de riscos; como seus processos estão estruturados; o monitoramento de desempenho dos processos; que produtos ou serviços oferece; quais são os clientes; os beneficiários alvo entre outras informações necessárias para a compreensão dos seus objetivos e como seus processos estão estruturados para alcançá-los.
> (...)

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

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

> 2 APURAÇÃO
> A apuração consiste na execução de procedimentos cuja finalidade é averiguar atos e fatos inquinados de ilegalidade ou de irregularidade praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais. Trata-se de competência em sintonia com a essência das normas e dos regulamentos aplicáveis ao SCI, no sentido precípuo de zelar pela correta aplicação de recursos públicos, ainda que, em alguns casos, exija atuação específica e diferenciada dos serviços típicos da atividade de auditoria interna. (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS – IIA: Normas Internacionais para Prática Profissional de auditoria interna (Normas). Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2015, norma 1210.A2.)
> A fraude pode envolver esquemas sofisticados e cuidadosamente organizados para sua ocultação, de forma que os procedimentos de auditoria aplicados para coletar evidências podem ser ineficazes para a detecção de distorção relevante que envolva, por exemplo, conluio para a falsificação de documentação.7
> Assim, um trabalho de apuração de fraude tem diferenças básicas em relação a um trabalho de apuração de erro ou de avaliação, pois seu planejamento se baseia em uma suspeita (fundamentada) de fraude; objetiva produzir material para um processo judicial ou administrativo e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de atos ou fatos intencionais.8 O planejamento da apuração de erro se baseia em elementos que indicam a existência de erro; objetiva a

> correção da situação, caso se comprove, por meio de recomendações e tem por escopo possível irregularidade ou ilegalidade decorrente de fatos não intencionais. Já o planejamento da avaliação é comumente baseado em riscos, abrange aspectos amplos de gestão e tem como base uma presunção de legalidade dos atos.
> (...)
> 1.3 APURAÇÃO DE FRAUDE
> (...)
> No decorrer da execução de trabalhos de auditoria em que seja identificado indício de fraude, o auditor interno governamental deve discutir com o supervisor do trabalho, a fim de avaliar se há elementos indicativos suficientes para que se inicie a apuração de fraude ou se antes é necessário o aprofundamento das análises. Quando houver elementos suficientes para iniciar uma apuração de fraude, o supervisor deve submeter o caso às instâncias competentes, conforme definido nos processos internos da UAIG.
> (...)
> 2.3.2.1 Apuração preliminar
> A apuração se inicia normalmente com base na "alegação de fraude". Esse documento deve conter as informações conhecidas sobre o suposto caso de fraude. De modo geral, consiste em uma denúncia de um membro da própria organização ou da sociedade, um caso compartilhado por outra instituição de defesa do patrimônio público ou, ainda, uma situação encontrada na execução dos serviços prestados pela atividade de auditoria interna (THE INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS (IIA). Supplemental Guidance (Orientações Suplementares). Practice Guides (Guias Práticos). Auditoria Interna e Fraude. Tradução: Instituto dos Auditores Internos do Brasil – IIA Brasil. São Paulo, 2013. p. 23 – Investigação de Fraude)
> Uma apuração de fraude só deve iniciar quando houver informações suficientes que levariam um indivíduo prudente, com conhecimento razoável e treinado profissionalmente, a acreditar que uma fraude ocorreu, está ocorrendo ou possa vir a ocorrer.
> O auditor interno governamental deve, portanto, realizar a apuração preliminar da alegação de fraude com o objetivo de formar opinião sobre a real possibilidade de sua ocorrência. No decorrer da análise, o auditor deve pesquisar e confrontar as informações sobre o possível fato com dados de trabalhos passados, sistemas de informação, fontes abertas e outros meios a que tiver acesso.
> A apuração preliminar deve indicar, com base nas informações produzidas, se é possível ter razoável segurança de que os fatos expostos na alegação possam ser verdadeiros e justificam a necessidade de um trabalho de apuração de fraude, ou se, por outro lado, as informações são infundadas ou insuficientes para dar continuidade ao trabalho e/ou, minimamente, para comunicar o caso às autoridades competentes. O resultado deve ser documentado, incluindo as novas informações obtidas, a proposta de atuação e, se for o caso, a proposta de comunicação a outras instituições.
> (...)

Note-se que, sequer diante da suspeita de ocorrência de fraude, a orientação da CGU é pela instauração imediata e automática de processo de apuração. Ao contrário, reforçando o entendimento que vem se defendendo neste Relatório, acerca da obrigatoriedade de que o agente público competente proceda

ao adequado e ponderado juízo de admissibilidade em relação à necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade da instauração de processos administrativos apuratórios e sancionatórios, a CGU recomenda seja realizada apuração preliminar que propicie à Administração a formação de opinião embasada para decidir sobre a abertura, ou não, do processo, autorizando, expressamente, portanto, a relativização do suposto dever-poder de praticar tal ato.

SÍNTESE Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (A)	
O Direito Administrativo Disciplinar incorpora o inquestionável entendimento em torno da relativização do dever-poder da Administração de instaurar processos administrativos apuratórios e sancionatórios.	Em atendimento aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, ao Decreto-lei 200/67 e à Lei de Processo Administrativo, o exercício do *jus puniendi* do Estado visa a imprimir maior racionalidade e eficiência à condução da atividade correcional, os processos somente são abertos quando verificada, *in casu*, a relevância da conduta e a lesão ao bem jurídico por ela provocado, e concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência oportunidade, proporcionalidade e razoabilidade de se movimentar o aparato estatal para sancioná-la.

Tabela 2 – Síntese: Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (A)

SÍNTESE Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (B)	
A atividade da auditoria interna governamental tem a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional das entidades públicas, proporcionando avaliação, assessoria e aconselhamento baseado em riscos.	Por analogia, a atividade de fiscalização das agências reguladoras não pode ter senão ao menos a finalidade de aumentar e proteger o valor organizacional dos regulados, contribuindo propositivamente à melhoria do setor segundo critérios baseados em riscos, modulando a apuração e aplicação de sanções segundo a finalidade maior de conformidade duradoura da conduta do regulado.

Tabela 3 – Síntese: Responsividade no Direito Administrativo Disciplinar (B)

1.4.2 A experiência do TCU na condução dos processos de Tomada de Contas Especiais

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

A Tomada de Contas Especial (TCE) constitui processo administrativo que deve ser devidamente formalizado, sob rito próprio, a fim de apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o

respectivo ressarcimento. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o erário.

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

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

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

> INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 71, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012
> Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.
> O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas competências constitucionais, legais e regimentais e do poder regulamentar conferido pelo art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de1992, que autoriza a expedição de atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição e organização dos processos que lhe devam ser submetidos;
> Considerando que compete ao Tribunal de Contas da União julgaras contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade com dano ao Erário, nos termos da Constituição Federal, art. 71, inciso II; da Lei nº 8.443, de 1992, arts. 1º, inciso I, 8º e 9º;e do Regimento Interno, arts. 1º, inciso I, e 197;
>
> Considerando que é dever do administrador público federal adotar medidas imediatas, com vistas ao ressarcimento de dano ao Erário, independentemente da atuação do Tribunal de Contas da União;

Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;
Considerando que os processos de ressarcimento de dano ao Erário devem pautar-se pelos princípios da racionalidade administrativa, do devido processo legal, da economia processual, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório;
Considerando os estudos e conclusões apresentados nos processos nºs TC-023.381/2010-8 e TC-010.517/2008-4, resolve:
CAPÍTULO IDAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES
Art. 1º A instauração, a organização e o encaminhamento dos processos de tomada de contas especial ao Tribunal de Contas da União obedecerão ao disposto nesta Instrução Normativa.
Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.
Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.
Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.
Parágrafo único. Na hipótese de se constatar a ocorrência de graves irregularidades ou ilegalidades de que não resultem dano ao erário, a autoridade administrativa ou o órgão de controle interno deverão representar os fatos ao Tribunal de Contas da União. (AC) (Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016)
CAPÍTULO II - DA INSTAURAÇÃO
Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º,sem a elisão do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciara imediata instauração de tomada de contas especial, mediante autuação de processo específico (NR)(todo o art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).
§ 1º A instauração da tomada de contas especial de que trata o caput deste artigo não poderá exceder o prazo máximo de cento e oitenta dias, a contar:
I - nos casos de omissão no dever de prestar contas, do primeiro dia subsequente ao vencimento do prazo para apresentação da prestação de contas;
II - nos casos em que os elementos constantes das contas apresentadas não permitirem a conclusão de que a aplicação dos recursos observou as normas pertinentes e/ou atingiu os fins colimados, dadata-limite para análise da prestação de contas;
III - nos demais casos, da data do evento ilegítimo ou antieconômico, quando conhecida, ou da data da ciência do fato pela administração.
§ 2º Em caso de autorização do parcelamento do débito, o prazo deque trata o § 1º deste artigo será suspenso até a quitação da dívida ou até o seu vencimento antecipado por interrupção do recolhimento.
§ 3º O prazo definido no § 1º deste artigo está sujeito às disposições dos §§ 1º e 2º do art. 11 e do art. 12 desta Instrução Normativa.
§ 4º O Tribunal de Contas da União pode determinar a instauração de tomada de contas especial independentemente das medidas administrativas adotadas.

§ 5º A falta de instauração da tomada de contas especial no prazo previsto no §1º deste artigo, sem motivo justo, poderá ensejar a aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 à autoridade responsável pela omissão, sem prejuízo da aplicação das demais penalidades previstas em lei.
Seção I - Dos pressupostos
Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário (NR)(todo o art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016,DOU de 12/12/2016).
Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros:
I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis(pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado;
II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência;
III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano;
IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.
Seção II - Da dispensa
Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:
I - o valor do débito for inferior a R$ 100.000,00, considerando o modo de referenciação disposto no § 3º deste artigo (NR)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016);
II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;
§ 1º A dispensa de instauração de tomada de contas especial de valor inferior ao estabelecido no inciso I do caput não se aplica aos casos em que a soma dos débitos de um mesmo responsável atingir o referido valor (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOUde 12/12/2016).
§ 2º. A dispensa de instauração de tomada de contas especiais, conforme previsto no inciso I do caput, não exime a autoridade administrativa de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, com vistas à obtenção do ressarcimento do débito apurado, inclusive o protesto, se for o caso (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

Conforme se verifica, a norma é expressa em dispensar a instauração do processo de tomada de contas especial caso o valor do dano apurado, atualizado monetariamente, seja inferior ao limite fixado pelo Tribunal, o qual se encontra fixado, atualmente, em R$ 100 mil. Observa-se, ademais, que embora a instauração do processo seja dispensada, isso não exime a autoridade de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance, de cunho judicial ou extrajudicial, com vistas à obtenção do ressarcimento do dano apurado, tampouco de consolidar

os diversos débitos de um mesmo responsável, cujo valor seja inferior ao mencionado, perante o mesmo órgão ou entidade repassadora, e constituir tomada de contas especial se o seu somatório atingir esse limite (TCU, Instrução Normativa nº 71/2012).

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

Constata-se, portanto, que **sequer no âmbito do Tribunal de Contas da União cogita-se da aplicação de um entendimento acerca do dever-poder de a Administração instaurar indiscriminadamente processos administrativos apuratórios e sancionatórios diante de qualquer situação de descumprimento ou mesmo de lesão de baixa relevância ou de pequena monta**. Tal competência, antes de ser encarada como obrigação de caráter cogente, absoluto e inarredável, constitui, consoante evidenciado ao longo de todo este Relatório, medida que deve ser adotada quando, em adequado juízo de admissibilidade, concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de instauração do processo.

SÍNTESE Posição do TCU quanto à instauração indiscriminada de processos apuratórias e sancionatórios de TCE	
Não se cogita, no TCU, da aplicação do entendimento acerca do dever-poder de a Administração instaurar indiscriminadamente processos administrativos apuratórios e sancionatórios diante de qualquer situação de descumprimento ou mesmo de lesão de baixa relevância ou de pequena monta.	Tal competência, antes de ser encarada como obrigação de caráter cogente, absoluto e inarredável, constitui, consoante evidenciado ao longo de todo este Relatório, medida que deve ser adotada quando, em adequado juízo de admissibilidade, concluir-se pela necessidade, utilidade, conveniência e oportunidade de instauração do processo.

Tabela 4 – Síntese: Posição do TCU quanto à instauração indiscriminada de processos apuratórias e sancionatórios de TCE

1.5 A experiência de Agências Reguladoras brasileiras na implementação de medidas de flexibilização do dever-poder de instauração indiscriminada de processos administrativos sancionatórios por meio de atos infralegais

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

1.5.1 ANEEL

Embora a experiência da ANEEL já tenha sido, em alguma medida, objeto de análise nos Relatórios das Metas 7 e 12 deste Projeto, analisar-se-á, neste momento, a exitosa experiência adotada pela ANEEL de implementação de instrumentos jurídicos de regulação responsiva na fiscalização regulatória e no processo sancionador, por meio da edição da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019.

A ANEEL foi a primeira agência reguladora federal a ser criada por lei, em 1996, responsável por regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. A regulação da ANEEL visa a garantir a qualidade e continuidade do fornecimento de energia elétrica, bem como a aplicar as metodologias de cálculo das tarifas definidas para a prestação desses serviços. Ademais, a Agência também atua na mediação de conflitos entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, e ainda conflitos existentes entre os referidos agentes e seus consumidores (ANEEL, 2020).

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

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

> Fiscalizar mais: inspecionar o maior número possível de agentes e instalações;
> Fiscalizar melhor: melhorar os procedimentos e as técnicas de fiscalização;
> Fiscalizar tudo: aumentar o número de assuntos fiscalizados; e
> Punir muitas vezes: utilizar as sanções administrativas como instrumento preferencial para persuadir os agentes a cumprirem as regras (ANEEL, 2015; FERNANDES, 2018).

O diagnóstico, muito semelhante à realidade vivenciada pela Anatel, era o de que a sistemática adotada, baseada no modelo tradicional de comando e

controle, que dirigia sua atenção para a prescrição de normas e para o controle de conformidade, sem necessariamente debruçar-se sobre a efetiva adequação das condutas das empresas reguladas, estava exigindo a destinação de enorme volume de recursos financeiros e humanos e dispersava de modo desproporcional os esforços da Agência sem que, necessariamente, os objetivos regulatórios fossem atingidos. Ou seja, a diretriz de se "punir o regulado muitas vezes", impunha um custo processual elevado à Agência, sem o esperado efeito pedagógico sobre os entes regulados:

> (...) a ANEEL, ao longo de seus 20 anos de existência, também concentrou grande esforço no desenvolvimento e aperfeiçoamento dos métodos e técnicas para elaboração de normas e, por outro lado, dispendeu pouca atenção à criação e aperfeiçoamento de mecanismos de fiscalização.
> Nesse esteio, ficou perceptível nos últimos anos que tal disfunção impactou o atingimento dos objetivos das políticas regulatórias do setor elétrico brasileiro. Esse diagnóstico levou ao reconhecimento da necessidade de modernização e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização regulatória da agência reguladora, notadamente dos mecanismos regulatórios utilizados para coleta de informações e para modificação de comportamentos dos agentes regulados. A ANEEL tem então reagido nos últimos anos a esse diagnóstico e feito esforços significativos para reinvenção de sua forma de fiscalizar o setor elétrico brasileiro.
> [...]
> A agência reguladora do setor elétrico nasceu por meio de comando legal com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Neste contexto, a instituição surgiu com o desafio de legitimar o novo conceito de Estado Regulador no setor brasileiro de energia elétrica, especialmente junto às diversas empresas estatais que ainda permaneceriam prestando serviços e também junto às muitas empresas privadas entrantes no mercado, aos consumidores e junto ao próprio corpo burocrático do governo.
> Em específico, quanto à atividade de fiscalização regulatória, foi consignado, por meio de regulamento, que os objetivos da agência devem ser alcançados por meio de ações com caráter de orientação e punição. Ficou estabelecida à ANEEL a atribuição de aplicar penalidades regulamentares e contratuais aos agentes regulados e também positivado que a ação fiscalizadora da agência deve visar, primordialmente, a educação, orientação e prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos.
> Seguindo a trajetória para cumprir sua atribuição de fiscalizar a prestação dos serviços de energia elétrica, a agência iniciou suas atividades atuando em duas frentes: (i) nos primeiros meses de funcionamento elaborou norma com procedimentos para apuração de infrações e aplicação de penalidades aos agentes; e, (ii) realizou nos primeiros dois anos força-tarefa para inspeção presencial de todas as instalações e empresas prestadoras de serviços no setor elétrico brasileiro. Além do objetivo de modelar a atividade de fiscalização em si, estabelecendo procedimentos para tanto, a presença ostensiva de servidores junto às empresas reguladas também cumpriu o papel de fazer a nova agência conhecida, de estabelecer os primeiros vínculos de relação entre agentes regulados e regulador e de inventariar o setor por meio de coleta de dados e informações. Conforme

apontam as Prestações de Contas dos primeiros anos de atuação da agência, o alcance da ação fiscalizadora foi apurado principalmente em termos de quantidade de inspeções presenciais realizadas e a meta então estabelecida pela própria agência de fiscalizar 100% dos agentes delegados e instalações do setor foi cumprida.

Assim, as primeiras práticas da atividade de fiscalização regulatória foram esculpidas a partir do movimento da agência de conhecer e se fazer conhecida. No campo tático, a indicação sobre o que fazer era: estar presente, coletar informações e apontar não conformidades aos agentes regulados. Nessa lida, o modelo de fiscalização foi desenvolvido e consolidado a partir do conhecimento e experiência dos servidores temporários que atuaram na agência na primeira década de sua existência e compuseram o primeiro grupo de força de trabalho da ANEEL.

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

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

[...]

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

[...]

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

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

> Ainda, percebeu-se que as atividades de fiscalização estavam impondo custos e ineficiência tanto para empresas fiscalizadas quanto para a própria agência, pois empresas que atendiam a normas e padrões eram submetidas aos mesmos procedimentos e frequência de fiscalização que empresas que não atendiam aos requisitos de conformidade. Ademais, a despeito das variações entre fiscais e até mesmo entre unidades organizacionais na interpretação da norma a respeito da decisão ou não de aplicação de penalidades, predominantemente a motivação e comportamento das empresas avaliadas como não conformes não eram consideradas para a decisão de arquivamento da fiscalização ou instauração de processo punitivo, prestigiando assim o modelo mental de comando e controle, justificado, via de regra, no princípio da indisponibilidade do interesse público na aplicação do direito sancionador.
> No aspecto da gestão, o desempenho da atividade seguia sendo avaliado em termos de quantidade de ações executadas, medição, portanto, sem relação direta com o impacto gerado pela atividade. Com esse modelo mental tradicional, para melhoria de desempenho era necessário, portanto, aumentar-se a quantidade de fiscalizações realizadas. E, já que o setor elétrico cresceu consistentemente nos últimos anos, eram necessários esforços cada vez maiores para a garantia de presença da fiscalização em ciclos não muitos longos para cada empresa fiscalizada. Assim, o limite da relação "número de fiscais versus quantidade de instalações/agentes" foi superado para aplicação do modelo tradicional.
> [...]
> Percepções comuns entre stakeholders mais críticos internos e externos compartilhavam, por volta do ano de 2012, o ápice da avaliação negativa e da cobrança por mudanças estruturais no desempenho institucional da fiscalização da agência. Tal movimento dava conta, então, do esgotamento do modelo tradicional.
> Diante desse diagnóstico, a instituição concluiu que continuar seguindo os mesmos moldes de fiscalização estabelecidos para os desafios iniciais de anos atrás não contribuiria para cumprimento de sua missão. A permanência no modelo tradicional de fiscalização poderia então levar a ANEEL ao descrédito da sociedade e talvez à avaliação de desnecessidade de sua existência. Frente a tal cenário, não houve alternativa a não ser inovar e mudar (FERNANDES, 2018, p. 4-10).

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

> Em paralelo, num movimento com forte participação da alta administração da agência, no final do ano de 2013 foi consignado no Planejamento Estratégico da

ANEEL para o quadriênio 2014- 2017 o objetivo de "Modernizar e aperfeiçoar o processo de fiscalização". Dentro das unidades organizacionais, desde o ano de 2014 e ainda hoje, uma miríade de projetos foi e está sendo executado como instrumentos de intervenção para realização da estratégia de mudança organizacional. Assim, segundo os conceitos ANSI/PMI (2013), a reforma da fiscalização da ANEEL pode ser entendida como um programa composto por diversos projetos, subprogramas e atividades de programas relacionados e gerenciados de modo colaborativo e coordenado para se obter o resultado que não seria alcançável a partir do gerenciamento de cada item do conjunto de iniciativas individualmente.

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

[...]

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

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

[...]

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

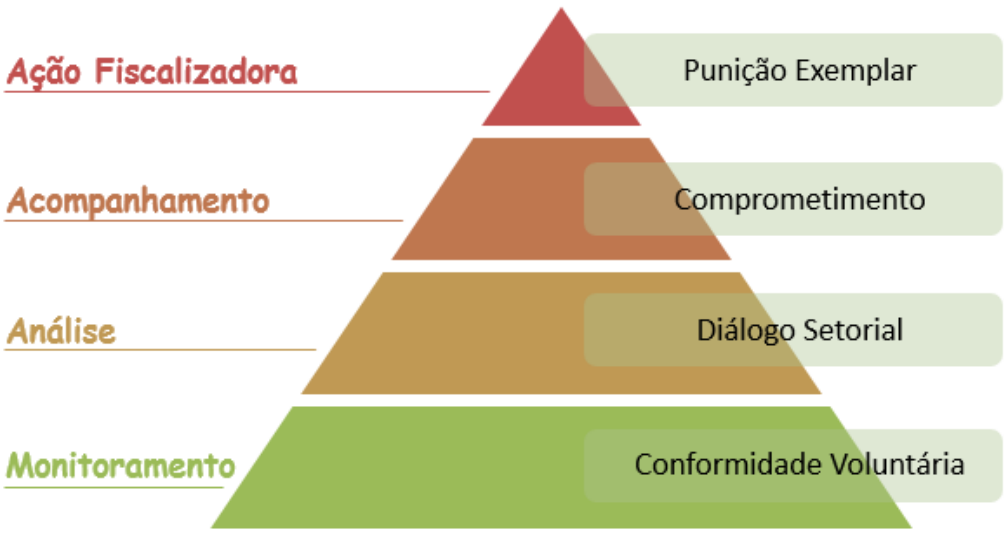
[...]

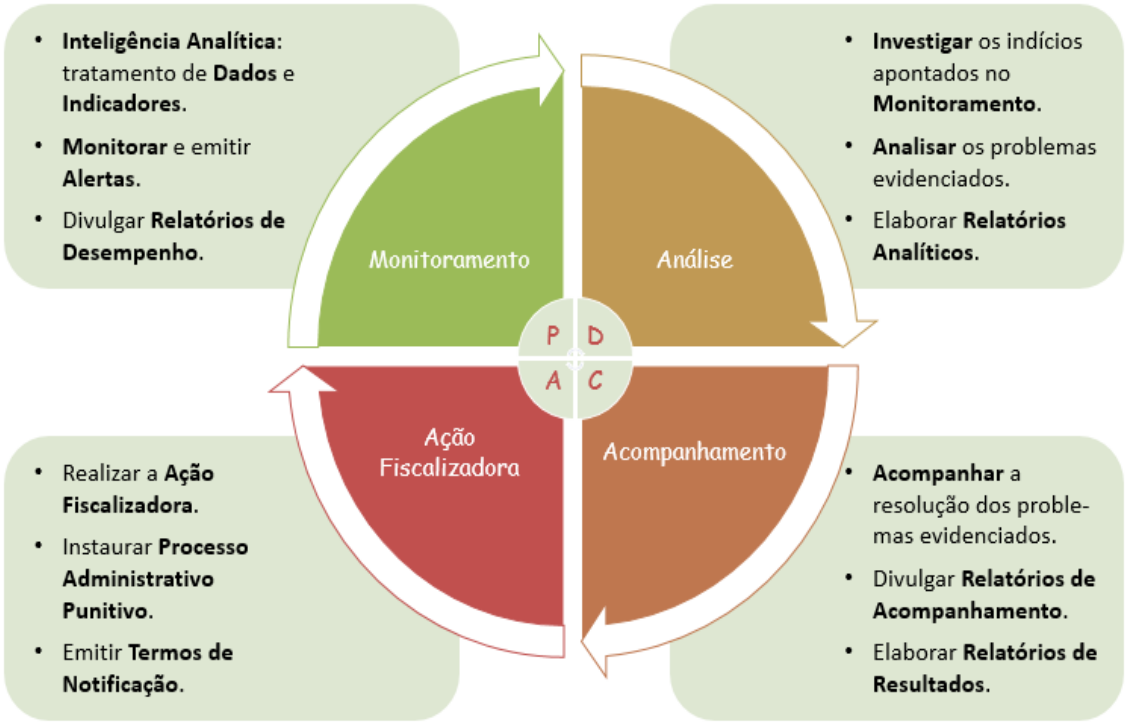
Em razão dessas avaliações, as atividades se tornaram mais assertivas e orientadas ao tratamento preventivo e corretivo de situações não conformes a partir de dados coletados e informações conhecidas previamente por meio de monitoramento remoto. Como decorrência, as ações se tornaram mais proporcionais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

Um dos principais conceitos adotados na reforma, o princípio de fiscalização responsiva, foi introduzido originalmente por Ayres e Braithwaite (1992) e estabelece que as estratégias para obtenção de conformidade regulatória devem ser moduladas a partir do comportamento e histórico das empresas fiscalizadas, em ações escalonadas de intervenções persuasivas e dissuasivas de regulação. Essa abordagem apresentou-se como a principal solução para substituição da fiscalização predominantemente punitiva por uma atuação efetivamente mais preventiva e orientada, que aplica mecanismos de variados graus de punição

> somente quando as tentativas iniciais de persuasão não são respondidas com mudança de comportamento e atingimento de conformidade regulatória, ou quando as infrações são muito graves e o comportamento da empresa não conforme é claramente não cooperativo. A abordagem responsiva preencheu assim a lacuna ferramental que o modelo tradicional de fiscalização continha ao instrumentalizar a função pretendida da ação fiscalizadora que visa primordialmente à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica, à prevenção de condutas violadoras da lei e dos contratos (artigo 16 do Decreto nº 2.335/1997) (FERNANDES, 2018, p. 10-16).

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





Fonte: ANEEL (2015)

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

> Desde 2016, a ANEEL vem adotando novo método de fiscalização denominado Fiscalização Estratégica, o qual consiste em focalizar as atividades de fiscalização em ações preventivas e aumentar a efetividade da área, por meio da utilização de técnicas de inteligência analítica e do aperfeiçoamento do planejamento das atividades. Ademais, a nova metodologia de fiscalização busca otimizar os recursos humanos e materiais disponíveis.
> Esta metodologia é composta pela execução de 4 (quatro) etapas - Monitoramento, Análise, Acompanhamento e Ação Fiscalizadora – sendo todas consideradas Fiscalizações Realizadas, independentemente da necessidade de realização da etapa anterior ou subsequente.
> a) Monitoramento: A primeira etapa consiste no monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo de todas as Distribuidoras e as Transmissoras de Energia Elétrica. Nessa etapa, o desempenho dos Agentes é monitorado e, havendo indícios de falha na prestação de serviço ou mesmo uma tendência de piora na qualidade da prestação, são emitidos alertas preventivos para correção imediata, e também sinalizado para investigação detalhada pelas equipes de Análise. Essa etapa também é responsável pela medição dos resultados pactuados nos Planos de Providências.
> b) Análise: Os agentes identificados na Etapa de Monitoramento com indícios de má prestação de serviço são encaminhados à etapa de Análise, que tem como principal objetivo avaliar detalhadamente os temas apontados como relevantes na etapa de monitoramento. O trabalho de análise é consolidado em Relatórios de Análise, que são apresentados aos agentes de distribuição e transmissão de energia para que adotem as providências necessárias para a melhoria na

> qualidade dos serviços. Assim, os Agentes devem elaborar Planos de Providências dos problemas apontados, os quais serão acompanhados na etapa de Acompanhamento.
> c) Acompanhamento: Nessa etapa é feito o acompanhamento dos Planos de Providências apresentados pelos Agentes na etapa de Análise. São acompanhadas as providências adotadas para a correção dos problemas e os resultados obtidos. Os acompanhamentos são consolidados em relatórios de acompanhamento, permitindo que a sociedade conheça as ações de fiscalização e seus resultados.
> d) Ação Fiscalizadora: Quando as falhas apontadas nas etapas anteriores não forem corrigidas até o término da Etapa de Acompanhamento, e não se tiver a melhoria esperada no desempenho da temática proposta, ou se identificarem falhas graves nas etapas de Monitoramento ou Análise, o processo segue para as fases de notificação e, eventualmente, de punição.

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

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

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

> A primeira fase da nova estrutura de fiscalização é classificada como detecção e compreende atividades de monitoramento e investigação. No monitoramento dos resultados obtidos pelas empresas reguladas são aplicadas técnicas de inteligência analítica (transformação de dados brutos em informação por meio de processamento computacional) e, valendo-se de indicadores de desempenho, identifica-se riscos atuais e futuros para a conformidade e para o atingimento dos resultados regulatórios pretendidos.
> Em seguida, aplicando-se os conceitos de responsividade, foco em risco e base em evidências, são selecionadas as empresas que apresentaram resultados insatisfatórios para passarem pela etapa de investigação. Nesse estágio é realizada a avaliação qualitativa, valendo-se da inteligência humana (expertise dos fiscais). Após a eliminação de possíveis resultados falso- positivos, cada empresa selecionada é avaliada num nível mais aprofundado, quando são elaboradas e averiguadas hipóteses sobre as possíveis causas dos riscos e não conformidades identificadas. Nessa etapa, via de regra as empresas são acionadas para prestarem informações e esclarecimentos remotamente.
> Após avaliação do nível de risco das não conformidades verificadas e do comportamento da empresa para cumprimento das regras e atingimento de padrões estabelecidos, decide-se se a atividade de fiscalização seguirá para o espectro da persuasão, pela prevenção/promoção de conformidade ou para o espectro da dissuasão, pela coerção.
> Caso a estratégia escolhida seja a da prevenção/promoção de conformidade, são executadas ações como: publicação de relatórios com indicação da categoria de desempenho de cada empresa para o mercado e sociedade; emissão de alertas às empresas com desempenho inadequado e orientação de correção; e estabelecimento de planos de melhoria/resultado para empresas com desempenho insuficientes e riscos intermediários à qualidade da prestação dos serviços.
> Caso as etapas de monitoramento e investigação indiquem alto risco e/ou comportamento não cooperativo da empresa frente às ações já realizadas de prevenção/promoção de conformidade, a ação fiscalizadora segue com caráter coercitivo. A depender da categoria da não conformidade/infração e também do comportamento histórico da empresa, podem ser aplicadas penalidades de advertência, multa pecuniária, suspensão, intervenção, revogação de outorgas, impedimento temporário de participação no mercado, atividades típicas da aplicação clássica do processo sancionador (FERNANDES, 2018, p. 20-22).

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

VOTO DO RELATOR, DIRETOR ROMEU DONIZETE RUFINO

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

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

II.2.1 Diretrizes Gerais da Ação Fiscalizadora da ANEEL

8. Nesse sentido, consagra-se nesta norma "uma nova filosofia de atuação da ANEEL, fortemente orientada para a prevenção de condutas infracionais e a regularização de inconformidades regulatórias", por meio do capítulo intitulado "Diretrizes Gerais da Ação Fiscalizadora", no qual:

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

NOTA TÉCNICA nº 179/2017-SRM/ANEEL, de 19 de outubro de 2017.
Resultado da Audiência Pública (AP) nº 78/2016, realizada para colher subsídios à regulamentação da avaliação da qualidade da governança corporativa das distribuidoras de energia elétrica.
15. Como a governança se trata de alinhamento de interesses, pressupõe-se um equilíbrio consensual das interações de ganha/perde e uma negociação que, em termos da missão da ANEEL, ocorre entre partes (agentes) convergentemente equilibrados em relação ao seu poder de mercado. Em razão dessa premissa, a SRM entende que a regulação por incentivos seja a estratégia mais adequada para tratar esse tema.
16. Nessa abordagem, o agente racional pondera entre benefícios e custos decorrentes da ação do regulador. Na AP nº 78/2016, os custos aos agentes são os decorrentes da adaptação dos sistemas de governança corporativa em voga e os benefícios foram as desburocratizações de processos de anuências prévias.
17. Ocorre que essa relação é biunívoca e sua efetividade depende da percepção do equilíbrio na relação custos e benefícios, bem como da propensão e sensibilidade em que fatores exógenos tais como valor reputacional junto ao mercado financeiro e nível de maturidade do mercado de capitais que impactam as diretrizes estratégicas dos acionistas ao Conselho de Administração (ou equivalente) e determinadas a gestão da Diretoria Executiva da distribuidora.
18. Desse modo, deve a ANEEL acompanhar a evolução normativa e as implementações efetivas dos mecanismos de governança para que analise o equilíbrio supramencionado sob pena de a REN se tornar inócua, levando a regulamentação não atingir a finalidade comandada pelo Decreto nº 8461/2015.
(...)
(ii.5) Falta de coerência com a "tendência" dos processos de fiscalização educativa e aplicabilidade da simplificação administrativa

VOTO-VISTA DO RELATOR DIRETOR-GERAL ANDRÉ PEPITONE DA NÓBREGA
(...)
4. O então Diretor-Relator da matéria submeteu à aprovação minuta de resolução normativa, para aprovar procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do Setor Elétrico e dispor sobre diretrizes gerais da fiscalização da Agência.
5. Após o voto proferido, iniciou-se a fase de debates pelos Diretores, seguindo o rito preceituado no art. 22 da Norma de Organização nº 18, aprovada pela Resolução Normativa nº 468, de 6 de dezembro de 2011.

6. Destacamos a complexidade da matéria, o envolvimento de 10 Unidades Organizacionais e a densidade do material produzido pelo Grupo de Trabalho, cuja Nota Técnica, com 183 páginas, examinou 876 contribuições recebidas na 2ª fase da Audiência Pública.
7. Frisamos que, quanto às tipificações das condutas infracionais, a distribuição em grupos, os critérios para determinação da base de cálculo e a fixação da dosimetria, as circunstâncias agravantes e as atenuantes, o trabalho apresentado não mereceria qualquer reparo e poderia ser aprovado pela Diretoria Colegiada.
8. Entendemos, todavia, que seria ainda necessário que a Diretoria Colegiada refletisse também sobre alguns aspectos pontuais da norma, dentre os quais a possibilidade da lavratura de autos de infração exclusivamente pelo eventual descumprimento às "determinações da ANEEL", constantes de termos de notificação (inciso II do. § 2º do art. 27) e a desnecessária dupla notificação prévia, para instruir processo de penalidade de caducidade da concessão ou da permissão.
9. Ressaltamos que a norma sobre a aplicação de penalidades é de fundamental importância para a Agência Reguladora e que seria necessário que a Diretoria Colegiada não apenas estivesse familiarizada com ela, mas também tivesse a oportunidade de contribuir para o processo de lapidação normativa.
10. Assim, diante da relevância da norma em discussão, pedimos vista dos autos, para propiciar essa reflexão adicional da Diretoria Colegiada sobre a minuta de resolução.
(...)
25. A minuta de resolução normativa submetida ao Colegiado tratou dos procedimentos tendentes à aplicação da penalidade de caducidade, nos seguintes termos:
Art. 31. Com base em nova ação de fiscalização ou em fiscalizações anteriores, o Superintendente responsável, constatando a existência de fatos que possam, de forma isolada ou conjuntamente, ensejar a aplicação de qualquer das penalidades a que alude o art. 5º, incisos VII, VIII e X, proporá à Diretoria da ANEEL que seja intimado o agente acerca dessa circunstância, mediante Termo de Intimação - TI, o qual se fará acompanhar de exposição de motivos.
§ 1º A Diretoria, entendendo cabível a intimação proposta, autorizará, mediante Despacho, a expedição do TI por parte do Superintendente responsável pela ação de fiscalização.
§ 2º Tratando-se de fato que possa ensejar a aplicação da penalidade de caducidade da concessão ou da permissão, a proposição à Diretoria para emissão do TI, que caracteriza a abertura do processo administrativo de inadimplência a que se refere o art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, será precedida da elaboração de relatório de comunicação de falhas e transgressões à legislação e ao contrato de concessão ou permissão, a ser emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora e encaminhado ao agente dando-lhe prazo para regularização, nos termos da legislação. (grifos nossos)
26. Constatamos que a minuta de resolução contém dupla previsão de prévia notificação ao agente setorial quanto à possibilidade da abertura de processo administrativo de inadimplência. Uma (§ 2º do art. 31), presumivelmente mediante ofício da Superintendência, para informar sobre as falhas e as transgressões e fixar prazo para a regularização. Outra (§ 1º e caput do art. 31 e inciso
IV do art. 32), agora mediante termo de intimação, para novamente informar os motivos da inadimplência (ou seja, as falhas e as transgressões) e fixar novo prazo para a correção.
27. Entendemos que tais previsões não implementam, mais adequadamente, os comandos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Ponderamos que a maneira mais razoável seja aquela que, simultaneamente, garanta aos agentes setoriais não apenas o direito à prévia notificação, ao contraditório e à ampla

> defesa, mas também a não imposição de ritos repetitivos e desnecessários, que causam delongas, e contrariam o princípio constitucional da celeridade, além de emitir sinal regulatório inadequado de morosidade.
> 28. Dessa maneira, avaliamos que a decisão da Diretoria Colegiada da ANEEL de autorizar a emissão de termo de intimação não caracteriza decisão sobre a instauração de processo administrativo de inadimplência, mas sim prévia notificação, como exige o art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995, nos autos de processo de fiscalização.
> 29. Com efeito, após a emissão de termo de intimação, a notificada poderá tanto demonstrar que não existiram as falhas e as transgressões apontadas, quanto regularizá-las e, em ambos os casos, não subsistirá razão para sequer recomendar ao MME a caducidade. Observamos, ainda, que o próprio MME, ao receber os autos do processo de fiscalização da ANEEL, tanto pode discordar da recomendação e, fundamentadamente, arquivar os autos, quanto decidir pela aplicação da caducidade, como recomendado pela Agência.
> 30. Destacamos ainda que, assim como o termo de notificação não instaura processo punitivo, sendo ainda elemento do processo de fiscalização, o termo de intimação também não inaugura o processo administrativo de inadimplência, sendo igualmente elemento de processo de fiscalização no qual é verificada a inadimplência da concessionária ou da permissionária.
> 31. Por essas razões, avaliamos como desnecessária a dupla previsão de prévia notificação, podendo, no quadro normativo e interpretativo em vigor, sem qualquer prejuízo, ser eliminada a previsão de notificação via ofício da Superintendência (§ 2º do art. 31 da minuta).

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

Com isso, a Resolução Normativa n° 846 foi, então, editada pelo Conselho Diretor da ANEEL e publicada em 11 de junho de 2019. A nova norma, que entrou em vigor 6 meses depois de sua publicação, define os procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor elétrico e dispõe sobre diretrizes gerais da ação fiscalizadora da Agência, imprimindo mudanças significativas e paradigmáticas nessa seara.

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

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

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

> Art. 3º Como parte do processo fiscalizatório, as Superintendências de Fiscalização adotarão procedimento de monitoramento e controle, a fim de:
> I - subsidiar a ANEEL com dados ou informações relevantes;

> II - analisar o desempenho dos agentes na prestação dos serviços de energia elétrica;
> III - diferenciar o risco regulatório em face do comportamento dos agentes, de modo a alocar recursos e adotar ações compatíveis com o risco;
> IV - avaliar a atuação dos grupos econômicos controladores dos agentes setoriais;
> V - prevenir práticas irregulares e estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de energia elétrica;
> VI - atuar na busca da correção de práticas irregulares e da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de energia elétrica ou aos seus usuários.
> Parágrafo único. O monitoramento e o controle poderão ser efetuados a partir de dados ou informações requisitados ou acessados remotamente, observadas as boas práticas de segurança da informação.

Para melhor cumprir esse desiderato, que prioriza a prevenção, o diálogo e a responsividade na relação entre regulador e regulados, a Resolução Normativa n° 846, de 2019, da ANEEL, prevê, inclusive, a possibilidade de a Agência firmar plano de resultados com os agentes setoriais para melhoria do desempenho na prestação do serviço ou do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ou permissão mantido:

> Art. 4º A ANEEL poderá firmar plano de resultados com os agentes setoriais para melhoria de desempenho, com base em evidências que apontem degradação ou sinalizem deterioração da prestação do serviço ou do equilíbrio econômico-financeiro da concessão ou permissão.
> § 1º O plano deverá conter, no mínimo, objeto, prazos, ações previstas para reversão da situação identificada, critérios de acompanhamento e trajetória de alcance dos resultados esperados.
> § 2º O plano de resultados não implica o estabelecimento de novas obrigações e não constitui regime excepcional regulatório ou de sanções administrativas.

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

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

> permissão, aos atos de autorização de serviços ou instalações de energia elétrica ou aos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência sujeitarão o agente infrator às penalidades de:
> I - advertência;
> II - multa;
> III - embargo de obras;
> IV - interdição de instalações;
> V - obrigação de fazer;
> VI - obrigação de não fazer;
> VII - suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;
> VIII - revogação de autorização;
> IX - intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; e
> X - caducidade da concessão ou da permissão.
> § 1º A aplicação das penalidades de que trata o caput compete:
> I - ao Superintendente responsável pela ação fiscalizadora, nos casos previstos nos incisos I a VI;
> II - à Diretoria, por proposta do Superintendente responsável pela ação fiscalizadora, nos casos referidos nos incisos VII a IX; e
> III - ao Poder Concedente, por proposta da ANEEL, na hipótese prevista no inciso X.
> § 2º As penalidades previstas nesta Resolução aplicam-se sem prejuízo:
> I - das sanções de natureza civil e penal; e
> II - das sanções administrativas específicas previstas na legislação setorial, incluindo normas editadas, aprovadas ou homologadas pela ANEEL, desde que não impliquem mais de uma sanção de igual natureza para um mesmo fato gerador.

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

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

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

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

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

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

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

> III - consistir em compensação direta aos consumidores ou usuários ou na adoção de medidas para melhoria do serviço atingido.
> § 1º O agente deverá comprovar o cumprimento à obrigação em até quarenta dias após o prazo fixado para tanto na decisão que a estabeleceu.
> § 2º O descumprimento à obrigação de fazer ou de não fazer implica multa diária, conforme o porte do agente setorial ou a natureza da entidade, a ser definida no ato que estabelece a obrigação e aplicada no máximo por trinta dias e limitada a 2% (dois por cento) da base de cálculo a que se refere o art. 21.
> § 3º O valor da multa aplicada em caso de descumprimento às obrigações de fazer ou de não fazer será consubstanciado em despacho a ser emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora.

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

> 2.3 - Juridicidade das sanções administrativas de "obrigação de fazer" e "obrigação de não fazer"
> 55. O Memorando nº 551/2016-ASD/ANEEL explana que minuta de Resolução inclui, por meio de seu artigo 4º, as sanções de "obrigação de fazer" e "obrigação de não fazer" no rol das penalidades passíveis de serem
> aplicadas pela ANEEL.
> 56. Afirma que Nota Técnica nº 01/2015/ASD/ANEEL justificou tal inclusão com base na previsão contida no artigo 68 da Lei nº 9.784/1999, "in verbis":
> "Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa."
> 57. Sustenta que as obrigações de fazer e não fazer serão aplicadas para a substituição de multas por penalidades ou mecanismos (Planos de Ação) capazes de prover a necessária conformidade regulatória ao agente fiscalizado. Cita a o desafio que tem sido a imposição de penalidades de multa a alguns agentes, notadamente o ONS, cujo nível de judicialização se aproxima de 100% dos processos punitivos com a aplicação de multa.

58. Por fim, atesta que diversos agentes e instituições questionam a competência da ANEEL para aplicação das sanções de "obrigação de fazer" e "obrigação de não fazer", diante da ausência de sua previsão expressa na Lei nº 9.427/96. Nesse contexto, questiona se, no entender desta Procuradoria Federal, existe ou não óbice legal para a inclusão de penalidades de "obrigação de fazer" e "obrigação de não fazer" no rol de sanções administrativas passiveis de aplicação pela Agência na minuta de Resolução.
59. No entender desta Procuradoria Federal, inexiste óbice jurídico para a previsão na minuta da Resolução de penalidades de "obrigação de fazer e de não fazer" no rol de sanções administrativas passíveis de aplicação pela ANEEL.
60. As Obrigações de Fazer e de Não Fazer são previstas, no âmbito civil, nos arts. 247 a 251 e 881 do Código Civil e arts. 497, 498 e 501 do Código de Processo Civil, verbis:
Código Civil
Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele
só imposta, ou só por ele exeqüível.
Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a
obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.
Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa
do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.
Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial,
executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.
Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.
Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.
Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.
(...)
Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido.
Código de Processo Civil.
Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente
o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de
tutela pelo resultado prático equivalente.
11/12/2019 https://sapiens.agu.gov.br/documento/32147783
https://sapiens.agu.gov.br/documento/32147783 11/25
Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.
Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.
Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 2º e 3º da Lei 9427/96:

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

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

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

Art.29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção III

Da Obrigação de Fazer e de Não Fazer

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

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

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

Administração.

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

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

II – deve estar estreitamente relacionada com a infração cometida, sendo vedada a determinação de prática ou abstenção de ato que não tenha qualquer relação com a conduta irregular apenada;
III – deve consistir em compensação direta aos consumidores ou usuários e/ou na adoção de medidas excepcionais para melhoria do serviço atingido, de preferência na área afetada, de modo a beneficiar os seus usuários.
(...) (grifos nossos)
74. Conforme se verifica do caput do art. 14 da minuta de Resolução, a sanção de obrigação de fazer ou não fazer resulta de ordem emanada por autoridade administrativa da ANEEL, de ofício ou com base em proposta do agente infrator. Pois bem.
75. A conduta lícita, a ser praticada pelo infrator, nos termos do art. 14, inciso I, da minuta de Resolução, somente poderá ser "diversa das já previstas em lei, regulamento ou contrato " caso tenha sido proposta pelo agente infrator. Isto porque, neste caso, será um acordo de vontades celebrado entre a ANEEL e o infrator, gerando assim uma penalidade alternativa à multa e que pode prever o cumprimento de obrigações que podem ser diversas das já previstas em lei, regulamento ou contrato.
76. De outro turno, conforme já ressaltado, caso a penalidade de obrigação de fazer ou não fazer seja aplicada de ofício pela ANEEL, entendemos que está vedada a imposição de obrigação diversa das previstas em lei, regulamento ou contrato, pois esta imposição não teria respaldo normativo. A previsão da possibilidade de imposição de sanção de obrigação de fazer e de não fazer não pode ser encarada como um cheque em branco assinado em favor da Agência Reguladora. Se a sanção é uma espécie de ato administrativo, entende-se que, como qualquer ato dessa natureza, é uma providência jurídica complementar da lei. Assim, se partimos da premissa de que a sanção é um instrumental da competência fiscalizatória da exploração das atividades do setor elétrico atribuída à ANEEL, então é de se concluir que a sanção de obrigação de fazer e de não fazer decorre de uma desconformidade da conduta do agente fiscalizado à legislação de regência de sua atividade. A sanção, portanto, visa ao restabelecimento do cumprimento da norma violada. Nesse sentido, a imposição da penalidade necessariamente deve estar vinculada ao cumprimento de uma obrigação prevista pelo arcabouço legal e/ou regulatório do agente fiscalizado que restou inobservada.
77. Nessa ordem de ideia, entendemos que a ressalva acima exposta deve ser incluída no inciso I do art. 14 da minuta de Resolução, assim como o inciso I do art. 15 da minuta de Resolução deve ser retificado ou excluído da versão final, pois dispõe que a sanção de obrigação de fazer ou não fazer "não pode se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados".
78. Na verdade, via de regra, a sanção de obrigação de fazer ou não fazer se restringirá ao cumprimento das obrigações já impostas pelo arcabouço regulatório e pelos contratos celebrados, salvo a hipótese, conforme visto, de proposta apresentada pelo agente infrator, que caso celebrada, poderá prever novas obrigações a serem cumpridas pelo agente infrator.
79. Neste diapasão, diante do dever da ANEEL de fazer cumprir as disposições legais, regulamentares e contratuais da concessão, desde que a obrigação imposta tenha estreita relação com a infração cometida, assim como seja uma obrigação já imposta pelas leis, regulamentos e contratos de concessão celebrados, ou decorrente de proposta apresentada pelo agente infrator, esta Procuradoria Federal entende pela legalidade da inclusão de penalidades de "obrigação de fazer ou de não fazer" no rol de sanções administrativas passíveis de aplicação pela Agência.

Outra inovação da Resolução Normativa n° 846, de 2019, da ANEEL, que confirma a orientação responsiva que permeou a formulação do novo modelo regulatório da Agência de Energia Elétrica, é a inclusão de um novo grupo de infrações na pirâmide de multas prevista no art. 8º da norma, criando um novo degrau no escalonamento punitivo. Anteriormente, a REN 063/2004 estabelecia quatro grupos de infrações sujeitas a multa, os quais agora passam a ser divididos em cinco:

> Art. 8º As infrações sujeitas a penalidade de multa serão divididas em cinco grupos, a que correspondem os seguintes limites percentuais incidentes sobre a base de cálculo estabelecida no art. 21:
> I - Grupo I: até 0,125% (cento e vinte e cinco milésimos por cento);
> II - Grupo II: até 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento);
> III - Grupo III: até 0,5% (cinco décimos por cento);
> IV - Grupo IV: até 1% (um por cento); e
> V - Grupo V: até 2% (dois por cento).

Além disso, mudança importante nesse sentido foi promovida nos parâmetros e critérios para fixação do valor da multa: diferentemente da REN 063/2004, a qual previa como base de cálculo a receita bruta total da companhia, a REN 846/2019 passa a adotar percentuais variáveis calculados sobre a Receita Operacional Líquida (ROL): 0,125% a 2% da ROL:

> Art. 21. A base de cálculo para aplicação de multa aos concessionários, permissionários ou autorizados de instalações ou serviços de energia elétrica será o valor da Receita Operacional Líquida - ROL ou o valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, ambos correspondentes aos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração - AI.
> § 1º As informações dos doze meses para a definição da base de cálculo serão aquelas exigidas e disponíveis na ANEEL no momento da lavratura do AI.
> § 2º No caso do tempo de operação ou de funcionamento das instalações do agente infrator ser inferior a doze meses, o valor da base de cálculo será anualizado considerando-se a média mensal dos valores disponíveis nesse período.
> § 3º No caso de agente de transmissão que não esteja em operação, a base de cálculo será a Receita Anual Permitida - RAP vigente na data da lavratura do AI.
> § 4º O valor estimado da energia produzida será dado pela soma, para cada usina sob responsabilidade do agente infrator, do produto da

> parcela da garantia física comprometida no Ambiente de Contratação Regulada - ACR pelo preço atualizado da energia comercializada e do produto da parcela da garantia física destinada ao Ambiente de Contratação Livre - ACL e/ou à autoprodução pelo Valor Anual de Referência - VR vigente quando da lavratura do AI.

Por fim, deve-se destacar a relevante iniciativa da ANEEL de prever, em compasso com as teorias de regulação por incentivos, a possibilidade de que o regulador se valha de Termo de Notificação para, no âmbito de uma ação de fiscalização, alertar o regulador sobre falha ou inconformidade detectada, oportunizando ao regulado corrigir o problema no prazo estipulado, sob pena de instauração de processo administrativo sancionador.

Trata-se de medida que era prevista na REN 063/2004 e foi fortalecida na hodierna REN 846/2019:

> Art. 25. A ação fiscalizadora será consubstanciada em TN contendo:
> I - identificação do órgão fiscalizador e respectivo endereço;
> II - nome, endereço e qualificação da notificada;
> III - descrição dos fatos levantados;
> IV - indicação de não conformidades ou determinação de ações a serem empreendidas pela notificada, se for o caso;
> V - identificação do representante do órgão fiscalizador, com seu cargo, função e assinatura; e
> VI - local e data da lavratura.
> § 1º O TN, acompanhado do respectivo relatório de fiscalização, será entregue ao interessado por meio que assegure a certeza de sua ciência.
> § 2º Na hipótese do art. 16, a ação fiscalizadora prescindirá de TN, sendo lavrado diretamente o AI, nos termos do § 2º do art. 29, no que couber.
> Art. 26. A notificada terá o prazo de quinze dias, contado do recebimento do TN, para manifestar-se sobre o seu objeto, inclusive juntando os elementos de informação que julgar convenientes.
> § 1º Quando da análise da manifestação da notificada, poderão ser solicitadas outros documentos ou informações julgadas necessárias ao melhor esclarecimento dos fatos relatados.
> § 2º A Superintendência responsável pela ação fiscalizadora poderá, excepcionalmente, conceder prorrogação do prazo, desde que solicitada tempestiva e justificadamente pela notificada.
> § 3º A manifestação ao TN deverá ser apresentada em documento específico.
> Art. 27. A decisão acerca da imposição das penalidades de que tratam os incisos I a VI do art. 5º será proferida pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora no prazo de quarenta e cinco dias, contado do recebimento da respectiva manifestação ou da fruição do prazo de que trata o art. 26.

> § 1º O TN será arquivado quando não comprovada a não conformidade ou sendo consideradas procedentes as alegações da notificada.
> § 2º Será lavrado AI quando comprovada a não conformidade e consideradas insatisfatórias as alegações apresentadas.
> Seção III
> Do Procedimento para Aplicação de Penalidades de Competência das Superintendências de Fiscalização
> Art. 28. O AI será emitido pelo Superintendente responsável pela ação fiscalizadora com a exposição de motivos da autuação e outros documentos pertinentes.

Ressalte-se que o instrumento, em total sintonia com o princípio do escalonamento responsivo das respostas do regulador ao comportamento em concreto de cada regulado – e, repise-se, utilizado há anos pela ANEEL sem que tal prática tenha sido objeto de qualquer questionamento por supostamente contrariar o preceito do dever-poder da Administração de instaurar, em qualquer circunstância, procedimento apuratório de infração –, oferece a adequada ferramenta para que a Agência não seja obrigada a abrir indiscriminadamente processos sancionatórios, que podem ser até mesmo desnecessários ou contraproducentes, porque o regulador tem a opção de, legitimamente, lançar mão de medida que pode revelar-se mais ágil, eficiente e efetiva para a consecução do objetivo de conformação do comportamento do regulado.

Diante de todo o exposto, observa-se que a experiência da ANEEL de implementação de modelo regulatório baseado em teorias de regulação por incentivos, seja pela adoção do Projeto de Fiscalização Responsiva, seja pela edição da Resolução Normativa n° 846, de 11 de junho de 2019, que define os procedimentos, parâmetros e critérios para a imposição de penalidades aos agentes do setor elétrico e dispõe sobre diretrizes gerais da ação fiscalizadora da Agência, constitui referência exemplar a ser considerada pela ANATEL no processo de revisão e atualização de seu marco regulatório.

1.5.2 ANAC

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) é uma das mais novas agências reguladoras. Foi criada pela Lei n° 11.182, de 27 de setembro de 2005, vinculada ao Ministério da Defesa, com o objetivo de regular e fiscalizar todas as atividades relacionadas à aviação, da fabricação de produtos aeronáuticos às regras de operação de voos e certificação dos profissionais, com a exceção das atividades de controle do espaço aéreo, que continuam sob a tutela do Comando da Aeronáutica.

Os setores regulados pela ANAC compreendem os setores de aviação civil, infraestrutura aeronáutica e aeroportuária e os sujeitos regulados são proprietários ou navegadores, oficinas de manutenção e fabricantes de aeronaves; responsáveis e operadores de aeródromos; profissionais da aviação civil; e empresas de serviços aéreos públicos e de formação e qualificação de pessoas para atuação no setor.

Não obstante a experiência da ANAC de esforço de implantação, nos últimos anos, de um modelo de regulação responsiva mereça relevo, conforme demonstrar-se-á neste tópico, a sistemática regulatória do próprio setor de aviação civil possui a peculiaridade de ser internacionalmente regida pelo princípio da "cultura justa", o qual é composto de elementos intrinsecamente associados aos preceitos de responsividade, o que por si só, como se verá, já justificaria a importância do estudo.

O termo "cultura justa" é amplamente utilizado na indústria da aviação, e cada vez mais aplicado na área de saúde, na análise de casos que envolvem erros médicos, para se referir ao conjunto de crenças, valores e padrões de conduta, que devem orientar o comportamento dos profissionais que atuam no setor, principalmente quanto ao cumprimento das normas que visam padronizar procedimentos e promover a segurança na prestação dos serviços aéreos, bem como para se explicitar como será a reação e o posicionamento dos gestores e

reguladores diante de falhas eventualmente cometidas durante a prestação dos diversos serviços (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

A aplicação do conceito de "cultura justa" na gestão da segurança aérea é o que garante aos sujeitos regulados que a apuração de erros e falhas, resultantes de condutas consideradas aceitáveis, será permeada por critérios de justiça e razoabilidade. Segundo a definição adotada pela Eurocontrol, trata-se da "cultura em que os operadores da linha da frente não são punidos por ações, omissões ou decisões tomadas por eles sendo proporcionais à sua experiência e treino, mas onde a negligência grave, violações intencionais e atos destrutivos não são tolerados."

Assim, a "cultura justa" funciona como uma diretriz institucional que equilibra as necessidades de notificações abertas e honestas dos colaboradores com um ambiente de aprendizado, no qual os profissionais sintam-se confortáveis relatando erros, estabelecendo atmosfera de confiança que mantém também uma cultura e um compromisso com a segurança em todos os níveis (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

Com efeito, a atividade aérea se desenvolve em um ambiente extremamente complexo e dinâmico, no qual o desempenho humano pode inevitavelmente falhar, mesmo a despeito de todos os esforços no sentido contrário. Quando as falhas acontecem, é necessário que todo o sistema responsável pela gestão e regulação do setor apurem a fundo a ocorrência e tomem conhecimento da integralidade de todas as informações e detalhes a respeito do fato, para que possam descobrir suas causas e adotar as providências necessárias e adequadas para prevenir novos casos (COMANDO DA AERONÁUTICA, 2012).

Desse modo, para que não ocorra a inibição dos reportes, são dadas garantias às entidades e aos indivíduos de que o **objetivo primário do sistema regulatório não é a punição *per si* das falhas e erros**, mas o aumento e desenvolvimento da segurança de voo e que, exceto em casos intoleráveis de

negligência grave, não serão abertos processos disciplinares por violações não premeditadas ou inadvertidas da lei.

Nesse sentido, os preceitos que orientam a regulação do sistema de aviação civil, inclusive a Norma Sistêmica do Comando da Aeronáutica 3-13/17 (NSCA), que trata dos Protocolos de Investigação de Ocorrências Aeronáuticas da Aviação Civil Conduzidas pelo Estado Brasileiro, baseiam-se na prevenção e gerenciamento do erro, por meio, principalmente, do estabelecimento de padrões e rotinas, no monitoramento de processos e na gestão de riscos. **Parte-se do pressuposto de que erros e anormalidades sempre podem ocorrer e devem ser identificados, estudados e livremente reportados** de forma a evitar futuras recorrências e que o erro de maior gravidade e ameaça é o erro não visível.

É nesse contexto, portanto, que a atuação regulatória da ANAC deve ser compreendida. Não sem razão, ela é classificada pela própria Agência sob dois aspectos: a natureza da regulação e o tipo de atividade. A natureza da regulação do transporte aéreo é dividida em quatro temáticas: *safety* (segurança operacional); *security* (segurança contra atos de interferência ilícita - AVSEC); regulação econômica de aeroportos; e acompanhamento do mercado de transporte aéreo. Os dois primeiros temas são comumente denominados regulação técnica, ao passo que os dois últimos, regulação econômica. Já a atuação da ANAC conforme o tipo da atividade regulatória exercida é classificada em três tipos: regulamentação, certificação e outorga, e fiscalização, conforme Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

A regulação técnica ocupa papel de destaque na Agência e visa, principalmente, à garantia da segurança aos passageiros e usuários da Aviação Civil, por meio de regulamentos que tratam da certificação e fiscalização da indústria. Ela decorre da necessidade de que as operações aéreas cumpram rígidos requisitos internacionais de segurança e de treinamento de mão de obra.

Já a regulação econômica refere-se ao acompanhamento do mercado de transporte aéreo, à regulação das relações de consumo nesse mercado – passageiro e empresa aérea – e à exploração econômica da infraestrutura aeroportuária – regulação de acesso (slots), tarifária dos aeroportos, de qualidade de serviço e de investimentos. Para tanto, são emitidos regulamentos que abrangem não somente as empresas aéreas, mas também os operadores de aeródromos.

Tendo em vista esse cenário geral da atividade regulatória da ANAC, passa-se ao exame das iniciativas de implementação de um modelo de regulação responsiva conduzidas pela Agência.

Primeiramente, vale observar que, assim como a ANEEL, a ANAC enfrentou no primeiro momento, não a disfuncionalidade de seu sistema normativo, mas a organização estrutural de sua atuação fiscalizatória, a qual refletia em uma prática descoordenada, não planejada e irrefletida do processo de inspeção e fiscalização do setor de aviação civil.

Com efeito, conforme descrito no Relatório 12 deste Projeto de Pesquisa, até 2012, todas as Superintendências da ANAC realizavam indistintamente, em sua respectiva esfera de competência, os processos de regulamentação (elaboração de normas), certificação/outorga (atestados iniciais que habilitam o operador a iniciar as operações) e fiscalização (garantia da manutenção da regularidade ao longo do tempo). Se, por um lado, esse modelo de atuação contribuiu, inicialmente, para que a Agência se tornasse conhecida e respeitada pelo setor regulado, por outro lado, nos termos argumentados no referido Relatório, tal sistemática, além de gerar problemas de coordenação, começou a comprometer o trabalho de fiscalização da ANAC de um tipo muito específico e danoso de irregularidade praticada no setor regulado: a operação clandestina de serviços aéreos, como transporte de passageiros e manutenção de aeronaves.

Desse modo, para superar o problema de integração e atuação coordenada da ANAC, a Agência criou, em 2012, a Gerência Geral de Ação Fiscal

(GGAF), com duas competências principais: a) coordenar e controlar as atividades dos servidores das unidades da "ponta", lotados nos núcleos regionais de aviação civil, em diversas regiões do país; e b) concentrar os esforços de fiscalização para combater a ação de agentes clandestinos.

Com a reforma organizacional, a Agência passou, também, a distinguir, sob um claro viés responsivo, conforme descrito no Relatório 12 deste Projeto de Pesquisa, as atividades de fiscalização em dois tipos: a) vigilância continuada, de caráter preventivo, de monitoramento e supervisão permanentes, destinada à manutenção ao longo do tempo das condições iniciais de certificação; e b) ação fiscal, destinada a combater atividades ilícitas – como o transporte clandestino – e detectar ação de sujeitos que tentam ludibriar o sistema regulatório. Assim, enquanto todas as Superintendências da Agência mantiveram a competência para atuar em atividades de vigilância continuada, passou a caber apenas à GGAF a responsabilidade pelas ações fiscais.

Após a reforma de sua estrutura organizacional, a ANAC inseriu, em 2015, em seu Planejamento Estratégico referente ao período de 2015-2019, os seguintes objetivos de aprimoramento de seu processo de fiscalização, os quais expressam evidente concepção responsiva da ação fiscalizadora, como instrumento de incentivo à conformação da conduta do regulado: a) promover um ambiente favorável ao cumprimento consciente dos requisitos regulamentares; e b) criar mecanismos efetivos de correção da conduta dos entes que colocarem em risco a qualidade e a segurança da aviação civil.

Esses objetivos estratégicos orientaram, então, a formulação e implementação de projetos considerados prioritários pela Direção da Agência: o projeto "Gestão da Fiscalização", o qual se fundamenta na figura do "elemento de fiscalização (EF)", que funciona como elo entre os comandos normativos e as atividades de fiscalização, traduzindo cada requisito legal em questão a ser objeto de inspeção (desde então, toda norma publicada pela ANAC deve conter um

compêndio de elementos de fiscalização, o qual orienta os fiscais sobre como a norma deve ser compreendida, aplicada e fiscalizada).

O segundo projeto prioritário, decorrente do Planejamento Estratégico da ANAC, foi o "Diretrizes para a Qualidade Regulatória da ANAC", o qual gerou a produção do Guia de Qualidade Regulatória da ANAC, anexo à Portaria nº 3.092, editada em 6 de setembro de 2017. Trata-se de norma paradigmática que estrutura a atividade regulatória da Agência em seis dimensões, sendo estabelecida para cada qual uma diretriz de atuação e objetivos específicos, conforme descrito na tabela abaixo trazida do Relatório nº 12 deste Projeto de Pesquisa:

Dimensão	Diretriz	Objetivos específicos
Ambiente Regulatório	A ANAC deve desenvolver um ambiente regulatório estável e sustentável	Promover um ambiente regulatório que possibilite a segurança jurídica para a construção de planos de negócio dos diversos segmentos do setor de transporte aéreo brasileiro.
		Estabelecer um modelo regulatório que permita a sustentabilidade das bases econômicas, sociais e ambientais do setor.
Regulação Técnica	A ANAC deve modelar seu arcabouço técnico-regulatório com base no risco associado às operações e orientado ao desempenho esperado dos entes regulados	Proteger a sociedade dos efeitos adversos de circunstâncias cujos riscos ela não dispõe de meios para avaliar.
		Promover o serviço adequado à sociedade, por meio de ações regulatórias que estimulem o constante aprimoramento técnico dos entes regulados.
Regulação Econômica	A ANAC deve modelar seu arcabouço econômico-regulatório para promover a	Promover o serviço adequado, por meio do estímulo à concorrência e, quando necessário, a redução dos efeitos de um

	concorrência, a fim de ampliar a oferta de serviços do setor	ambiente concorrencial limitado ou inexistente.
Regulamentação	A ANAC deve realizar a adequada intervenção regulatória quando necessário, mantendo sua estrutura normativa compreensível e atualizada	Garantir que os custos associados à intervenção regulatória sejam justificáveis perante os benefícios gerados.
		Promover a contínua melhoria da ação regulatória da Agência, por meio da avaliação da efetividade das intervenções realizadas.
Planejamento da Fiscalização	A ANAC deve planejar suas ações de fiscalização de forma coordenada, priorizando as atividades que possuam maior exposição ao risco e que configurem maior assimetria de informação às pessoas impactadas pelas operações	Alocar de maneira eficiente os recursos disponíveis na Agência para assegurar a eficácia das atividades de fiscalização.
		Desencorajar condutas dolosas, negligentes e imprudentes nas operações, por meio da ação fiscalizatória da Agência.
Execução da Fiscalização	A ANAC deve direcionar seus esforços para que suas ações de fiscalização induzam os entes regulados a apresentar o desempenho adequado	Promover o cumprimento aos requisitos previstos na regulamentação e estimular a manutenção da condição de certificação ou outorga.
		Promover o cumprimento aos requisitos previstos na regulamentação e estimular a manutenção da condição de certificação ou outorga.

Fonte: ANAC – Portaria nº 3.092, de 6 de setembro de 2017.

Tabela 5 – Dimensões e diretrizes regulatórias para a atuação da ANAC

Observe-se que o Guia de Qualidade Regulatória da ANAC, adotado em 2017, contempla diversos elementos próprios das teorias de regulação baseadas

em incentivos, em especial da teoria responsiva: priorização da fiscalização baseada em riscos e evidências, gradação das medidas administrativas decorrentes da fiscalização, que leva em consideração a natureza da atividade e o histórico do agente regulado, estímulo ao cumprimento das normas legais, coordenação das ações, entre outros.

Esse movimento de implementação de um modelo regulatório responsivo no âmbito da ANAC foi, em seguida, fortalecido pela criação do projeto prioritário "*Enforcement*", o qual tinha por objetivo estruturar uma "pirâmide de *enforcement*" a ser utilizada pela Agência em seu processo de monitoramento e fiscalização da conduta dos regulados, em linha com o que preconizam as teorias regulatórias de incentivo, conforme ilustrado na figura a seguir, disponibilizada pela própria Agência:

Pirâmide de *Enforcement* da Anac



Fonte: figura extraída da publicação "Radar" (ANAC, 2018b).

Ocorre que, ainda na fase de diagnóstico do projeto prioritário, conforme consignado no Relatório 12, a ANAC, ao identificar a existência de um enorme passivo de autos de infração, os quais levariam, pelas estimativas

efetuadas, quase 4 anos para serem concluídos, percebeu que as regras da própria atuação fiscalizatória da Agência precisavam ser revistas, pois não havia como se cogitar de um processo de caráter preventivo, orientativo e pedagógico se esse se arrastava por período tão longo.

Assim, investigando o problema, a equipe do projeto prioritário deduziu que tal situação seria resultado, em grande medida, do marco regulatório extremamente prescritivo e detalhista que regia a regulação do setor de aviação civil. Nesse sentido, diante da impossibilidade de a Agência revisar as normas e orientações internacionais que regulam o setor, a alternativa encontrada foi identificar, no âmbito de suas próprias regras, aquelas que pudessem ser objeto de reforma e aprimoramento.

Nesse contexto, foi, então, editada, em 6 de junho de 2018, a Resolução nº 472, a qual estabelece e disciplina as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC, instituindo as denominadas **providências administrativas preventivas**, cujo objetivo é estimular o cumprimento mais célere e eficaz dos ditames legais pelos regulados:

RESOLUÇÃO nº 472, de 6 de junho de 2018

Art. 1º Estabelecer, nos termos desta Resolução, as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização da aviação civil e da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária sob competência da ANAC.
Parágrafo único. Os dispositivos desta Resolução não se aplicam à fiscalização do cumprimento das cláusulas contidas nos contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, à fiscalização da regulamentação editada para discipliná-las e aos processos administrativos instaurados quando verificados indícios de infração às mesmas.

TÍTULO I
DA INTRODUÇÃO
CAPÍTULO I
DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para os fins desta Resolução, considera-se:
I - certificação: conjunto de atividades de competência da ANAC destinadas a verificar e atestar que um profissional, produto, empresa ou processo atende aos requisitos estabelecidos em legislação relativa à aviação civil, visando a proteger e a resguardar o interesse público conforme as disposições da lei, no interesse da segurança, e da qualidade dos serviços aéreos;
II - outorga: conjunto de atividades desempenhadas pela ANAC com o propósito de autorizar, delegar, permitir ou conceder a um interessado a

prerrogativa de operar serviço público regulado pela ANAC, obedecidas as condições de segurança e qualidade previstas nos processos de certificação;
III - fiscalização: conjunto de atividades de competência da ANAC destinadas a verificar se os requisitos aplicáveis a atividades reguladas pela ANAC estão sendo cumpridos, podendo ser de 2 (duas) naturezas:
a) vigilância continuada: fiscalização voltada ao acompanhamento do desempenho de serviço outorgado ou profissional, produto, empresa e processo certificados pela ANAC, objetivando verificar a manutenção do cumprimento aos requisitos e aos parâmetros previstos nos processos de certificação e outorga; e
b) ação fiscal: fiscalização voltada aos regulados que atuam no setor sem a devida certificação ou outorga, aos casos de ineficácia das medidas recomendadas em providências de vigilância continuada, bem como às atividades de proteção da sociedade;
IV - Plano de Ações Corretivas - PAC: documento apresentado pelo regulado, contendo minimamente a descrição das ações a serem adotadas para correção da condição irregular, cronograma para implementação das ações e a indicação de responsável.
V - regulado: pessoa física ou jurídica que exerce atividade regulada pela ANAC, sendo possuidora ou não de certificado ou outorga; e
VI - Relatório de Ocorrência - RO: é o ato administrativo pelo qual o agente da ANAC descreve as circunstâncias em que foram constatadas possíveis violações à legislação de aviação civil, com o objetivo de instruir o Processo Administrativo Sancionador - PAS com os elementos necessários à decisão.

CAPÍTULO II

DA FISCALIZAÇÃO E DOS SEUS RESULTADOS

Art. 3º O resultado da fiscalização desencadeará a adoção de providência administrativa, caso constatada infração durante ou após a fiscalização.
Parágrafo único. **As providências administrativas de que tratam o caput deste artigo classificam-se em preventiva, sancionatória e acautelatória**.
Art. 4º As decisões de aplicação do tipo de providência administrativa devem seguir o disposto nos Compêndios dos Elementos de Fiscalização - CEF, os quais poderão considerar critérios relacionados ao histórico de providências administrativas adotadas pela ANAC, ao atendimento aos planos de ações corretivas e aos indicadores de risco e de desempenho dos regulados.

Note-se que a nova Resolução da ANAC formaliza as duas espécies de fiscalização já utilizadas: uma exercida de forma continuada, que visa a monitorar a manutenção dos requisitos legais pelo regulado que obteve outorga ou certificado da Agência, e outra pontual, resultante de ação fiscal planejada, dirigida aos demais regulados do setor ou àqueles que, monitorados sob vigilância continuada, descumpriram eventuais medidas corretivas impostas pelo regulador. Mas, ao final de ambas, o resultado será a adoção de alguma das providências administrativas previstas na norma, as quais são classificadas em preventiva, sancionatória e acautelatória.

É de se destacar que a Resolução em comento, de forma inovadora e em total conformidade com os preceitos da regulação responsiva, autoriza, expressamente, o regulador a considerar, em sua decisão acerca de qual providência administrativa a ser adotada no caso concreto, o histórico do setor e do regulado, verificando as providências administrativas já exaradas anteriormente pela ANAC, o atendimento aos planos de ações corretivas, os indicadores de risco e o desempenho dos regulados, o que demonstra a abertura da Agencia para a aplicação de ferramentas regulatórias baseadas em dados e evidências e que utilizam inteligência analítica na tomada de decisão.

Em alinhamento, também, com os princípios das teorias da regulação por incentivo, a Resolução nº 472, da ANAC, adotou o escalonamento das respostas regulatórias, inovando ao estabelecer a possibilidade de implementação de providências administrativas preventivas, de caráter mais brando, previamente à adoção de medidas sancionatórias ou mesmo de medidas acautelatórias, oferecendo ao setor mais transparência e previsibilidade sobre a atuação da Agência:

RESOLUÇÃO nº 472, de 6 de junho de 2018

TÍTULO II
DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 5º A aplicação de providência administrativa preventiva não constitui sanção ao regulado e tem por objetivo estimular o retorno ao cumprimento normativo de forma célere e eficaz.

CAPÍTULO I
DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS PREVENTIVAS

Art. 6º Constituem-se providências administrativas preventivas:
I - Aviso de Condição Irregular - ACI; e
II - Solicitação de Reparação de Condição Irregular - SRCI.

Seção I
Do Aviso de Condição Irregular

Art. 7º O ACI pode ser emitido quando constatada infração de baixo impacto ou que não afete a segurança das operações aéreas.
Parágrafo único. A ANAC emitirá o ACI por meio de notificação ao regulado, contendo a descrição da infração detectada.

Seção II
Da Solicitação de Reparação de Condição Irregular

Art. 8º A SRCI pode ser emitida quando constatada infração cuja correção deva ocorrer em determinado prazo.
§ 1º A SRCI conterá a descrição da infração detectada.

§ 2º Da SRCI deverá constar prazo para correção da infração constatada ou concessão de prazo máximo de 60 (sessenta) dias ao regulado para apresentação de Plano de Ações Corretivas - PAC.
§ 3º O PAC será considerado aceito caso não haja manifestação da ANAC no prazo de 60 (sessenta) dias a partir de seu recebimento.
§ 4º O regulado deverá comprovar à ANAC a correção da infração dentro dos prazos estabelecidos na SRCI ou no PAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas.

TÍTULO III
DAS PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS
CAPÍTULO I
DOS TIPOS DE PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS

Art. 9º Constituem providências administrativas sancionatórias:
I - multa;
II - suspensão punitiva de certificados, licenças, concessões ou autorizações; e
III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações.

CAPÍTULO II
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
Seção I
Das Disposições Preliminares

Art. 10. Na condução dos processos administrativos de que trata esta Resolução serão observados, dentre outros, os princípios da legalidade, publicidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Seção II
Da Instauração do Processo Administrativo Sancionador

Art. 11. Constatada infração que justifique a adoção de providência administrativa sancionatória, será lavrado auto de infração, para fins de instauração de PAS.

Adicionalmente, observe-se que a norma prevê a possibilidade de o regulador valer-se de dois tipos de instrumentos preventivos: o Aviso de Condição Irregular (ACI), por meio do qual a ANAC simplesmente notifica o regulado acerca de inconformidade detectada, e a Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), quando a Agência estipula um prazo para a correção da conduta. O que distingue as situações aptas a ensejar a adoção de uma ou de outra providência é a natureza da infração e a avaliação acerca do impacto que ela pode causar. Quando a falha ou irregularidade é considerada de baixo impacto pelo regulador, ou seja, que não tem o condão de afetar a segurança das operações aéreas, a ANAC poderá lançar mão do mero Aviso de Condição Irregular.

Questão interessante que também merece realce é a previsão de que, na providência de Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI), quando

essa não puder ser atendida de forma imediata, é dizer, quando for necessária a concessão de prazo para a correção da situação, o regulado deverá apresentar, em até 60 (sessenta) dias, Plano de Ações Corretivas – PAC, cujos resultados deverão ser comprovados à ANAC, sob pena de adoção de outras providências administrativas.

Além disso, quando as providências preventivas se mostrarem insuficientes para garantir o cumprimento da norma pelo regulado, a ANAC poderá adotar um dos três instrumentos de caráter punitivo previstos na nova resolução: multa, suspensão punitiva e cassação.

A tabela, a seguir, disponibilizada no Relatório 12 deste Projeto, organiza e detalha bem as informações atinentes ao novo modelo de *enforcement* regulatório adotado pela ANAC:

Tipo	Providência administrativa	Finalidade	Aplicabilidade
Preventivas	Aviso de Condição Irregular (ACI)	Mero aviso (*warning*), destinado a alertar o ente regulado sobre alguma irregularidade	Irregularidades de baixo risco; regulados com bom histórico de compliance.
	Solicitação de Reparo de Condição Irregular (SRCI)	Concessão de prazo para que o regulado corrija a irregularidade verificada. O prazo pode ser determinado ou pactuado com o regulado, por meio de plano de ação corretiva (PAC).	Irregularidades de risco tolerável por certo prazo; regulados com bom histórico e com postura colaborativa.

Sancionatórias	Multa	Sanção pecuniária, com a finalidade de encarecer e desestimular as irregularidades e o descumprimento.	Irregularidades de risco tolerável, mas com reincidência. Regulado com histórico ruim em relação a outras infrações.
	Suspensão Punitiva	Retirar temporariamente o regulado infrator do mercado, de forma a desestimular ainda mais a prática de infrações e mandar um sinal a outros infratores.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações.
	Cassação	Retirar definitivamente o regulado infrator do mercado, de forma a impedir que preste mais serviços e que volte a gerar risco à aviação.	Irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização. Regulados com péssimo histórico de infrações, incluindo suspensões anteriores.
Acaute-latórias	Detenção, apreensão, suspensão cautelar	Restringir imediatamente a operação do agente infrator, ou da infraestrutura ou do produto adulterado, de forma a evitar expor outras pessoas a risco.	Risco iminente: irregularidades de alto risco. Ilícitos – operar sem a devida autorização.

Fonte: ANAC – Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018 e portarias com os compêndios de elementos de fiscalização de diversos regulamentos da Agência.

Tabela 6 – Providências Administrativas ANAC na Fiscalização

Sobre os resultados já gerados pelo novo modelo regulatório da ANAC, que privilegia a adoção de providências preventivas como forma de solucionar problemas regulatórios de modo mais ágil e eficiente, registra-se que, após dois anos de implementação dos referidos projetos – Gestão da Fiscalização, Diretrizes para a Qualidade Regulatória e *Enforcement* – considera-se que, embora a Agência tenha logrado êxito na positivação e institucionalização de mecanismos de regulação responsiva, inclusive no estabelecimento de uma pirâmide de *enforcement,* as mudanças concretas em sua prática de atuação ainda seguem sendo implementadas de forma gradual e precisam ser apoiadas por ações de capacitação e conscientização do servidores, as quais possam permitir a introjeção de novos valores e cultura organizacionais.

Diante disso, no contexto de um novo plano estratégico – cuja vigência prevista é de 2020 até 2026, a Agência persegue um terceiro estágio na implantação de sua pirâmide de *enforcement* e a internalização de mecanismos de regulação responsiva, por meio de pesquisa em curso com a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Registre-se, por fim, que a experiência da ANAC, ora relatada, não é desconhecida da Anatel e tampouco a adoção da Resolução nº 472/2018 passou desapercebida. Ao contrário, a publicação do ato foi, inclusive, objeto de consideração específica em Voto nº 127/2018/SEI/PR do Conselheiro Leonardo Euler de Morais, no Processo nº 53500.205186/2015-10 (ANATEL, 21/12/2018), o qual assentou:

> Por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor (MACD) nº 523/2016 (SEI 0925934), veio à apreciação deste Colegiado proposta de Consulta Pública de Regulamento de Fiscalização Regulatória. Sua relatoria se deu nos termos da Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033), no âmbito da 851ª Reunião do Conselho Diretor (RCD), realizada em 17/5/2018, ocasião em que solicitei vista dos autos.

> Cuida o presente Voto da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor (MACD) nº 523/2016 (SEI 0925934), de 31/10/2016, pela qual se encaminhou proposta de Consulta Pública de Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) a este Colegiado.
> A proposta foi objeto de relatoria apresentada pelo Conselheiro Anibal Diniz, nos termos da Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033) e seus anexos, na 851ª Reunião do Conselho Diretor (RCD), realizada em 17/5/2018, ocasião em que solicitei vista dos autos.
> A partir de então foram realizadas pelo Gabinete diversas reuniões com representantes das Superintendências de Planejamento e Regulamentação (SPR), Outorga e Recursos à Prestação (SOR), de Fiscalização (SFI), de Controle de Obrigações (SCO) e de Relações com Consumidores (SRC). Além disso, o tema foi tratado em reuniões com a Procuradoria Federal Especializada da Agência (PFE-Anatel), representantes de prestadoras e interlocutores do meio acadêmico.
> Sobreveio, em 06/06/2018, a aprovação, pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) da Res. nº 472/2018, que estabelece providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização. Esse instrumento regulatório de fôlego, por tratar de temática regulatória similar àquela tratada nos presentes autos, mereceu igualmente exame e foi objeto de encontros com representantes da referida Agência.
> As reflexões que foram suscitadas a partir de todas essas reuniões, encontros e estudos, bem como a construção interna da convicção a respeito da proposta, apontaram para a necessidade de instrução adicional acerca de determinados aspectos indispensáveis para a formação de manifestação final.
> Por tal razão, nos termos do Voto nº 19/2018/SEI/LM (SEI 3400520), foi apresentada proposta de conversão da deliberação em diligência à SPR, em conjunto com as demais Superintendências. A aprovação da referida proposta ocorreu na 860ª RCD, realizada em 25/10/2018. A diligência foi atendida nos termos do Informe nº 131/2018/SEI/PRRE/SPR (SEI 3441224). Em 16/11/2018, os autos foram reencaminhados para apreciação.

Diante do exposto, conclui-se que a experiência da ANAC de implementação de modelo regulatório baseado nas teorias de regulação por incentivos – adoção dos Projetos de Gestão da Fiscalização, de publicação das Diretrizes para a Qualidade Regulatória e do Projeto *Enforcement*, de constituição de pirâmide de fiscalização responsiva, bem como edição da Resolução nº 472/2018, que estabelece e disciplina as providências administrativas decorrentes do exercício das atividades de fiscalização sob competência da ANAC, em especial as providências preventivas preliminares às ações sancionatórias – constitui importante referência a ser considerada pela Anatel em seu processo de implementação de modelo regulatório responsivo.

1.5.3 ANS

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é a agência reguladora do Governo Federal, vinculada ao Ministério da Saúde, que atua na regulação, normatização, controle e fiscalização do setor de planos privados de saúde no Brasil, cuja finalidade institucional, nos termos do art. 3º, da Lei nº 9.961/2000, é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

O marco legal da regulação da saúde suplementar encontra-se na Lei n° 9.656, de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e na Lei n° 9.961, de 2000, de criação da ANS, a qual atribui à Agência as competências para propor políticas e diretrizes gerais para a regulação do setor e fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras. A ANS é também responsável por fiscalizar as operadoras no que concerne à apuração de indícios de infração à saúde suplementar, aplicando penalidades, quando as provas dos autos assim indicarem; fomentando, em fase pré-processual, a resolução de conflitos junto aos beneficiários; bem como induzindo as operadoras à adoção do comportamento exigido pela legislação.

No âmbito da ANS, é a Diretoria de Fiscalização (DIFIS) a unidade responsável pela fiscalização das atividades das operadoras e por zelar pelo cumprimento das normas do setor. Cabe à DIFIS instaurar, instruir e decidir em primeira instância os processos administrativos, além de competir-lhe a missão de oportunizar e estimular a resolução de conflitos, bem como de coordenar o atendimento aos consumidores por meio de canais de relacionamento, inclusive pessoalmente nos Núcleos da Agência (ANS, 2020).

A experiência da Agência Nacional de Saúde Suplementar desponta não só como de especial relevância na agenda da reforma regulatória brasileira, em busca da modernização de seu modelo, mas constitui, também, diante dos

resultados já apresentados, *case* de análise obrigatória para se compreender as potencialidades da implementação de ferramentas regulatórias baseadas nas teorias da regulação por incentivos.

Observa-se que, ainda em sua Agenda Regulatória do período de 2016-2018, a ANS elegeu o tema do "Aperfeiçoamento do Ambiente Regulatório" como uma de suas prioridades, buscando identificar resultados que permitissem a **modulação da atividade regulatória de acordo com o comportamento dos entes regulados** e traçando como metas, entre outras, a melhoria das ações de fiscalização, monitoramentos e regimes especiais e a intensificação das ações de redução da assimetria de informações (ANS, 2019).

Como grande diferencial do seu processo de reforma regulatória, ressalta-se que a ANS, desde o primeiro momento, definiu como elemento norteador dos debates a concepção da **fiscalização não como instrumento punitivo, mas como ferramenta de indução às boas práticas por parte das operadoras de planos de saúde** (ANS, 2019).

Nesse sentido, o exercício da atividade fiscalizadora da ANS passou por profundas transformações nos últimos anos, as quais resultaram na revisão dos normativos que disciplinavam a fiscalização da Agência e na publicação da Resolução Normativa - RN n° 388, de 2015, a qual revogou os diversos normativos esparsos que tratavam da matéria, tais como a RN nº 343, de 17 de dezembro de 2013, que regulamentava a forma de processamento das demandas de reclamação e o procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar – NIP; a RN nº 48, de 19 de setembro de 2003, que dispunha sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de sanções no âmbito da ANS; e a RN nº 223, de 28 de julho de 2010, que dispunha sobre o programa de fiscalização proativa.

A edição da Resolução Normativa nº 388, de 25 de novembro de 2015, foi um marco para o setor, pois consolidou a fase pré-processual, que possibilita aos regulados corrigir os problemas na prestação do serviço e, com isso, evitar a

instauração de processo sancionador, bem como reparar, ainda que posteriormente, mas antes da lavratura do auto de infração, os eventuais prejuízos e danos causados pelo descumprimento de suas obrigações regulatórias e, com isso, obter o arquivamento do processo.

A publicação do referido normativo promoveu alterações substanciais nos procedimentos adotados pela ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizatórias, tendo como foco a racionalização dos processos, com vistas a conferir maior celeridade e eficiência na tutela das normas legais e infralegais disciplinadoras do mercado de saúde suplementar, em especial aquelas que afetam diretamente o beneficiário, assim como a promoção de maior segurança jurídica ao setor de saúde suplementar (ANS, 2019).

Para se compreender a estrutura do processo decisório no âmbito da ANS, é preciso considerar que a Agência se dedica, preliminarmente, a propiciar a mediação e solução consensual direta entre beneficiário e prestadora de serviço. Em uma fase que denomina de "pré-processual", a Agência oferece ao consumidor a possibilidade de registrar, por meio de uma central de atendimento, reclamação acerca da negativa ou má qualidade do serviço; a partir da demanda cadastrada pelo usuário através dos canais de atendimento da ANS, a operadora é notificada, por meio eletrônico, e tem até dez dias úteis para adotar as medidas necessárias à solução do problema. Trata-se da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, instrumento que visa a intermediar os conflitos existentes entre beneficiários e operadoras de planos de saúde, com índice impressionante de resolutividade superior a 90% (noventa por cento). Resolvido o conflito, não há que se falar em abertura de processo administrativo sancionador.

Caso o problema não seja resolvido mediante a NIP e subsistam indícios de infração à saúde suplementar, um auto de infração pode ser lavrado pela ANS, dando início, assim, a um célere processo administrativo sancionador no âmbito da Agência.

Nesse aspecto, vale notar que um dos objetivos da Resolução Normativa - RN n° 388, de 2015, era eliminar o passivo processual existente na Diretoria de Fiscalização da ANS: em abril de 2014, a área contava com um estoque de mais de 50 mil processos acumulados e a duração média do trâmite processual era de 611 dias. Em 2019, esse passivo foi zerado e o tempo médio de tramitação processual foi reduzido para 96 dias, entre apuração, decisão e recurso. Com o fim desse acúmulo de processos e maior eficiência das análises, os resultados também se refletiram no aumento do número de multas aplicadas e de valores arrecadados, que tiveram um incremento de 125%. Ou seja, as alterações promovidas pela supracitada norma geraram não somente um ganho de eficiência e produtividade à gestão da atividade fiscalizatória, como também a celeridade imprimida ao processo punitivo contribuiu para aumentar o índice de resolutividade da NIP (ANS, 2020):

> Resolução Normativa – RN n° 388, de 2015
> Art. 2° No âmbito da ANS, os processos administrativos instaurados para apuração de infração aos dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, que poderão resultar em aplicação de sanção administrativa, serão regidos pelas disposições desta Resolução Normativa.
> CAPÍTULO III
> DA FASE PRÉ-PROCESSUAL
> Art. 4° À ANS, compete, de ofício ou mediante provocação, cientificada do suposto cometimento de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar, instaurar:
> I – Procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar - NIP; ou
> II – Procedimento administrativo preparatório, prévio à fase processual sancionatória;
> Seção I
> Da Notificação de Intermediação Preliminar
> Subseção I
> Das Disposições Preliminares
> Art. 5º O procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP consiste em um instrumento que visa à solução de conflitos entre beneficiários e Operadoras de planos privados de assistência à saúde - operadoras, inclusive as administradoras de benefícios, constituindo-se em uma fase pré-processual.
> Parágrafo único. A NIP é classificada em:
> I - NIP assistencial: a notificação que terá como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial; e
> II- NIP não assistencial: a notificação que terá como referência outros temas que não a cobertura assistencial, desde que o beneficiário seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de intermediação.
> Subseção II
> Do procedimento NIP

Art. 6º Todas as demandas que se enquadrem nas definições do parágrafo único do art. 5° recepcionadas pela ANS por quaisquer de seus canais de atendimento serão automaticamente registradas no procedimento da NIP.
§ 1° São consideradas demandas de reclamação aquelas em que o beneficiário ou seu interlocutor relate o descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais obrigatórias por parte de operadora.
(...)

Subseção III
Da Fase de Intermediação Preliminar (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 10. Recebida a demanda de reclamação pela ANS, a operadora será notificada para que adote as medidas necessárias para a solução da demanda junto ao beneficiário nos seguintes prazos:
I - até 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial; e
II - até 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial.
§ 1º A operadora se considera notificada na data da disponibilização da notificação no espaço próprio do endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br).
§ 2º O prazo para adoção das medidas necessárias para a solução da demanda começará a ser contado a partir do primeiro dia útil seguinte à data da notificação.
Art. 11. A resposta da operadora deverá ser anexada no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br) em até 10 (dez) úteis da notificação, acompanhada de todos os documentos necessários para a análise da demanda, incluindo a comprovação de contato com o beneficiário ou seu interlocutor. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
§ 1° A documentação anexada pela operadora deverá demonstrar de forma inequívoca:
I - a solução da demanda, comprovando, no prazo previsto no caput, por qualquer meio hábil, que o beneficiário foi cientificado da resolução do conflito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis na NIP assistencial e no prazo de 10 (dez) dias úteis na NIP não assistencial, informando qual meio de contato utilizado, a data e o seu respectivo teor; ou
II - a não procedência da demanda.
§ 2° O não atendimento ao caput e ao parágrafo primeiro deste artigo implicará na classificação da demanda como não resolvida na forma do inciso III do art. 14
Art. 12. Findo o prazo previsto no art. 10, salvo nas hipóteses do art. 13, a demanda de reclamação será considerada resolvida, caso o beneficiário, dentro dos 10 (dez) dias subsequentes:
I - informe que o conflito foi solucionado pela operadora; ou
II - não efetue contato de retorno junto à ANS noticiando que sua demanda ainda carece de solução.
§ 1º A presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo não impede o beneficiário de, a qualquer tempo, retornar o contato com a ANS relatando que a demanda não foi solucionada, quando esta será reaberta e encaminhada para análise fiscalizatória.
§ 1º A presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo não impede o beneficiário de, a qualquer tempo, retornar o contato com a ANS relatando que a demanda não foi solucionada, quando esta será reaberta e encaminhada para classificação. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
§ 2º Ainda que o beneficiário não efetue o retorno conforme o caput ou o § 1º deste artigo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos II a VII do art. 13 importará na análise fiscalizatória da demanda.

§ 2º Ainda que o beneficiário não efetue o retorno conforme o caput ou o § 1º deste artigo, a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos II a VII do art. 13 importará na classificação da demanda. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
§ 3º Quando do registro da demanda de reclamação, o beneficiário será informado da necessidade de retornar o contato com a ANS no prazo de 10 (dez) dias após o término do prazo para manifestação da operadora, devendo ser comunicado com clareza do teor do caput e do § 1º deste artigo.
§ 4º Finalizado o prazo para resposta da operadora, o beneficiário será novamente informado da necessidade de entrar em contato com a ANS no prazo que resta para completar aquele disposto no §3º, a fim de comunicar se sua demanda foi ou não solucionada, e que a sua omissão acarretará a presunção de resolução de que trata o inciso II deste artigo.

Não sem razão, por reconhecer que a RN nº 388/2015 fortaleceu o procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar e teve papel fundamental na redução do passivo de processos administrativos sancionadores da ANS, a experiência foi premiada pela FGV Direito Rio, em dezembro de 2018, com a menção honrosa no "Prêmio Melhores Práticas em Regulação", o qual objetivou reconhecer e dar destaque às melhores práticas de regulação adotadas por agências reguladoras no Brasil (ANS, 2019).

Ressalte-se que, caso as operadoras não respondam às demandas NIP no prazo de 10 dias úteis, após o envio da notificação, essas são encaminhadas, automaticamente, para elaboração de análise fiscalizatória, nos termos do inciso II do art. 13 da RN nº 388, de 2015:

Resolução Normativa – RN nº 388, de 2015
Subseção IV
Da Fase de Classificação das Demandas (Redação dada pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 13. Decorridos os prazos previstos na Subseção III desta Seção I, será efetuada classificação das demandas que se enquadrem nas seguintes hipóteses: (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
I - demandas com retorno do beneficiário informando que a questão não foi solucionada pela operadora;
II - demandas não respondidas pela operadora no prazo previsto no art. 11;
III - demandas com relato de realização do procedimento no SUS;
IV - demandas com relato de determinação judicial para resolução do conflito;
V- demandas institucionais, oriundas dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;
VI – demandas que envolvam infração de natureza potencialmente coletiva; e
VII – demandas que tenham sido instauradas de ofício pela ANS.

Ou seja, com a não resolução do conflito entre beneficiário e operadora de saúde, dá-se, então, início à utilização do segundo instrumento inovador, também de caráter responsivo, previsto na normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que é a análise fiscalizatória, no âmbito da qual os servidores da equipe da NIP analisam se o relato do beneficiário constitui, de fato, uma infração à legislação do setor de saúde suplementar. Caso tenha havido infração, é verificado se a operadora reparou voluntária e eficazmente os danos ou prejuízos causados ao beneficiário. Cumpre registrar que o reconhecimento da reparação voluntária e eficaz - RVE somente é possível quando houver resposta tempestiva da Operadora, já que cabe à Operadora a prova da reparação voluntária e eficaz (ANS, 2019).

Desse modo, a análise fiscalizatória poderá ter os seguintes desfechos, conforme o artigo 14 da RN nº 388, de 2015:

> Art. 14. A classificação da demanda se aterá ao relato do beneficiário e à resposta apresentada pela operadora, resultando nas seguintes indicações: (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> I - não há indício de infração; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> II – resolvida através da reparação voluntária e eficaz - RVE;
> III – não resolvida;
> IV - beneficiário não pertence à operadora;
> V - demanda em duplicidade; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> VI - insuficiência de dados mínimos para identificação do beneficiário, da operadora e da infração relatada; ou; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> VII - agente regulado não responsável. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> §1° O conteúdo do relatório conclusivo será disponibilizado à respectiva operadora no espaço próprio do endereço eletrônico da ANS na Internet (www. ans. gov. br).
> § 2° O beneficiário que tenha ativado seu cadastro no endereço eletrônico da ANS será cientificado do conteúdo do relatório conclusivo por meio de espaço próprio no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br).
> § 3° O beneficiário que não tenha ativado seu cadastro no endereço eletrônico da ANS na Internet (www.ans.gov.br) poderá obter informações sobre a conclusão de sua demanda através da central de atendimento da ANS ou de qualquer dos Núcleos da ANS.
> § 4° Caso seja supervenientemente constatada a insubsistência das razões que determinaram o arquivamento da demanda, na forma dos incisos I a III e VI do caput, esta será reaberta, dando-se prosseguimento ao seu rito.

> § 5º A qualquer tempo, motivadamente, demanda registrada nos canais de atendimento pode ser reaberta de ofício pela ANS. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 6º Todas as demandas serão finalizadas, exceção das classificadas como não resolvidas, hipótese em que prosseguirá para a fase prevista na subseção subsequente. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 7º Na hipótese prevista no inciso IV, nova demanda será registrada em face da operadora a qual o beneficiário possui vínculo e, na hipótese prevista no inciso VII, em face da operadora ou da administradora responsável. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Uma vez não resolvida a demanda, essa será encaminhada para providências sancionatórias junto aos fiscais da ANS, os quais ainda poderão, antes da lavratura do auto de infração e ainda em fase pré-processual, realizar, motivadamente, a classificação residual das demandas quando ocorrer a reparação voluntária e eficaz – RVE por parte da operadora, com a adoção, reconhecida, das medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

Registre-se que essa nova chance concedida ao regulado, de solucionar o problema antes da instauração do processo administrativo, foi inserida na norma pela Resolução Normativa - RN nº 444, de 01 de abril de 2019. Ocorre que, até então, as demandas classificadas como "não resolvidas" na fase pré-processual, no âmbito do instrumento de intermediação de conflitos (Notificação de Intermediação Preliminar), eram direcionadas para o fiscal para a lavratura imediatamente do auto de infração, o qual formalmente inaugura o processo administrativo sancionador. Se por um lado tal medida parecia garantir o *enforcement* da norma e assegurar celeridade e redução de passivo processual, verificou-se, posteriormente, contudo, que um grande percentual de autos de infração era anulado após a operadora exercer o contraditório e ampla defesa em sede processual (ANS, 2020).

Assim, com vistas a reduzir o risco de anulação de autos de infração, a ANS decidiu alterar a RN nº 388, de 2015 para, entre outras medidas, criar uma

etapa denominada classificação residual, que permite ao agente de fiscalização, responsável pela lavratura do auto, decidir motivadamente, em até 3 (três) dias úteis após o recebimento da demanda, ainda em fase pré-processual, por alterar a classificação ou tipificação do ato supostamente infracional:

> Subseção V
> Da Fase de Classificação Residual das Demandas (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> Art. 16. Todas as demandas classificadas como não resolvidas serão encaminhadas aos fiscais que, poderão, antes da lavratura do auto de infração e ainda em fase pré-processual, realizar, motivadamente, a classificação residual das demandas, modificando, quando for o caso, a respectiva classificação ou tipificação. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 1º Em hipótese alguma a demanda será devolvida para reanálise da equipe responsável pela classificação. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 2º Quando alterada a classificação, o status da demanda será modificado do inciso III do art. 14 para uma das hipóteses previstas nos outros incisos do mesmo artigo. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 3º A demanda somente poderá ser reclassificada para o inciso II do art. 14 na hipótese de configurada a ocorrência da Reparação Voluntária e Eficaz - RVE dentro do prazo previsto no art. 10, conforme a natureza da demanda. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 4º A modificação de tipificação somente é compatível com a manutenção da classificação prevista no inciso III do art. 14. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> § 5º Instrução de Serviço da Diretoria de Fiscalização fixará o prazo máximo para exercício da classificação residual pelo fiscal. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)
> Seção II
> Do Procedimento Administrativo Preparatório
> Art. 17. A reclamação, a solicitação de providências ou petição assemelhada que, por qualquer meio, forem recebidas pela ANS, desde que contenham indícios suficientes de violação da lei ou de ato infra legal, bem como que não se enquadrem no procedimento da NIP, caracterizar-se-ão como denúncia, cuja apuração se dará de acordo com os procedimentos a seguir, ressalvado o rito disposto no art. 25 desta Resolução.
> Art. 18. Recebida a denúncia, cabe ao órgão competente remeter notificação à operadora para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresente resposta.
> Art. 19. Findo o prazo previsto no art. 18, com ou sem resposta da operadora, o órgão competente procederá à análise dos documentos acostados aos autos do processo e concluirá pelo:
> I - arquivamento da demanda, caso não procedente; ou
> II - arquivamento da demanda, por reconhecimento da RVE; ou
> III - prosseguimento do feito, iniciando-se a fase processual do processo administrativo sancionador.
> Seção III
> Da Reparação Voluntária e Eficaz
> Art. 20. Considera-se reparação voluntária e eficaz - RVE a adoção pela operadora de medidas necessárias para a solução da demanda, resultando na reparação dos prejuízos ou danos eventualmente causados e no cumprimento útil da obrigação.

§ 1° Nos casos tratados através do procedimento NIP, a reparação voluntária e eficaz somente será reconhecida caso a operadora adote as medidas previstas no caput deste artigo nos prazos definidos no art. 10 desta Resolução.
§ 2° Nos demais casos, somente será reconhecida a RVE caso a operadora adote as medidas previstas no caput em data anterior à lavratura do auto de infração ou de representação.
§ 3º Na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, a prova inequívoca deverá ser feita por meio de apresentação de documentação que comprove a devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária, quando será reconhecida a RVE, desde que observados os prazos previstos nos parágrafos 1º e 2º deste artigo.

Vale notar que o fato de a Resolução, em exame, abrir a possibilidade de que a ANS se utilize de **instrumentos de regulação dialógica de conformação de condutas, anteriormente à instauração do típico processo administrativo, não impede, todavia, tampouco limita ou compromete, *per si*, a eficácia e efetividade da atuação da Agência**. Ao contrário, essa continua podendo lançar mão, a qualquer momento, dos instrumentos regulatórios necessários para responder de forma mais rigorosa e dissuasiva a condutas inadequadas das operadoras de planos de saúde. Isso porque, não obstante a diretriz seja no sentido de que a lavratura do auto de infração se dê após ultrapassada a fase pré-processual, o processo administrativo também poderá ser instaurado a partir de representação ou no âmbito de quaisquer modalidades de fiscalização da Agência:

CAPÍTULO IV
DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
Art. 21. Ultrapassada a fase pré-processual, prevista no Capítulo III, será instaurado o processo administrativo para apuração de infração a dispositivos legais ou infra legais disciplinadores do mercado de saúde suplementar e aplicação de sanção, através da lavratura de:
I - Auto de Infração; ou
II - Representação
Seção I
Do Auto de Infração
Art. 22. Identificados os indícios de infração a dispositivo legal ou infra legal disciplinadora do mercado de saúde suplementar será lavrado auto de infração em formulário próprio e com numeração sequencial.
Art. 23. A lavratura do auto de infração incumbe, privativamente, aos agentes especialmente designados pela Diretoria de Fiscalização – DIFIS para exercício das atividades de fiscalização.
Art. 24. O auto de infração conterá os seguintes elementos:

I – numeração sequencial do auto;
II- nome, endereço e qualificação do autuado;
III – local e data da lavratura;
IV– resumo dos atos ou fatos geradores da infração.
V- indicação do dispositivo legal e/ou infra legal infringido, para cada infração contida no auto de infração;
VI - a sanção aplicável;
VII - identificação do autuante, com nome, cargo ou função, número de matrícula e assinatura;
VIII - determinação de cessação da prática infrativa, se for o caso, sob pena da aplicação de multa diária.
Parágrafo único. As incorreções ou omissões do auto de infração não acarretarão sua nulidade, quando dele constarem elementos suficientes para identificar a infração e o dispositivo legal ou infra legal infringido e possibilitar a defesa do autuado.
Seção II
Da Representação
Art. 25. Identificados, por qualquer dos órgãos da ANS, indícios suficientes de infração às disposições legais ou infra legais disciplinadoras do mercado de saúde suplementar de sua competência, o órgão técnico competente deverá observar o seguinte rito:
I - instaurar o devido processo administrativo com vistas a apurar os indícios de irregularidades e instruir procedimento administrativo com os documentos que julgar pertinentes, observando-se, no que couber, as disposições do Capítulo II desta Resolução;
II - conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, notificar o infrator quanto aos fatos considerados indícios de infração aos dispositivos legais ou infra legais, concedendo prazo de 10 (dez) dias para manifestação;
III - receber a resposta da operadora, se houver, e proceder à análise dos motivos apresentados por esta, manifestando-se fundamentadamente;
IV - caso entenda pela insubsistência dos indícios de infração ou pela ocorrência de reparação voluntária e eficaz da conduta, arquivar o procedimento;
V – caso entenda pela manutenção dos indícios de infração ou na hipótese de ter considerado não haver conveniência e oportunidade para envio da notificação prevista no inciso II, lavrar a representação e intimar o infrator para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar defesa, observando-se o disposto na seção III do Capítulo IV;
VI - receber a resposta da operadora, se houver, e proceder à análise conclusiva sobre a configuração ou não da infração objeto de apuração e remeter o processo à DIFIS para proferir decisão de primeira instância;
§ 1º. A representação lavrada nos termos do inciso V deste artigo deverá observar o disposto no art. 24 desta Resolução Normativa, no que couber.
§ 2°. O procedimento administrativo de que trata este artigo poderá ser instaurado para apurar um ou mais indícios de infração, cujo monitoramento, análise ou solicitação sejam de responsabilidade da mesma Diretoria.
§ 3°. A ANS não instaurará o procedimento previsto neste artigo para apurar indícios de infrações relativas ao não envio ou ao envio irregular à ANS das informações ou dos documentos obrigatórios cometidas por operadoras que tenham tido sua autorização de funcionamento e/ou seu registro cancelados, e promoverá o arquivamento dos procedimentos e processos administrativos de representação envolvendo tais operadoras, quando pendentes de decisão.
§ 4°. O disposto no §3° deste artigo não se aplica aos processos envolvendo as operadoras que tiveram o cancelamento de sua autorização de funcionamento ou registro em razão de cisão, fusão ou incorporação.

§ 5°. Identificados indícios de infração às disposições legais ou infra legais disciplinadoras do mercado de saúde suplementar que tenham como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial ou, não se relacionando à cobertura assistencial, afetem o beneficiário diretamente pela conduta e a situação seja passível de intermediação, os órgãos da ANS deverão comunicar tais fatos à Diretoria de Fiscalização, para adoção das providências cabíveis, na forma desta Resolução.
[...]
Seção II
Das Demais Modalidades de Fiscalização
Art. 47. Independentemente do enquadramento de qualquer operadora nos fluxos processuais definidos nesta Resolução, a DIFIS poderá, por meio de seus órgãos e agentes competentes, **deflagrar quaisquer outras ações fiscalizatórias que se mostrem necessárias**, sejam remotas ou in loco, nos casos em que forem constatados quaisquer **indícios de anormalidades ou desequilíbrios, bem como em caso de relevante descumprimento das normas legais e regulamentares que regem o setor de saúde suplementar**.

Ressalte-se que, segundo a Resolução, caberá ao órgão técnico competente, ao exercer o juízo de admissibilidade acerca da representação, analisar a situação concreta e as informações disponíveis e decidir, motivada e fundamentadamente, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, acerca da instauração do processo.

Sublinhe-se que um dos interessantes instrumentos regulatórios indutores de conformidade, previsto na norma da ANS, é o direito garantido às operadoras de obterem desconto percentual de 80% (oitenta por cento) sobre o valor da multa, correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado, caso comprovem terem adotado, nas demandas decorrentes de procedimento da NIP, as providências necessárias à solução da demanda em até 10 (dez) dias úteis, contados da data do encerramento do prazo de Reparação Voluntária e Eficaz – RVE.

Trata-se de medida que, ao privilegiar o atendimento efetivo da necessidade do beneficiário do plano de saúde, confirma o caráter essencialmente responsivo que vem sendo conferido ao modelo regulatório no setor de saúde suplementar. Com efeito, se a garantia do acesso ao atendimento médico e aos

demais serviços de saúde constituem, *in casu,* o objetivo final e maior da regulação, não faria sentido ou se mostraria razoável que o ente regulador se utilizasse de seus instrumentos regulatórios para fins estritamente sancionatórios ou até arrecadatórios sem, com isso, obter a desejada conformação do comportamento das empresas reguladas:

> Subseção III
> Da Reparação Posterior
> Art. 34. Nas demandas decorrentes do procedimento da NIP, caso o interessado adote as providências necessárias à sua solução em até 10 (dez) dias úteis, contados da data do encerramento dos prazos de Reparação Voluntária e Eficaz – RVE previstos no art. 10 desta Resolução, e as comprove inequivocamente, inclusive dando ciência ao beneficiário, fará jus a um desconto percentual de 80% (oitenta por cento) sobre o valor da multa correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração lavrado.
> §1º O desconto previsto no caput somente será aplicável se a operadora apresentar requerimento de pagamento antecipado e à vista do valor da multa pecuniária correspondente à infração administrativa apurada no auto de infração ou na representação lavrados, na petição em que apresentar sua defesa.
> §2º Não será admitida como reparação da conduta, para efeito de obtenção do desconto, os seguintes casos:
> I - demandas relativas à negativa de cobertura para procedimento de urgência e emergência;
> II - cobertura garantida apenas por força de determinação judicial;
> III - quando constatado que a cobertura se deu no âmbito do SUS;
> IV - nos casos de procedimentos eletivos, ambulatorial ou hospitalar, quando a operadora não comprovar a efetiva realização do procedimento dentro do prazo previsto no caput;
> V - na hipótese de cobrança de valores indevidos ao beneficiário diretamente pela operadora, quando não houver a prova inequívoca da devolução em dobro da quantia paga, acrescida de juros e correção monetária; e
> VI - infrações de natureza potencialmente coletivas.
> §3º Para fins de aplicação do desconto previsto neste artigo, não serão considerados para o cálculo da multa correspondente as causas de aumento e diminuição da pena, bem como as agravantes e atenuantes aplicando-se, contudo, os fatores de compatibilização previstos na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS.
> §4º Na hipótese prevista no caput deste artigo, será elaborada decisão e o órgão técnico competente que lavrou o auto de infração ou a representação tomará as medidas cabíveis para viabilizar o pagamento.

Complementarmente aos mecanismos regulatórios de natureza mais conciliatória e resolutiva, a ANS conta com ferramentas de controle de índole tradicionalmente mais interventiva e punitiva. Essas ações estão organizadas sob

o manto do Programa de Intervenção Fiscalizatória, disciplinado pelos artigos 48 a 54 da RN nº 388/2015, o qual consiste, segundo a norma, no conjunto de ações fiscalizatórias planejadas, sistematizadas e com escopo pré-definido, conforme o previsto no Plano Semestral, executadas em operadoras selecionadas, de acordo com critérios de seleção objetivos, por agentes especialmente designados para a realização das operações fiscalizatórias, a fim de identificar e solucionar falhas operacionais e administrativas que dão causa a condutas infrativas potencial e/ou efetivamente praticadas.

Segundo a própria Agência, os seus esforços de fiscalização são direcionados às operadoras que apresentam número significativo de reclamações em comparação ao seu universo de beneficiários, buscando enfrentar a origem dos problemas. Ou seja, o objetivo primordial do Programa é indicar às empresas os procedimentos errados que estão sendo feitos para que corrijam e melhorem o atendimento ao consumidor, induzindo a mudança de comportamento da operadora, por meio de uma visão macro dos seus processos de trabalho e também ajudando na identificação mais precoce de casos graves (ANS, 2019).

É de se observar que mesmo a Intervenção Fiscalizatória, não obstante a inafastável característica dissuasória do processo, se reveste de aspectos que buscam evidentemente conferir responsividade à atuação da ANS, prevendo a adoção de mecanismos de fiscalização baseada em análise de risco, de informações e de evidências. Senão vejamos.

A Intervenção Fiscalizatória da ANS é organizada sob o formato de ciclos. Cada Ciclo de Fiscalização corresponde ao período semestral de acompanhamento de todas as demandas processadas no procedimento de Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, o qual subsidia a construção do Indicador de Fiscalização. O primeiro Ciclo de Fiscalização iniciou-se com a entrada em vigor da RN nº 388, de 2015. Os demais ciclos de fiscalização ocorreram de forma sucessiva e subsequente, com cortes temporais semestrais.

O Indicador de Fiscalização corresponde à média aritmética ponderada das demandas processadas através do procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP, classificadas como resolvidas pelo reconhecimento da reparação voluntária e eficaz – RVE e não resolvidas, registradas durante o ciclo de fiscalização. É o Indicador de Fiscalização, portanto, o elemento utilizado para enquadrar e classificar as operadoras de planos de saúde em determinadas faixas, segundo o seu desempenho, como, por exemplo, quanto à resolução de demandas de reclamação. O Indicador de Fiscalização de cada operadora é publicado no sítio institucional da ANS na internet (www.ans.gov.br), após o fim de cada ciclo.

Desse modo, a ANS trabalha com Planos Semestrais de Intervenção Fiscalizatória, baseados em Notas Técnicas que fundamentam os critérios utilizados na definição da listagem das operadoras a serem fiscalizadas a cada ciclo, os quais levam em consideração, além do próprio Indicador de Fiscalização, a capacidade operacional e financeira da Agência para realização de inspeções.

O resultado das ações de Intervenção Fiscalizatória é consubstanciado em Relatórios de Acompanhamento de cada operadora, os quais contemplam a análise final do cumprimento ou não dos itens relacionados no Relatório Diagnóstico. Caso o relatório de acompanhamento indique o descumprimento, total ou parcial, dos itens relacionados no relatório diagnóstico, ou conclua pela não comprovação do cumprimento nos prazos estipulados, a operadora será notificada para prestar esclarecimentos ou corrigir as irregularidades encontradas, sob pena da adoção de medidas administrativas e da aplicação de penalidades:

Seção III
Da Intervenção Fiscalizatória

Art. 48. A Intervenção Fiscalizatória corresponde a um programa de ações fiscalizatórias planejadas, sistematizadas e com escopo pré-definido, conforme o previsto no Plano Semestral, executadas em operadoras selecionadas de acordo com critérios de seleção objetivos, por agentes especialmente designados para a realização das operações fiscalizatórias, a fim de identificar e solucionar falhas operacionais e administrativas que dão causa a condutas

infrativas potencial e/ou efetivamente praticadas. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 48-A O Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória, contendo as operadoras a serem fiscalizadas a cada ciclo de fiscalização, será executado pelos agentes designados pela DIFIS.(Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 49. As operadoras constantes do Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória serão selecionadas com base em critérios detalhados em Nota Técnica, que será publicada no sítio eletrônico da ANS. (Alterado pela RN nº 414, de 11 de novembro de 2016).

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, poderão ser acrescidas outras operadoras ao Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória, levando-se em consideração fatos e eventos relevantes que possam comprometer o adequado funcionamento do mercado de Saúde Suplementar, com aprovação do Diretor de Fiscalização.

Art. 50. A inclusão de operadora no Plano Semestral de Intervenção Fiscalizatória não impede que o ente regulado seja alvo de outras operações de fiscalização, de visitas técnicas ou de qualquer outra medida por parte da ANS.

[...]

Art. 53. De acordo com o percentual de cumprimento das recomendações apontadas em relatório diagnóstico elaborado no curso da Intervenção Fiscalizatória, serão aplicadas as seguintes penalidades e medidas: (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019

I – penalidade pecuniária tipificada na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

II - afastamento das medidas previstas nesta Resolução que tratam do pagamento antecipado e à vista com desconto em substituição à apresentação de defesa, e da reparação posterior; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

III - afastamento do reconhecimento da Reparação Voluntária e Eficaz – RVE em todas as demandas em que for parte;

IV - penalidade de suspensão do exercício do cargo tipificada na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 1º Nos casos em que for constatado cumprimento inferior a 100% (cem por cento) até 80% (oitenta por cento) das recomendações, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 2º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 79,9% (setenta e nove vírgula nove por cento) a 60% (sessenta por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além da medida prevista no inciso II, pelo prazo de 30 (trinta) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 3º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 59,9% (cinquenta e nove vírgula nove por cento) a 40% (quarenta por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 4º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 39,9% (trinta e nove vírgula nove por cento) a 20% (vinte por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 60 (sessenta) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 5º Nos casos em que for constatado o cumprimento de 19,9% (dezenove vírgula nove por cento) a 10% (dez por cento) das recomendações apontadas

no Relatório Diagnóstico, será aplicada a penalidade de multa pecuniária prevista no inciso I, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 75 (setenta e cinco) dias; (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 6º Nos casos em que não for constatado o cumprimento de, ao menos, 10% (dez por cento) das recomendações apontadas no Relatório Diagnóstico, serão aplicadas as penalidades de multa pecuniária e suspensão do exercício do cargo de administrador previstas nos incisos I e IV, além das medidas previstas nos incisos II e III, pelo prazo de 90 (noventa) dias. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 7º Conforme a situação constatada, a Diretoria de Fiscalização encaminhará os elementos colhidos para avaliação de instauração de regimes especiais aos órgãos competentes, podendo ser adotada a qualquer tempo e em qualquer ciclo, em face da observância de indícios de graves anormalidades técnico-assistenciais e/ou econômico-financeiras. (Alterado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 8° A aplicação da penalidade prevista no inciso I nas hipóteses dos §3º e §4°, todos deste artigo, não será inferior à metade da sanção máxima prevista na norma que dispõe sobre a aplicação de penalidades no âmbito da ANS. (Parágrafo incluído pela RN nº 414, de 11.11.2016) (Revogado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

§ 9° A medida prevista no inciso V poderá ser adotada a qualquer tempo, em qualquer ciclo, em face da observância de indícios de graves anormalidades técnico-assistenciais e/ou econômico-financeiros. (Parágrafo incluído pela RN nº 414, de 11.11.2016) (Revogado pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-A. Findas as etapas da Intervenção Fiscalizatória previstas em Instrução Normativa, nas hipóteses de descumprimento, total ou parcial, das recomendações, ou no caso de não comprovação do cumprimento dentro do prazo estipulado, será lavrado auto de infração, observando-se as disposições dos arts. 22 a 24 da presente RN. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Parágrafo Único. Lavrado o auto de infração, a operadora será notificada para, querendo, apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-B. Caso os esclarecimentos e documentos apresentados sejam insuficientes para comprovar o cumprimento das recomendações, ou a operadora não se manifeste no prazo estabelecido no parágrafo único do art. 53-A, serão apresentados subsídios para a autoridade competente decidir pela procedência total ou parcial do auto de infração, pelo percentual de cumprimento das recomendações e pelas penalidades e medidas aplicáveis. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Art. 53-C. Compete ao Diretor de Fiscalização proferir decisão de aplicação das penalidades e/ou medidas previstas no âmbito da Intervenção Fiscalizatória, sendo a operadora notificada seguindo-se os procedimentos previstos na presente RN. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

[...]

Art. 55-A Em ações de excelência fiscalizatória, que estimulem a capacidade das operadoras em resolver conflitos junto aos seus beneficiários, a Diretoria de Fiscalização poderá dispor sobre os prazos previstos no art. 10 e no art. 34 (NIP e reparação posterior) da presente RN, sujeito à aprovação prévia pela Diretoria Colegiada, sem prejuízo da fixação de outros benefícios indutores que sejam compatíveis com a normatização vigente. (Incluído pela RN nº 444, de 01/04/2019)

Por fim, as recomendações e penalidades resultantes da Intervenção Fiscalizatória são monitoradas no escopo de um especial ciclo de acompanhamento subsequente à diligência e as operadoras que não migrarem, no mínimo, para a faixa de desempenho imediatamente melhor qualificada ou não providenciarem os ajustes das irregularidades apontadas no Relatório de Diagnóstico, sujeitando-se à aplicação de novas e mais gravosas punições.

Apresentada a exitosa experiência da ANS de revisão de seu modelo regulatório para adequá-lo às modernas e mais eficientes estratégias prescritas pelas teorias de regulação baseadas em incentivo, cumpre registrar que a Agência segue dando continuidade ao processo de aprimoramento de sua atuação, com enfoque especial na atividade fiscalizatória. Merece destaque, nesse sentido, o desenvolvimento de Sistema Integrado de Fiscalização – SIF, que abrange o fluxo completo do processo administrativo sancionador, desde a demanda apresentada pelo beneficiário na fase pré-processual (ANS, 2020).

Também cabe ressaltar a iniciativa de monitoramento permanente, iniciada em 2019, das deliberações de segunda instância que reformam ou revisam, integral ou parcialmente, as decisões exaradas pela Diretoria de Fiscalização da ANS em sede de primeira instância administrativa. Trata-se de medida que objetiva mapear e analisar as razões que fundamentam a revisão das decisões, de modo a adotar providências para corrigir eventuais equívocos e garantir maior robustez e eficácia à atuação sancionatória da Agência (ANEEL, 2020).

Por derradeiro, vale sublinhar, ademais, o projeto em curso no âmbito da ANS, de elaboração de espécie de código comentado que compilará os fundamentos legais e regulamentares, doutrinas, pareceres jurídicos e jurisprudência sobre as regras e os tipos de infração vigentes no setor de saúde suplementar, a fim de uniformizar e difundir o conhecimento acerca da matéria. Trata-se de medida fundamental que, conforme propugnado pelas teorias de regulação baseadas em incentivos, pode contribuir para a orientação dos

regulados e dos beneficiários do serviço – em um processo de fortalecimento da regulação em rede – para a redução da típica assimetria informacional que geralmente caracteriza a relação entre regulador e regulados.

Em face do todo o exposto, constata-se que a experiência da ANS de implementação de norma que oferece ao regulador não só instrumentos, alternativos à sanção, de indução e conformação de comportamentos de regulados, mas, também, a necessária discricionariedade para que a autoridade competente decida, motivadamente, no caso concreto, sobre a necessidade, oportunidade e conveniência da instauração de um processo administrativo de apuração e punição, deve ser objeto de dedicado exame por parte da Anatel em sua busca por *benchmarkings*, em especial ao se considerar os significativos resultados de melhoria regulatória que, em tão pouco tempo, o projeto da ANS indica ter sido capaz de produzir.

1.5.4 ANTT

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, criada por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com a atribuição de regular os setores de transporte rodoviário e ferroviário interestadual e internacional de passageiros e cargas, bem como os setores de exploração de infraestrutura ferroviária, rodoviária e dutoviária federais concedidas, além de atuar na proteção dos interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transportes (Lei nº 10.233/2001, art. 11, III), fim último e maior de sua atuação.

Para desempenhar a sua missão, a ANTT dispõe, como todas as agências reguladoras, do poder normativo de impor regras e obrigações que conformam o comportamento das empresas que atuam no setor, bem como do necessário poder sancionatório, por meio do qual, como *ultima ratio*, a entidade pune o regulado que atua de forma irregular com penalidades de advertência,

multa, suspensão, cassação ou declaração de inidoneidade, consoante rol do art. 78-A, da Lei nº 10.233, de 2001.

Embora, tradicionalmente, como se demonstrou ao longo deste Projeto de Pesquisa, as agências reguladoras brasileiras utilizem o processo sancionador como instrumento preferencial de regulação de condutas, adotando o clássico modelo regulatório de comando e controle, a ANTT destoa, em certa medida, desse universo, pois, desde os primórdios de sua atuação, a Agência vem buscando imprimir uma sistemática de diálogo e concertação com os setores e agentes regulados.

Com efeito, a ANTT foi uma das primeiras agências a regulamentar, por meio de resolução normativa própria (Resolução nº 152, de 16 de janeiro de 2003), a celebração de Termo de Ajuste de Conduta – TAC com as reguladas e o fez, com um escopo diferente do adotado por outras agências, para permitir a correção de irregularidades ou pendências, visando a assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público. A finalidade do TAC, instituído no âmbito da ANTT, foi evidenciada pela Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, que, dispondo sobre o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades, consignava o seguinte:

> Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

Não obstante todo o debate e polêmica instalados em torno da implementação desse instrumento pela Agência[7], o fato é que sua implementação,

[7] Além da discussão acerca da juridicidade da instituição do TAC por norma própria, não obstante a ausência de previsão legal, havia o debate sobre a natureza e características diversas do instrumento instituído pela ANTT, o qual, diferentemente dos demais, não era considerado um

sem dúvida, contribuiu para estabelecer uma cultura mais responsiva e permeável à busca de soluções negociadas no âmbito da ANTT.

À vista disso, observa-se que, ainda em sua agenda regulatória estratégica referente ao ciclo 2014-2019, já se encontrava prevista a adoção de iniciativas dirigidas ao aprimoramento e atualização do modelo regulatório da Agência, inclusive para torná-lo mais aderente às boas práticas internacionais, com referência expressa a temas de simplificação, desburocratização e atuação responsiva.

Nesse contexto, foi editada a Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, a qual aprova, no âmbito da ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização.

Observe-se que, embora em seu art. 2º, a Resolução disponha sobre a obrigação da autoridade, que tiver ciência de infrações legais ou contratuais, ou de indícios de sua prática, de promover a respectiva apuração imediata do fato, mediante instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo – o que poderia levar à apressada e equivocada conclusão de que o normativo da ANTT impõe o inafastável e indiscriminado dever-poder do regulador de sempre providenciar a abertura do processo apuratório – o artigo 17 da mesma Resolução é expresso em autorizar a utilização, pela autoridade, de

---

verdadeiro acordo substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador, já que se constituía em instrumento hábil para o propósito de correção de pendências ou irregularidades cometidas por concessionárias e permissionárias de serviços públicos de transportes terrestres e não impedia a Agência de deflagrar processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades. Esse debate perdeu o sentido com a aprovação da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, conhecida como Lei Geral das Agências Reguladoras, a qual dispõe, em seu artigo 32, que "Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997."

procedimentos de averiguações preliminares quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo:

> Art. 2º A autoridade que tiver ciência de infrações legais ou contratuais, ou de indícios de sua prática, é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, assegurados, nesta hipótese, o contraditório e a ampla defesa.
> Parágrafo único. Para efeitos do que dispõe este artigo, considera-se autoridade, além dos Diretores, os titulares de unidades organizacionais, seus respectivos substitutos, bem como aqueles que se enquadrarem na hipótese do §2º do Art. 5º deste regulamento.
> Art. 3º Qualquer servidor da ANTT que, em razão do cargo ou da função exercida, tiver conhecimento de infração legal ou contratual, ou indícios de sua prática, deve levá-la imediatamente a o conhecimento da autoridade competente para adoção das providências cabíveis.
> Art. 4º As infrações, ressalvadas as hipóteses previstas no Art. 5º, serão apuradas por meio de Processo Administrativo Ordinário, nos termos do Capítulo II, do Título III do presente Regulamento.
> §1ºOs Processos Administrativos Ordinários serão instaurados por um ou mais Diretores ou pelos Superintendentes de Processos Organizacionais em suas esferas de competência, devendo tal fato ser previamente comunicado à Diretoria Colegiada.
> §2º A instrução dos processos de que trata este artigo compete à Comissão de Processo Administrativo instaurada no âmbito da Superintendência responsável.
> §3º Compete à Diretoria Colegiada o julgamento das infrações de que trata este artigo.
> Art. 5º As infrações puníveis com penalidades de multa ou advertência serão apuradas por meio de Processo Administrativo Simplificado, nos termos do Capítulo I, do Título III deste Regulamento.
> (...)
>
> CAPÍTULO II
> DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO
> Seção I
> Dos procedimentos preliminares
> Art. 17. A autoridade competente poderá, de ofício ou à vista de representação, efetuar averiguações preliminares, quando os indícios da prática de infração não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.
> §1º O procedimento de averiguações preliminares será concluído em até trinta dias úteis, prorrogáveis, em caso de justificada necessidade.
> §2º O disposto neste artigo não se aplica quando as diligências devam ser realizadas por outros órgãos ou entidades, em virtude de convênio.
> §3º As averiguações preliminares poderão ser realizadas sob sigilo, no interesse das investigações, nos termos da Política de Segurança da Informação e Comunicações vigente na ANTT.
> Art. 18. No curso do procedimento de averiguações preliminares e nos procedimentos de fiscalização, a autoridade competente poderá:
> I - requisitar dos agentes envolvidos, no caso de pessoas jurídicas, de seus administradores e acionistas, do autor da representação ou de terceiros, informações, esclarecimentos e documentos;

> II- requerer a outros órgãos e entidades públicas informações, esclarecimentos e documentos;
> III - realizar inspeções e diligências;
> IV - adotar medidas administrativas, inclusive a interdição de estabelecimentos e equipamentos para a cessação imediata de irregularidades;
> V- reter veículos e os documentos visando à correção imediata de irregularidades; e
> VI - adotar quaisquer outras providências que considerar necessárias.
> Art. 19. No curso do procedimento, a autoridade competente determinará:
> I - o seu arquivamento, se inexistente infração, comunicando o fato à autoridade superior;
> II - a instauração de processo administrativo sancionador; ou
> III - a realização de novas diligências.
> Art. 20. Atuando em caráter preventivo e orientador, a autoridade competente poderá, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo para apuração de infração:
> I - nos casos previstos em regulamento específico ou contrato, alertar o ente regulado quanto às inconformidades verificadas, indicando o prazo previsto para que sejam sanadas mediante lavratura do Termo de Registro de Ocorrência - TRO;
> II - determinar a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas administrativas previstas em regulamento específico ou contrato;
> Art. 21. A autoridade competente editará ato interno para determinar formas procedimentais para averiguações preliminares e procedimentos gerais de fiscalização.

De fato, na linha do quanto argumentado à exaustão neste Relatório, **o dever legal de apuração de falhas e irregularidades não pode ser interpretado ampliativamente no sentido de que, em qualquer hipótese e sob quaisquer circunstâncias, se proceda à abertura de um processo formal que, não somente implica em custos para a Administração, como também requer a movimentação de toda a máquina burocrática, sem que, preliminarmente, seja verificada a necessidade, oportunidade e conveniência da apuração e, em última análise, a existência da própria justa causa para a instauração do processo**.

Note-se que a Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, da ANTT, não desonera a autoridade reguladora da obrigação de adotar, no curso dos procedimentos de averiguações preliminares, todas as medidas administrativas necessárias, inclusive de natureza cautelar, para induzir ou impor o cumprimento das regras. Trata-se, por óbvio, de se conferir ao regulador a possibilidade de se

valer de outros instrumentos de regulação, que não apenas o processo sancionador, para obter a almejada conformação do comportamento dos regulados.

Nesse sentido, é de se destacar, também, a possibilidade consignada na Norma de que a ANTT, atuando, necessária e responsivamente, de modo preventivo e orientador, alerte o regulado acerca de inconformidades verificadas, oportunizando a ele a correção dos problemas apontados, antes de que sejam instaurados sequer os próprios procedimentos de averiguações preliminares, bem como determine, também previamente à instalação de tais procedimentos, a imediata cessação e correção da inconformidade, inclusive, aplicando as demais medidas regulatórias.

Não solucionadas as inconformidades detectadas, a Resolução da ANTT prevê a lavratura de Termo de Registro de Ocorrência, o qual constitui instrumento de caráter pré-processual, que visa a notificar o regulado para correção da situação, no prazo estipulado. Esgotado esse prazo sem que a empresa tenha providenciado a regularização da conduta, deve a Agência, então, adotar as medidas administrativas cabíveis, incluindo-se a instauração do devido processo administrativo sancionatório.

Ressalte-se que, ao contrário do que eventualmente se possa argumentar, não há um incentivo à leniência na adoção de modelo regulatório que preveja, como no caso da ANTT, a possibilidade de o regulador se valer de um leque de opções regulatórias e não apenas se restringir ao processo punitivo como instrumento de regulação de condutas. Com efeito, veja que Resolução não obriga o regulador a percorrer todo o percurso persuasivo prévio à abertura do processo, mas, em sentido oposto, estabelece a possibilidade de que a auto de infração seja lavrado a qualquer momento:

Subseção I
Do Termo de Registro de Ocorrência
Art. 22. O Termo de Registro de Ocorrência - TRO será lavrado pela fiscalização da ANTT, quando previsto em regulamentação específica ou

contrato, previamente à abertura de processo administrativo, para comunicação às sociedades empresárias, concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados ou inscritos perante a ANTT, visando à correção de inconformidade que caracterize infração, dentro do prazo definido.

Art. 23. O TRO deverá conter:

I - identificação da sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatária, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT;

II - identificação da inconformidade;

III - dispositivo regulamentar ou contratual que caracterize a infração, no caso de não correção da ocorrência após o prazo previsto;

IV- local, data e hora da constatação da ocorrência;

V - prazo para correção da ocorrência; e

VI - identificação e assinatura do fiscal, ou sua assinatura digital.

§1º O TRO será entregue ao representante ou preposto da sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatária, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT, no local da ocorrência; no endereço, por meio de serviço postal; por meio eletrônico, nos termos do Capítulo V, do Título II; ou por outros meios legalmente admitidos.

§2º O representante ou preposto, ao receber o TRO em meio físico, deverá apor o ciente e registrar sua identificação, data e hora, para fins de início da contagem do prazo para correção da ocorrência.

§3ºNa hipótese de o TRO não conter o ciente, for encaminhado ao endereço ou entregue por meio eletrônico, o prazo para correção da ocorrência terá início a partir da data registrada no aviso de recebimento ou no sistema de envio eletrônico.

§4º Esgotadas as formas de comunicação previstas nos parágrafos anteriores, será feita a publicação do TRO no Diário Oficial da União.

§5º Nos casos das Concessões Rodoviárias e Ferroviárias o TRO somente poderá ser entregue a representante ou preposto da concessionária pessoalmente, ou por meio eletrônico.

Art. 24. Nos casos das Concessões Rodoviárias e Ferroviárias, efetuada a correção, a Concessionária cientificará a fiscalização da ANTT, que verificará sua execução.

Art. 25. Esgotado o prazo para correção da inconformidade apontada no TRO, e não comprovado o atendimento, a ANTT adotará as medidas administrativas cabíveis, incluindo-se a lavratura do Auto de Infração, ao qual será anexado cópia do TRO, seja em meio físico ou digital.

Seção II

Do Auto de Infração

Art. 26. O Auto de Infração será lavrado mediante a verificação da prática de infração, no curso de qualquer ato ou procedimento administrativo.

§1º Deve ser lavrado um Auto de Infração para cada infração constatada, exceto quando as infrações tiverem o mesmo fato gerador.

§2ºO Auto de Infração poderá também ser lavrado em decorrência de representação de órgão da administração pública ou de comunicação à ANTT de flagrante policial.

Art. 27. O Auto de Infração, que observará os modelos aprovados pelas Superintendências de Processos Organizacionais competentes, será numerado.

§1º Uma vez lavrado, o Auto de Infração não poderá ser inutilizado nem ter sustada sua tramitação, devendo o autuante remetê-lo à autoridade competente, ainda que haja incorrido em erro no preenchimento, hipótese em que prestará as informações necessárias à sua correção.

§2º Na hipótese a que se refere o §1º, as informações serão prestadas no próprio Auto de Infração ou em documento anexo.
§3º Nos casos em que não for possível a correção, o Auto de Infração será declarado nulo pela autoridade competente, mediante justificativa do autuante.
§4º A declaração de nulidade do Auto de Infração deve ser comunicada ao autuado.
Art. 28. O Auto de Infração poderá ser lavrado em documento físico ou por registro em sistema eletrônico, conforme disciplinado no Capítulo V, do Título II deste Regulamento.
Art. 29. O Auto de Infração conterá, no que couber, as seguintes informações:
I - identificação da pessoa física ou jurídica infratora;
II - relato circunstanciado da infração cometida;
III - dispositivo legal, regulamentar, de edital de licitação ou contratual infringido e a(s) penalidade(s) prevista(s);
IV - ordem de cessação da prática irregular;
V - prazo para apresentação de defesa;
VI - local, data e hora da identificação da irregularidade; e
VII - identificação do autuante.
Parágrafo único. Eventual omissão ou incorreção na capitulação legal, regulamentar, editalícia ou contratual, mencionada no inciso III, não invalida o Auto de Infração, desde que os fatos estejam relatados circunstanciadamente, descrevendo com clareza a conduta punível.

Da penalidade

Art. 63. A aplicação da penalidade não isenta o infrator da obrigação de corrigir a irregularidade, assim como a correção de eventuais faltas ou irregularidades não é causa de extinção de punibilidade.
Art.64. A Superintendência de Processo Organizacional competente poderá, alternativamente à instauração ou continuidade do processo, firmar com sociedade empresária, concessionária, permissionária, autorizatária, transportador habilitado ou inscrito perante a ANTT, Termo de Ajuste de Conduta, nos termos previstos neste Regulamento, visando à adequação da conduta irregular às disposições legais, regulamentares ou contratuais.
Art. 65. Nos casos em que houver previsão legal, regulamentar ou contratual para a aplicação da penalidade de suspensão, cassação, decretação de caducidade da outorga ou declaração de inidoneidade, a Diretoria Colegiada da ANTT poderá, alternativamente, aplicar a pena de multa considerando a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.
Art. 66. A imposição de penalidade dar-se-á sem prejuízo de apuração da responsabilidade civil e penal.

Em continuidade ao seu processo de reforma regulatória, a ANTT incluiu na Resolução nº 5.810, de 3 de maio de 2018, que aprovou o Regimento Interno e a Estrutura Organizacional da Agência Nacional de Transportes

terrestres, comando destinado a fortalecer e consolidar a visão responsiva da regulação no setor[8]:

> Art. 4º A ANTT deverá sempre considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de **soluções administrativas consensuais para o atendimento ao interesse público**.

Logo em seguida, a Agência editou, também, a Resolução nº 5.823, de 2018, que estabelece os requisitos e procedimentos para celebração e acompanhamento de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a ANTT e os agentes por ela regulados. De acordo com a Resolução, o TAC poderá ser celebrado para corrigir descumprimentos de obrigações contratuais, legais ou regulamentares pelo agente regulado ou, ainda, nos casos em que esgotados os efeitos do descumprimento, compensar tais efeitos por meio da execução de obrigações não previstas originalmente no contrato.

Não obstante todos os avanços implementados, a ANTT, recentemente, concluiu ser necessário aprofundar ainda mais o processo de modernização de seu modelo regulatório e, com isso lançou, em maio de 2019, o **Projeto de Atuação Responsiva, o qual foi incluído no Planejamento Estratégico do ciclo 2020-2030** da Agência, com o objetivo principal de alcançar maior efetividade em sua atuação e de reduzir os custos regulatórios (ANTT, 2020).

Para justificar a urgência e importância de adoção do referido Projeto, a ANTT apresenta os seguintes dados exemplificativos da ineficácia de sua

---

[8] Recentemente, dito normativo foi alterado pela Resolução ANTT nº 5.888, de 12 maio de 2020, no seguinte sentido:
Art. 6º A ANTT deverá considerar em sua atuação regulatória a possibilidade de instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito.
(...)
Art. 123. As normas processuais previstas neste Regimento Interno aplicam-se aos processos em andamento, na fase em que se encontrarem.
Parágrafo único. Os processos administrativos para apuração de infrações e aplicação de penalidades serão regidos por norma processual própria, aplicando-se este Regimento Interno subsidiariamente.

atuação regulatória, ainda baseada em grande medida em estratégias de comando e controle que privilegiam a aplicação de medidas sancionatórias:

> Como exemplo, a ANTT, entre 2013 e 2019, emitiu durante as atividades de fiscalização das concessionárias que exploram as rodovias federais um total de 1.351 aplicações de notificação de multa, dos quais apenas 1,77% foram pagas, mostrando um elevado nível de judicialização. O histórico das ações de fiscalização da ANTT demonstra, nesse sentido, que esse contexto de alta inadimplência de multas acaba por induzir os regulados a não atender plenamente as obrigações contratualmente previstas. No mercado ferroviário é possível extrair um caso exemplar dessa situação. Somente para o caso da América Latina Logística Malha Paulista – ALLMP dos 87 autos de infração que culminaram com aplicação de penalidade de multa à concessionária em sede administrativa, e com trânsito em julgado, têm-se um valor total de multas calculado em R$ 15.821.139,60. De todos estes processos, 79 (que juntos totalizam R$ 14.567.539,60) possuem decisões judiciais que impedem a cobrança dos valores devidos (ANTT, 2019, p. 9).

Como se depreende, o diagnóstico exposto revela que a ANTT, sem embargos dos esforços já empreendidos, ainda precisa lidar com os mesmos problemas, fartamente descritos e analisados ao longo dos relatórios produzidos no âmbito deste Projeto de Pesquisa, resultantes de uma concepção equivocada e ultrapassada de regulação, a qual se mostra incapaz de selecionar as ferramentas regulatórias adequadas, bem como de calibrar a força impressa a cada uma delas, para responder com estímulos e incentivos proporcionais e consentâneos aos diferentes padrões de comportamento de sujeitos regulados específicos.

Desse modo, para enfrentar a situação delineada, o Projeto de Atuação Responsiva da ANTT contempla cinco frentes: fiscalização responsiva; regulação por incentivos e por evidências; sistema de dados; revisão normativa; e nova atuação da Ouvidoria, das quais decorreram 6 (seis) recomendações para o novo modelo de atuação da Agência, a saber: a) fiscalização e regulação por evidências (a origem); b) integração de dados (viabiliza a regulação por evidências); c) atuação estratégica da Ouvidoria (viabiliza a regulação por evidências); d) instrumentos de regulação por incentivos (gerada pela regulação por evidências); e) fiscalização responsiva (gerada pela regulação por evidências); e f) revisão normativa (fechamento da regulação por evidências) (ANTT, 2020).

Observe-se que o grande diferencial do Projeto de Atuação Responsiva da ANTT, quando comparado aos demais projetos de outras agências reguladoras analisados neste trabalho, que também se dedicam à revisão de seus modelos regulatórios à luz das Teorias da Regulação baseadas em Incentivos, é que a proposta da Agência de Transportes possui um escopo muito mais amplo, uma vez que a abordagem adotada não se restringe, tampouco privilegia a atuação fiscalizatória da Agência. Ao contrário, é de ressaltar o destaque que tem sido conferida à etapa de revisão normativa do Projeto, tendo a equipe desenvolvido metodologia de cálculo do índice de responsividade de cada resolução normativa da ANTT, o qual será levado em consideração no planejamento dos trabalhos de reforma (ANTT, 2020).

Em vista de todo exposto, percebe-se o quão importante e contributivo pode revestir-se o estudo, pela Anatel, da experiência da ANTT de revisão de seu modelo regulatório, bem como o acompanhamento *pari passu* do Projeto de Atuação Responsiva, cuja implementação se encontra em curso.

1.5.5 ANTAQ

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por sua vez, confrontada com a realidade do número crescente de ações de fiscalização que chegaram a 1.465 em 2019, e uma logística complexa de distribuição da fiscalização em 14 unidades regionais, passou a aplicar, a partir de 2020, nova modelagem de classificação da fiscalização, segundo diretrizes de gestão de risco, concentrando esforços na fiscalização preventiva, também declaradamente em busca da modelagem responsiva.

Como ocorre com as demais agências reguladoras, a Antaq enfrentou as dificuldades de adoção da regulação responsiva em um ambiente de insegurança jurídica. A intenção de introdução da regulação responsiva, na Antaq, foi a de abrir espaço para outros métodos mais efetivos de solução dos problemas

detectados no comportamento dos regulados que fossem além da autuação. A abordagem adotada pela Antaq é a de categorização dos regulados em grupos de risco, incentivo ao uso de planos de melhoria e relatórios individualizados. Cada grupo de risco é objeto de uma cesta de medidas que são incrementadas à medida que o seu grau de risco aumenta, e distribuídas entre fiscalização documental simplificada, documental completa, padrão *in loco*, e híbrida documental e padrão. Assim, a intensidade e a frequência da ação de fiscalização dependem do comportamento pregresso de cada regulado. A ação fiscalizadora passou a depender do comportamento reiterado do regulado segundo indicadores, que servem à distribuição dos regulados nos grupos de risco mediante aplicação do triângulo de Pascal e da sequência de Fibonacci.

O diferencial da Antaq frente às demais agências na aplicação da estratégia responsiva na fiscalização dos transporte aquaviários deve-se ao fato de ter optado por seguir a recomendação ínsita à teoria da regulação responsiva de que a estratégia responsiva, por depender de fatores conjunturais, não deve estar petrificada em regras, mas produzida por atuação administrativa adaptativa e, portanto, dinâmica e livre para inovar e promover os ajustes de percurso próprios à postura responsiva. A normatização habilitadora do ingresso de uma modelagem responsiva na Antaq é de cunho geral e, de fato, indiferente à opção do regulador por determinada teoria regulatória, reconhecendo que a administração verdadeiramente conjuntural não pode estar atrelada a normas gerais, mas a práticas institucionais responsivas. Assim, é o Regimento Interno da Antaq que prevê a competência da Diretoria para aprovar os Planos de Fiscalização da Agência. Neles foram inseridos os critérios de classificação de riscos e de construção dos indicadores, *e.g.*, o Índice de Regularidade Normativa (IRNe), com previsão de alteração para Índice de Irregularidade Normativa (IIR), tendo em vista a experiência já vivenciada em 2020.

A reinvenção da Antaq de uma agência presa a um formato antiquado de fiscalização para uma Agência já modelar de planejamento responsivo da

fiscalização pautado por classificação de riscos a partir de indicadores de comportamento reiterado do regulado e de sua postura cooperativa deu-se a despeito de sua disciplina regulamentar reproduzir velhas fórmulas jurídicas de correlação entre infração, processo sancionador e sanção. A Resolução Antaq 3.259/2014, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador, detém dispositivos que utilizam redações as mais tradicionais, tais como a de que "constatada a infração administrativa, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração" (art. 18, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014), de que "[n]as infrações administrativas (…), o fiscalizado será notificado para regularizar" (art. 11, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014), ou de que "[n]ão atendida a Notificação no prazo estabelecido, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração" (art. 12, *caput*, da Res. Antaq 3.259/2014). A existência desses dispositivos aparentemente incortornáveis, não impede, hoje, a atuação responsiva da Agência, que tem substituído uma fiscalização pontual e errática, aí sim tendente ao desmando, por uma regulação planejada e pautada em indicadores, categorias de risco e cestas de medidas de fiscalização.

1.5.6 ANCINE

O esforço em se encontrarem saídas da visão monolítica do papel do regulador como mero aplicador autômato de sanções quando detectadas infrações, desviando-o da função mais nobre e primordial de desenvolvimento do setor regulado e de proteção dos direitos dos usuários, é também presente na Ancine.

A Agência Nacional do Cinema (Ancine), ao regulamentar o processo administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades cinematográficas, videofonográficas e de comunicação audiovisual de acesso condicionado – Instrução Normativa Ancine nº 109, de 19 de dezembro de 2012 – prevê o instituto da reparação voluntária e eficaz, como medida de caráter preventivo e orientador prévia à lavratura do auto de infração.

Na ocorrência de reparação voluntária e eficaz da irregularidade verificada pela Agência, mesmo após intimação do regulado para imediata cessação da prática irregular em processo administrativo para apuração de infrações em andamento, a Ancine deve arquivá-lo (art. 103 da IN 109/2012), privilegiando, assim, a solução da irregularidade e atuação orientadora em detrimento da postura exclusivamente punitiva.

A correção da falha afasta, portanto, a aplicação de sanções, mas o regime jurídico da reparação voluntária não se aplica a todos os regulados. Ele, como recomendaria a teoria da regulação responsiva, somente beneficia o regulado com comportamento virtuoso. O art. 105 da IN 109/2012 afasta a atuação preventiva e orientadora da Ancine, e consequente efeito de arquivamento de processo de apuração de infrações para regulados, quando o agente tenha sido condenado definitivamente pela prática de igual infração, no prazo de dois anos entre a decisão condenatória definitiva anterior e a prática da nova infração. Trata-se de uma pirâmide regulatória de somente dois degraus, mas que enfrenta, de frente, a questão da substituição de sanções por medidas mais eficazes.

SÍNTESE Experiências inovadoras (A)		
A Anatel não está só no desiderato de inovação regulatória rumo a uma modelagem apoiada em incentivos intrínsecos, em especial, na modelagem proposta pela teoria da regulação responsiva.	A ANEEL abraça expressamente a regulação responsiva em uma pirâmide de conformidade voluntária (monitoramento), diálogo setorial (análise), comprometimento (acompanhamento) e punições exemplares (ação fiscalizadora). Adotam-se, entre outros, os instrumentos dos relatórios de desempenho a partir de dados e indicadores na fase de monitoramento, relatórios analíticos, na fase da análise, relatórios de acompanhamento e de resultados, na fase de acompanhamento, e termos de notificação na fase de instauração de processo administrativo punitivo.	O setor aéreo, na gestão da segurança aérea, via Comando da Aeronáutica, segue, há muito, a diretriz da cultura justa, que evidencia que, mesmo quando o bem jurídico envolvido lida com a vida dos afetados, a postura regulatória deve ter por objetivo primário não a punição *per si* das falhas e erros, mas a melhoria contínua do comportamento regulado.

Tabela 7 – Síntese: Experiências inovadoras (A)

SÍNTESE Experiências inovadoras (B)		
A ANAC estruturou uma pirâmide de enforcement com enfoque prioritário nas providências administrativas preventivas, via instrumentos de Solicitação de Reparação de Condição Irregular (SRCI) e Aviso de Condição Irregular (ACI), distinguindo-as das providências administrativas sancionatórias e acautelatórias. Há uma clara modulação da atividade regulatória segundo o comportamento dos entes regulados.	A ANS consolidou, em sua normatização, a fase pré-processual para que os regulados possam corrigir os problemas na prestação do serviço, evitando a instauração de processo sancionador, via Notificação de Intermediação Preliminar (NIP) para solução de conflitos entre beneficiários e operadoras. O auto de infração somente é lavrado, a critério do regulador, se o problema reportado não for resolvido mediante a NIP. Mesmo após a NIP não resolvida, ainda se faculta a classificação residual das demandas em que ocorrerem a reparação voluntária e eficaz (RVE).	A ANTT, por sua vez, prevê procedimento de averiguações preliminares, bem como a atuação da Agência em caráter preventivo e orientador, com a função de alertar o regulado quanto às inconformidades verificadas que caracterizem infração, indicando prazo para serem sanadas mediante lavratura de Termo de Registro de Ocorrência (TRO), e, se sanadas, afastam a lavratura do Auto de Infração. O Projeto de Atuação Responsiva foi incluído no Planejamento Estratégico do ciclo 2020-2030 da ANTT.

Tabela 8 – Síntese: Experiências inovadoras (B)

SÍNTESE Experiências inovadoras (C)		
Na Antaq, a existência de dispositivo que prevê que "[c]onstatada a infração administrativa, o Agente de Fiscalização lavrará Auto de Infração" não impede a adoção de um planejamento responsivo apoiado em classificação de riscos, indicadores de comportamento reiterado do regulado e cestas de medidas distintas para cada estrato de comportamento.	A Ancine adota uma pirâmide regulatória de somente dois degraus, mas enfrenta, corajosamente, a questão da substituição de sanções por medidas mais eficazes. Na ocorrência de reparação voluntária e eficaz da irregularidade verificada pela Agência, a Ancine deve arquivá-lo (art. 103 da IN 109/2012), privilegiando, assim, a solução da irregularidade e atuação orientadora em detrimento da postura exclusivamente punitiva. O arquivamento somente beneficia o regulado virtuoso, pois não aproveita ao regulado que tenha sido condenado por infração idêntica até 2 anos antes da prática da nova infração.	Mais da metade das agências reguladoras brasileira adotam, hoje, modelagem responsiva para a fiscalização regulatória, sem que nenhuma delas tenha tido de alterar o seu marco regulador para viabilizarem uma atuação fiscalizatória capaz de optar por medidas mais eficazes para conformação do comportamento dos regulados.

Tabela 9 – Síntese: Experiências inovadoras (C)

2. PRINCÍPIOS DE ATUAÇÃO DO TCU PARA A ESTRUTURAÇÃO DE MODELOS DE REGULAÇÃO BASEADA EM INCENTIVOS

2.1 Introdução

A criação de novas modelagens regulatórias se insere em um complexo sistema de freios e contrapesos decorrentes do arcabouço legal e constitucional que condiciona a atuação das agências reguladoras, razão pela qual estas se sujeitam a uma série de mecanismos de controle de legalidade, legitimidade e eficiência. Também por intermédio desse quadro normativo de controle das agências reguladoras é possível respaldar a crítica ao estado de coisas atual da regulação setorial, fortemente baseada na lógica de comando-e-controle que é própria da regulação fundada em incentivos extrínsecos, cuja ineficácia na promoção dos objetivos regulatórios fixados pelos entes competentes tem demonstrado o seu fracasso.

Como os relatórios componentes do convênio ANATEL/UnB têm demonstrado, os modelos regulatórios baseados em incentivos extrínsecos produzem lógica adversarial marcada pela reatividade dos agentes regulados às ameaças de penalização por parte da Administração, porém as finalidades declaradas dessa sistemática – notadamente a capacidade dissuasória e preventiva das sanções punitivas – são constantemente refutadas pela realidade dos fatos. Daí o motivo pelo qual abordagens como a da regulação responsiva e outros modelos baseados em incentivos intrínsecos se mostram tão promissoras, já que, em lugar de presumir reações dos agentes regulados, estabelecem um ambiente de cooperação capaz de reconhecer o comportamento virtuoso dos

particulares e, quando necessário, de escalonar reações estatais até a aplicação de punições severas.

Acontece que, muito embora a reflexão a respeito da relevância e mesmo da efetividade de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos já tenha alcançado profundidade considerável, há lacuna relevante no que se refere ao controle sobre a atuação das agências reguladoras. Em outras palavras, a implementação de modelos regulatórios inovadores não depende tão somente da alteração de normas de competência das agências reguladoras, mas deve também ter o aval dos órgãos de controle responsáveis por fiscalizar a sua atuação.

Daí a relevância do presente estudo, que tem por objetivo descrever e analisar o posicionamento do TCU a respeito das insuficiências da regulação baseada em incentivos extrínsecos e das possibilidades de criação de modelos alternativos rumo a modelagens fundadas em incentivos intrínsecos, como é o caso da regulação responsiva. Importa notar, porém, que não se trata de estudo acadêmico destinado a analisar de forma exaustiva o comportamento do TCU, mas sim de análise que pretende colmatar lacunas existentes na literatura nessa seara, especialmente quanto a aspectos pontuais relacionados a modelos regulatórios que têm surgido no âmbito do Tribunal.

A partir da jurisprudência do TCU sobre agências reguladoras, por conseguinte, pretende-se sistematizar princípios de atuação do Tribunal que reforçam a possibilidade de adoção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos. Tais princípios decorrem de um processo de evolução dos julgados em ações de controle sobre as agências reguladoras, notadamente no âmbito de auditorias operacionais em que tanto se constatou a ineficiência de modelos tradicionais como se abriu espaço para a construção de alternativas mais eficazes.

Cabe desde logo esclarecer que no presente estudo, como não poderia ser diferente, a noção de regulação por incentivos intrínsecos adota o sentido jurídico atribuído à expressão ao longo dos relatórios elaborados durante os convênio ANATEL/UnB, isto é, o de modelos regulatórios que "pressupõem atribuição de funções ao sistema regulado e maior abertura do regulador ao diálogo e à cooperação com os atores envolvidos, sejam regulados, consumidores ou terceiros" (ARANHA e LOPES, 2019, p. 198-199); a ideia de regulação responsiva, baseada em estrutura progressiva de incentivos e sanções destinada a conduzir o agente regulado a um comportamento virtuoso.

O esclarecimento supramencionado faz-se necessário em virtude de alguns dos resultados obtidos ao longo da pesquisa, notadamente da utilização de "regulação por incentivos" no sentido econômico, isto é, na pura e simples utilização de penalidades para o mau comportamento e recompensas para o bom comportamento, geralmente de caráter financeiro, que geram comportamento reativo dos agentes regulados (ARANHA e LOPES, 2019, p. 273; BERG, 2002, p. 2). O sentido atribuído à expressão "regulação por incentivos" nesse trabalho, portanto, é jurídico e se baseia na elaboração de "um conjunto prescritivo de formas jurídicas capazes de absorverem as motivações dos atores regulados por incentivos de um jogo perpétuo de retaliações virtuosas, apresenta[ndo]-se como receitas que merecem atenção no esquema de inovação regulatória" (ARANHA e LOPES, 2019, p. 274).

Com essas preocupações no horizonte, o presente capítulo divide-se em três partes, sendo a primeira delas voltada a descrever o quadro institucional que autoriza o TCU a manifestar-se a respeito da atuação das agências reguladoras, bem como a comentar os mecanismos empregados pelo Tribunal para tanto e o escopo do controle externo sobre a regulação. A segunda parte diz respeito à visão do próprio TCU a respeito dos modelos tradicionais de regulação, especialmente no tocante à ineficiência dessas estratégias regulatórias tanto sob a perspectiva

da arrecadação quanto da própria consecução das finalidades institucionais das agências reguladoras.

Por fim, a terceira parte, cerne do presente estudo, tratará de sistematizar os princípios de atuação do TCU que demonstram abertura ao desenvolvimento de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos, a saber: a) as sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não meramente arrecadatório; b) as agências podem adotar medidas alternativas às multas que possam contribuir ao aprimoramento do setor; c) a atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade; e d) a busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima.

2.2 O papel do TCU no controle das agências reguladoras

O Tribunal de Contas da União se apresenta na atualidade como ente fundamental para a compreensão da extensão das possibilidades de atuação das agências reguladoras, tendo em vista especialmente o caráter abarcante de suas competências de controle dos atos da Administração Pública. Dessa maneira, muito mais do que controlar e fiscalizar receitas e despesas públicas, o Tribunal de Contas da União passa a ter papel relevante no controle da legalidade e mesmo da constitucionalidade de atos do poder público em determinadas situações[9], motivo pelo qual, antes de tratar dos princípios de atuação do Tribunal no controle das agências reguladoras, é importante tratar da abrangência de sua atuação na atualidade.

É o que se verifica a partir da leitura dos incisos do art. 71 da Constituição de 1988, que preveem uma série de prerrogativas e atribuições que podem ser sistematizadas em: a) atribuição opinativa ou consultiva, como na

[9] Enunciado nº. 347 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

elaboração de parecer prévio às contas anuais do Presidente da República (CF, art. 71, inciso I); b) atribuição fiscalizadora, verificável nas diversas prerrogativas de fiscalização da aplicação de recursos dos poderes da República ou em outras entidades nas quais tenham sido aplicados recursos públicos (CF, art. 71, incisos IV, V e VI); c) atribuição de julgamento de contas de gestores públicos (CF, art. 71, inciso II); d) atribuição de registro dos atos de admissão de pessoal (CF, art. 71, inciso III); e) atribuição sancionadora, especialmente no caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (CF, art. 71, inciso VIII); e f) atribuição corretiva, consubstanciada nas prerrogativas de assinar prazo para que o órgão fiscalizado adote as providências necessárias ao cumprimento da lei (CF, art. 71, inciso IX) e de sustar a execução dos atos impugnados (CF, art. 71, inciso X) (FURTADO, 2016, p. 954; MARQUES NETO, PALMA, *et al.*, 2019, p. 43).

Com vistas a dar efetividade a todas essas atribuições, o TCU conta com importantes instrumentos fiscalizatórios como: a) as auditorias, destinadas, segundo o art. 239 do Regimento Interno do TCU, a examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, e a avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos patricados; b) as inspeções, nos termos do art. 240 do Regimento Interno do TCU, destinadas a suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por entes sujeitos à jurisdição do Tribunal; c) os acompanhamentos, voltados, segundo os arts. 241 e 242 do Regimento Interno do TCU, a avaliar legalidade de atos e desempenho de órgãos e entidades ao longo de um período predeterminado; e, por fim, d) os monitoramentos, destinados, segundo o art. 243 do Regimento Interno do TCU, a verificar o cumprimento das deliberações do Tribunal.

O TCU, por conseguinte, conta com diversos instrumentos por meio dos quais é capaz de realizar as funções que lhe competem, sendo capaz de agir tanto

reativamente, em face de representações encaminhadas ao Tribunal ou, como se verifica de maneira mais frequente no caso das agências reguladoras, por impulso próprio, especialmente pelo mecanismo da auditoria operacional (MARQUES NETO, PALMA, *et al.*, 2019, p. 44)[10].

Tais mecanismos, cabe notar, ganham relevância na medida em que se afirma a competência do TCU para fiscalizar diretamente a atuação das agências reguladoras no sentido de estabelecer as balizas de desenvolvimento da regulação. Assim, em que pese tal atribuição possa ser originária da competência de fiscalização da atividade administrativa e do uso de recursos públicos, muitas vezes os próprios reguladores passam a esperar o beneplácito do TCU – seja por manifestação sobre caso concreto, seja por intermédio de sua jurisprudência – para realizar determinadas ações (RODRIGUES, 2005, p. 41; FARACO, 2004, p. 19).

Exemplo disso é o conhecido Acórdão 1107/2003 do TCU, no qual o Tribunal, a partir de Consulta encaminhada pelo Ministro das Comunicações, manifestou-se a respeito da viabilidade de utilização dos recursos do FUST para a "contratação de serviços de implantação, manutenção de utilização de acesso a redes digitais de informação, inclusive internet, a instituições de ensino, bibliotecas e instituições de saúde"[11]. Os fundamentos adotados pelo Tribunal naquela ocasião, dessa maneira, já não se limitaram à fixação de balizas de gestão financeira ou contábil, mas trataram, ainda que indiretamente, de questões regulatórias e de gestão de políticas públicas, tendo o voto do Relator assinalado que "não se pode deixar de mencionar a relevância da matéria ora em exame para

---

[10] "Por conseguinte, compete também ao Tribunal verificar se as entidade sujeitas ao seu poder controlador atuam de forma eficiente. Frize-se, ademais, que a Constituição Federal expressamente atribuiu ao Tribunal o poder de realizar auditoria de natureza operacional, nos termos do art. 71, inciso IV. O objetivo deste tipo de auditoria vai muito além do mero exame da regularidade contábil, orçamentária e financeira. Intenta verificar se os resultados obtidos estão de acordo com os objetivos do órgão ou entidade, consoante estabelecidos em lei. Têm por fim examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia" (ZYMLER, 2009, p. 201).

[11] TCU, Acórdão 1107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julg. 13.08.2003.

o Brasil, não só em termos de competitividade no mercado internacional, em virtude do capital intelectual da futura mão-de-obra do país, mas também para a diminuição de um dos mais graves problemas com que a sociedade brasileira se defronta: a enorme e histórica desigualdade social"[12].

Tendo em vista as competências fixadas no art. 70 da Constituição e mesmo os princípios da Administração Pública consagrados pelo *caput* do art. 37, a posição do TCU enquanto órgão competente para "aferir a obediência ao princípio constitucional da eficiência, bem como a legitimidade da ação estatal" (RODRIGUES, 2005, p. 43) serviu para, ainda mais profundamente, afirmar a relevância do órgão enquanto referencial para a atuação das agências reguladoras.

Nesse sentido, a teor da descrição dos mecanismos procedimentais à disposição do TCU, cabe mencionar as auditorias operacionais relacionadas à avaliação da governança das agências reguladoras, originadas inicialmente do Requerimento nº 156/2009, encaminhado pelo então presidente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados com vistas a aferir "a governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, de forma a identificar eventuais riscos e falhas estruturais, que possam comprometer o alcance dos objetivos da regulação estatal, e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual".

Na primeira ocasião em que o TCU se debruçou sobre a governança das agências reguladoras, foram descritas diversas dificuldades na gestão orçamentária, problemas na indicação de diretores (levando a alongados períodos de vacância), ausência de mecanismos de controle devidamente institucionalizados (como ouvidorias minimamente estruturadas), e ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados[13].

---

[12] TCU, Acórdão 1107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julg. 13.08.2003.
[13] TCU, Acórdão 2261/2011, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 24.08.2011.

Em 2015, o TCU realizou nova auditoria, cuidando de dois grandes temas: "a) as condições para que o processo decisório das agências seja transparente e produza decisões técnicas e livres de ingerência e b) uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar o atendimento de políticas públicas"[14]. Na ocasião, entendeu o Plenário do Tribunal que as agências reguladoras deveriam ainda adotar mecanismos voltados a incrementar a transparência e a eficiência da gestão – muito embora se tenha verificado progresso desde a auditoria anteriormente mencionada –, sobretudo mediante a divulgação de indicadores de qualidade e resultados e a estruturação de planejamento estratégico das suas atividades[15].

Não obstante, a atuação do TCU no que se refere às agências reguladoras não se limita à análise abrangente sobre os mecanismos de governança adotados por cada entidade, mas também alcança atos específicos que estejam em desacordo com a legislação aplicável e o escopo de atuação da agência. Tal estado de coisas, para além de decorrer do alargamento da competência do TCU levado a cabo pelo art. 70 da Constituição de 1988, advém da compreensão segundo a qual cabe ao TCU tutelar os valores e princípios que dão suporte à gerência administrativa (FERNANDES, 2008, p. 746).

Daí dizer o Ministro Walton Alencar Rodrigues em obra doutrinária que, em que pese tenham sido os entes reguladores concebidos "com ampla independência, como o mecanismo por excelência de proteção contra o oportunismo de interesses eleitorais e contra o abuso do poder econômico", é incontroverso "o risco de que tais entidades pautem a sua atuação por interesses outros que não as finalidade expressamente previstas em lei" (RODRIGUES, 2005, p. 40)[16]. Assim, faz-se necessária a implementação efetiva de controles "para

---

[14] TCU, Acórdão 240/2015, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 11.02.2015.
[15] TCU, Acórdão 240/2015, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 11.02.2015.
[16] Tal entendimento vai ao encontro da percepção de autores como Levy e Spiller, segundo os quais a efetividade da regulação está fundamentalmente associada à instituição de mecanismos de limitação de atos arbitrários por entes administrativos, notadamente: a) a limitação à discricionariedade do regulador; b) a existência de constrangimentos informais ou formais à

restringir comportamentos arbitrários e caprichosos do ente regulador, aliás inerentes a toda a atividade humana" (RODRIGUES, 2005, p. 40). As auditorias operacionais, nesse sentido, constituiriam mecanismos aptos a autorizar a fiscalização inclusive das atividades-fim das agências reguladoras, transcendendo o mero escrutínio contábil, financeiro ou orçamentário:

> Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, o TCU fiscaliza, entre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão. Essa fiscalização poderia ensejar uma redundância das esferas de controle, visto que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar esses contratos. Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privativa das agências (ZYMLER e ALMEIDA, 2008, p. 173).

Nesse ponto, aliás, cabe salientar que a jurisprudência do TCU reiteradamente assinala que o controle realizado pelo Tribunal consiste em "controle externo de segunda ordem em relação às atividades finalísticas das agências, com o objetivo de verificar a regularidade da sua atuação, respeitando suas escolhas regulatórias e a sua autonomia funcional"[17]. Isso não significa, porém, que a atuação do Tribunal será meramente opinativa, já que o TCU "possui competência para determinar medidas corretivas a ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato se apresente

---

alteração do sistema regulatório; c) a existência de mecanismos para efetivação dos dois elementos anteriores.

[17] TCU, Acórdão 618/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 18.03.2020. No mesmo sentido: TCU, Acórdão 548/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 11.03.2020; TCU. Acórdão 435/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 04.03.2020; TCU, Acórdão 2661/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 30.10.2019; TCU, Acórdão 2644/2019, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 30.10.2019;

viciado em seus atributos", de tal maneira que eventuais vícios de competência, forma, finalidade ou motivo pode redundar inclusive na anulação do ato[18].

A atuação do Tribunal, assim, deve estar pautada pela garantia da independência das agências reguladoras sujeitas ao seu controle, de maneira a promover a eficácia e a eficiência de suas atividades. Em síntese, "[n]ão deve o Tribunal substituir as agências. Deverá, apenas, zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população"[19].

Pode-se, ainda, acrescentar que a jurisprudência do TCU procura diferenciar duas maneiras distintas de controle do Tribunal sobre atos de agências reguladoras, a depender da natureza do ato, sendo ele vinculado ou discricionário. Assim, pretenderia o Tribunal afastar-se do controle do mérito das decisões das agências, atendo-se ao endereçamento de vícios de legalidade:

> A partir de análise dos fundamentos de diversas decisões deste Tribunal, extrai-se que o alcance do controle de segunda ordem depende da natureza do ato regulatório: se ato vinculado ou discricionário. Quando o ato irregular for vinculado, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, **este Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas**. Por outro lado, quando se tratar de ato discricionário, praticado de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, **esta Corte de Contas pode unicamente recomendar propostas de melhorias**.
>
> Contudo, se o ato discricionário contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas poderá determinar a adoção

[18] TCU, Acórdão 1166/2019, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 22.05.2019; TCU, Acórdão 644/2019, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 23.03.2016.

[19] TCU, Acórdão 1407/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg.01.06.2016. Em sentido semelhante, assevera o Ministro Benjamin Zymler que "se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência das agências reguladoras, ainda que movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da "incerteza jurisdicional", que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais.

> das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a sua anulação[20].

Não obstante, mesmo essa afirmação deve ser interpretada com algumas reservas, tendo em vista que ainda nos casos em que o TCU se limita a expedir recomendações – isto é, em que não há explícito pronunciamento de ilegalidade –, tais diretrizes são de fundamental importância para a delimitação do campo de atuação das agências reguladoras. Daí o motivo pelo qual, muito embora se possa sustentar teoricamente que o TCU não pode agir como instância revisora dos atos das agências reguladoras, fato é que o posicionamento do Tribunal é de crucial importância para a validação dos atos das agências e mesmo para a definição de balizas para sua atuação.

Em estudo empírico a respeito do controle das agências reguladoras pelo TCU, MARQUES NETO, PALMA, *et al.* (2019, p. 42) identificaram três questões recorrentes em sua análise do comportamento do Tribunal: a) as recomendações do TCU têm caráter obrigatório, pois tanto o TCU tem a expectativa de que elas sejam observadas pelas agências reguladoras quanto estas se sentem vinculadas, chegando inclusive a frequentemente designá-las por "determinações"; b) as agências reguladoras apresentam alto grau de deferência às recomendações do TCU, qualquer que seja a natureza desses atos; e c) a decisão final sobre as questões cabe ao colegiado do Tribunal, que muitas vezes decide sobre a divergência entre a unidade técnica do TCU e a da agência.

Tal quadro de atuação do TCU ganha ainda mais relevância quando, como se mostrará a seguir, demonstra-se a ineficácia de determinadas medidas regulatórias para alcançar seus objetivos. Nesse sentido, julgado recente do TCU assinala que é possível a expedição de determinação pelo Tribunal para a "correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada

[20] TCU, Acórdão 140/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 29.01.2020.

ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela, sem que isso caracterize intromissão na autonomia funcional da agência", tendo em vista que é papel do TCU verificar se as agências têm cumprido adequadamente os seus objetivos institucionais[21]. Esse entendimento, aliás, vem na esteira de julgado paradigmático do Tribunal em que se aplicaram multas a ex-diretores da ANTAQ por não terem endereçado problema regulatório diversas vezes denunciado pela área técnica do TCU, relacionado ao caráter anticompetitivo do preço conhecido por THC2 e aos vícios procedimentais verificados em sua implementação[22].

Não há dúvidas, por conseguinte, de que, muito embora o arranjo formal das competências do TCU e das agências reguladoras imponha rigorosa separação dos juízos dessas entidades no que se refere à apreciação do mérito da regulação, o posicionamento do Tribunal de Contas se apresenta como essencial diretriz para a atuação das agências reguladoras. Dessa maneira, expostas as premissas de que parte o TCU para pronunciar-se a respeito das agências reguladoras, pode-se passar ao diagnóstico feito pelo Tribunal sobre o quadro geral da regulação e especialmente da aplicação de sanções pelos reguladores. Assim, será possível abordar especificamente os princípios delimitadores da atividade regulatória fixados pelo Tribunal em sua jurisprudência no intuito de verificar a adequação desses entendimentos a modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos.

2.3 A visão do TCU a respeito dos processos sancionadores junto às agências reguladoras

O capítulo anterior teve por objetivo expor os pressupostos que, segundo a jurisprudência do TCU, autorizam que o Tribunal se pronuncie a respeito da

[21] TCU, Acórdão 2644/2019, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 30.10.2019; TCU, Acórdão 1704/2018, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 25.07.2018.
[22] TCU, Acórdão 1704/2018, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 25.07.2018.

atuação das agências reguladoras. A partir dessas premissas, no intuito de analisar os princípios de atuação do TCU para possibilitar a estruturação de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos, o presente tópico tem por objetivo expor o diagnóstico do Tribunal a respeito da efetividade dos mecanismos regulatórios atualmente vigentes no âmbito das agências reguladoras em geral, especialmente no que se refere aos processos sancionadores.

Cabe recordar que a regulação baseada em incentivos intrínsecos, ao opor-se ao tradicional entendimento segundo o qual o comportamento do agente regulado deve ser sancionado pela coerção extrínseca, potencialmente geraria desconfiança por parte do regulador, que se veria ameaçado pela possibilidade de ser penalizado pela não aplicação de norma legal que teria o dever de aplicar. Não obstante, tal desconfiança se apresenta de maneira verdadeiramente paradoxal, uma vez que os próprios reguladores são plenamente cientes do insucesso das estratégias baseadas na coerção extrínseca para alcançar suas finalidades (ARANHA, 2019, p. 57).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União conta com um conjunto relevante de precedentes, especialmente no âmbito das já mencionadas auditorias operacionais, nos quais se evidencia a inefetividade estrutural de modelagens regulatórias exclusivamente baseadas em incentivos extrínsecos para promover adequadamente o acompanhamento conjuntural dos setores regulados. Em procedimento de acompanhamento à auditoria operacional voltada à coleta de informações que permitissem conhecer as principais deficiências da arrecadação de multas administrativas aplicadas por agências reguladoras e outros órgãos federais de controle, destacou o Ministro-Relator Aroldo Cedraz que, já em trabalhos preliminares, "foram identificadas deficiências sistêmicas nos procedimentos de arrecadação de multas, em prejuízo à própria efetividade das ações de fiscalização e de controle exercidas pelas unidades auditadas"[23]. Na

[23] TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.

ocasião, no entanto, o Ministro verificou que, diante da ausência de dados sistematizados, o Tribunal encontraria dificuldades consideráveis em realizar diagnóstico preciso sobre a profundidade da situação analisada, sugerindo a necessidade de acompanhamento permanente e contínuo para efetivamente subsidiar ações de controle[24].

Contudo, nessa mesma oportunidade o Tribunal já foi capaz de demonstrar que, entre 2011 e 2014, apenas 6,03% das multas aplicadas pelos órgãos de controle federais – incluindo agências reguladoras – foram efetivamente convertidas em arrecadação[25]. Ademais, apesar das cautelas adotadas do TCU quanto ao diagnóstico da inefetividade da aplicação de multas, acórdão anterior já apontara que, para o total da série histórica de 2008 a 2011, o percentual de arrecadação efetiva de multas dos órgãos de controle federais, dentre os quais as agências reguladoras, fora de 5,7%[26].

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

Daí ter entendido o TCU, ainda em 2006, que a efetividade da regulação não constitui medida de avaliação do potencial regulatório de multas, de maneira

---

[24] TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.
[25] TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.
[26] TCU, Acórdão 1204/2012, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 23.05.2012.

que "não se avalia somente pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço através da correção e não reincidência das desconformidades identificadas", de sorte que se deve entender por efetividade "a melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações nos aspectos e ocorrências objeto de sanções ou de orientação específica por parte da Agência"[27].

Contudo, tal observação deve ser adequadamente contextualizada, uma vez que, como já se afirmou, para além de as multas não servirem à arrecadação de receitas pelo Estado, igualmente não são meios eficazes para garantir o atendimento das finalidades para as quais as normas violadas pelos agentes regulados foram formuladas. O processo sancionador baseado em incentivos extrínsecos, assim, perde-se em suas próprias complexidades e na morosidade que o caracteriza e, ao mesmo tempo em que não apura responsabilidades adequadamente, falha em provocar os comportamentos desejados pelo regulador. Pode-se mencionar, nessa linha, acórdão relativo a auditoria operacional levada a cabo na ANTT, em que se constatou que "entre a detecção da irregularidade pela fiscalização da ANTT por meio do Termo de Registro de Ocorrência (TRO) até a efetiva aplicação da multa, há uma multiplicidade de procedimentos que tornam o processo de apuração de responsabilidades extremamente moroso e complexo"[28].

O TCU asseverou, ainda, que tal estado de coisas levou a uma situação de acúmulo de processos e na dificuldade de arrecadação dos valores oriundos da aplicação de multas, de maneira a produzir "o aumento da sensação de impunidade por parte das concessionárias, na medida em que elas, por não serem apenadas pelas reiteradas inexecuções e descumprimentos contratuais, passam a adotar uma postura negligente em relação às suas obrigações"[29]. Além disso, a auditoria do Tribunal aplicou pesquisa a fiscais de campo da agência, dentre os quais 57% "indicaram a ineficiência dos processos de apuração de

[27] TCU, Acórdão 2109/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julg. 14.11.2006.
[28] TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.
[29] TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.

responsabilidade e aplicação de penalidades como causa para o alto índice de inexecuções" identificado em concessões rodoviárias[30]. Assim, nas palavras de um dos aludidos fiscais destacadas pelo Acórdão ora em comento, "só resta a conclusão que nossos mecanismos de punição não geram impacto para a concessão. Na contabilidade deles (concessionárias), é melhor receber as multas do que investir no esquema de serviço adequado"[31].

No caso específico da Anatel, o Acórdão TCU 3311/2015 foi contundente ao asseverar que o prazo de tramitação de PADOs – no caso concreto, aqueles relacionados a bens reversíveis – seria excessivo, alcançando tempo médio total de quase cinco anos. Diante desse quadro, o Ministro-Relator levantou preocupações quanto à própria efetividade do processo de aplicação de penalidades, que em seu estado atual "não desincentiva a reincidência das empresas faltosas" e provoca riscos de ocorrência de prescrição[32]. Da mesma maneira, já constatou o TCU, em análise da aplicação de multas por descumprimento de obrigações de universalização do serviço telefônico fixo comutado (decorrentes do Plano Geral de Metas de Universalização constante dos Decretos 4.769/2003 e 6.424/2008), que foi arrecadado apenas 1,8% do valor das multas aplicadas até 31 de dezembro de 2010[33].

Não é sem razão que, em acórdão paradigmático – a ser comentado em maior detalhamento no próximo tópico – o TCU asseverou que a instituição de modelagens alternativas à regulação baseada em incentivos extrínsecos – ou seja,

---

[30] TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.
[31] TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.
[32] TCU, Acórdão 3311/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 09.12.2015. Em sentido semelhante: TCU, Acórdão 482/2012, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 07.03.2012.
[33] TCU, Acórdão 2542/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 18.09.2013. Contudo, asseverou o Ministro-Relator que "Todavia, deve-se reconhecer a dificuldade que se impõe ao órgão no estabelecimento dessa relação de causa e efeito, de modo que se afigura temerário, com base nessas informações, fazer inferências conclusivas quanto à efetividade do processo sancionatório da Anatel, haja vista a afirmação da própria de auditoria de que não foi possível fazer uma avaliação da nova sistemática de aplicação de multas relacionadas à universalização, bem assim do desempenho arrecadatório do órgão regulador com base nas informações apresentadas. Ademais, ainda que não seja no ritmo e na maneira desejada, os documentos informam que a Agência tem atuado no sentido de aprimorar essa área de trabalho".

de medidas alternativas à pura e simples aplicação de multas destinadas a produzir postura reativa do agente regulado –, têm o condão de reduzir sobremaneira os custos incorridos pela agência reguladora e de promover as suas atividades finalísticas. Confira-se:

> Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos Pados, independente da etapa em que estejam (inicial ou final), representa a redução ou eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual. Para a Anatel, não há dúvidas que o encerramento dos Pados liberará recursos financeiros e materiais para a execução de atividades finalísticas mais interessantes e eficazes do ponto de vista do regulador[34].

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

[34] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

2.4 Princípios de atuação das agências reguladoras segundo a jurisprudência do TCU

2.4.1 As sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não arrecadatório

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

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

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

controle de políticas públicas e, como se pretende demonstrar de maneira detida, da regulação.

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

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

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

> Isso porque, desde a sua instauração até o seu trânsito em julgado, o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) percorre um longo caminho, marcado pela intempestividade e ineficiência em retornar recursos para o setor ou forçar mudança de conduta dos regulados – situação já apontada pelo Tribunal em reiteradas oportunidades desde 2004 (Acórdãos 1.778/2004, 2.109/2006, 3.311/2015 e 1.970/2017, todos deste Plenário)[35].

O Tribunal, dessa maneira, reconhece que, muito embora a multa pecuniária traga consigo a intenção de desestimular comportamentos dos agentes regulados por intermédio de sua função pedagógica ou dissuasória, a excessiva morosidade e ineficiência do processo sancionador impede o próprio atingimento de finalidades regulatórias. Acontece que o foco da análise do TCU não é simplesmente o de ineficiência na arrecadação dos valores das multas, mas sim o de ineficiência na persecução dos objetivos pelos quais tais sanções foram instituídas. Na verdade, o próprio TCU, ao tratar das funções das multas que o próprio Tribunal aplica, já asseverou que "[e]m hipótese alguma se pode admitir que o Tribunal de Contas da União imponha multa pura e simplesmente com o intuito arrecadatório, sob a justificativa de punição pedagógica"[36]. Daí dizer o Ministro Bruno Dantas que:

> "Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades

[35] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017. Em sentido semelhante: TCU, Acórdão 729/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 01.04.2020; TCU, Acórdão 84/2014, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 22.01.2014; TCU, Acórdão 925/2097, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 23.05.2007; TCU, Acórdão 643/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julg. 25.05.2005.
[36] TCU, Acórdão 2037/2015, Segunda Turma, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 23.02.2016.

> identificadas. **Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório**" (grifo nosso)[37].

A preocupação do TCU, portanto, diz respeito ao atendimento das finalidades institucionais dos órgãos e entidades que fiscaliza, de tal maneira que a grande dificuldade nos baixos níveis de adimplemento quanto às multas aplicadas não são os déficits de arrecadação, mas os déficits no atingimento de metas e objetivos regulatórios.

Pode-se, nesse sentido, mencionar outro exemplo que, embora não relacionado especificamente às agências reguladoras, diz respeito ao princípio ora em comento: em Relatório de Auditoria relacionado à Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (CEAGESP), o TCU expressamente afirmou que o objetivo da concessão de uso de entrepostos não pode estar limitado à "busca máxima de arrecadação junto aos ocupantes", uma vez que deve buscar, em última análise, "prover o adequado abastecimento de gêneros essenciais à subsistência da população"[38].

Acrescente-se, ainda, que sequer se afigura razoável que a Administração considere multas aplicadas expectativas de receitas, já que "[a]ntes do trânsito em julgado administrativo, não há certeza da constituição das multas", de sorte que "até o trânsito em julgado do processo administrativo, não se afigura líquido o valor da multa, podendo a decisão ser reformada por meio de recursos e questionamentos técnicos" [39]. Assim, mesmo de uma perspectiva formal não se poderia considerar as multas receitas até o trânsito em julgado administrativo, porém ocorre que ainda após tal acontecimento dificilmente se pode entendê-las como expectativas de receita plausíveis, já que "[n]ão bastante a lentidão para que o Pado conclua o rito administrativo, constatou-se que o

---

[37] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
[38] TCU, Acórdão 919/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg. 20.04.2016.
[39] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante judicialização do feito, o que deixa o regulador com parcas condições de exercer seu *enforcement*"[40].

Verifica-se, de toda sorte, que o TCU entende que as sanções aplicadas pelas agências reguladoras não constituem métodos de arrecadação de receitas de sujeitos regulados que tenham violado suas obrigações. Pelo contrário, a arrecadação é apenas uma característica acidental das multas, uma vez que mesmo a sua deficiência – isto é, a ineficácia dos mecanismos das agências reguladoras para cobrar os valores devidos a título de multa – serve simplesmente para evidenciar a ausência de mecanismos capazes de garantir o atendimento a diretrizes regulatórias.

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

2.4.2 As agências podem adotar medidas alternativas às multas para aprimoramento do setor

Nos tópicos anteriores, demonstrou-se que o TCU, no exercício de sua competência constitucional de fiscalização da atividade das agências reguladoras,

[40] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

apresenta especial preocupação com a eficácia das medidas tomadas por essas entidades para dar cumprimento às diretrizes regulatórias que estabelecem. Daí o motivo pelo qual o primeiro dos princípios da jurisprudência do TCU que autoriza a instituição de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos – assim superando o entendimento reconhecidamente falho segundo o qual a regulação deve estar baseada exclusivamente em incentivos extrínsecos – é justamente o que qualifica as multas como sanções de finalidade regulatória, e não arrecadatória.

Desse primeiro princípio decorre o segundo, de acordo com o qual, caso a multa seja insuficiente ou incapaz para atender às finalidades regulatórias desejadas, é perfeitamente possível que a agência reguladora lance mão de outros instrumentos. Nesse sentido:

> "Exatamente pelo fato de a multa ser primariamente um instrumento regulatório, e não meramente arrecadatório, acaso essa se mostre ineficaz e o ordenamento permita seja convertida em obrigação de fazer, existe aí um espaço de decisão discricionária do regulador para alcançar os objetivos do setor. Em outras palavras, o interesse primário do regulador deve ser ajustar a conduta, seja por meio de multa ou obrigação de fazer" [41].

Tal compreensão vem na esteira da constatação, por parte do TCU, de que para além de avaliar a quantidade de multas aplicadas e o valor arrecadado é preciso também considerar a necessidade de constante aperfeiçoamento dos serviços e das motivações de cumprimento das obrigações regulatórias, de tal maneira que a aplicação de medidas como obrigações de fazer em lugar de multas

[41] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

serviria para conferir maior eficiência à atuação regulatória (FREITAS, FILHO, *et al.*, 2019).

Pode-se mencionar, nesse sentido, precedentes do TCU em que se admitiu a não aplicação de multas em virtude da tomada de providências – notadamente o endereçamento dos problemas dos casos concretos por intermédio de Termos de Ajustamento de Condutas –, por ser o Tribunal "sensível ao fato de que a imposição de pesadas multas sem a prévia tentativa de erguer o combalido setor ferroviário pode significar a derrocada das concessionárias"[42]. Daí a razão pela qual, ainda segundo o TCU, "**deve-se buscar a utilização de medidas alternativas à simples aplicação de multas, de forma a trazer maior efetividade às decisões regulatórias e evitar a continuidade da prática de condutas semelhantes no futuro e, consequentemente, proporcionar melhorias que não seriam obtidas com a aplicação de sanções ordinárias**"[43] (grifo nosso).

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

[42] TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012; TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009.
[43] TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.

aprimoramento na prestação dos serviços, pois direta ou indiretamente exigem ações das prestadoras para melhoria da qualidade"[44].

Observe-se, nesse ponto, que não se está a falar – como só ocorre nos casos de celebração de TACs – no *encerramento* de processos de apuração de descumprimento de obrigações, mas na utilização de ferramentas alternativas à própria abertura de PADOs, marcados por pesada burocracia e substancial dispêndio de recursos humanos e financeiros. O TCU, nesse diapasão, afirmou que estratégias alternativas à abertura de PADOs, marcadas pelo "acompanhamento contínuo e controle em detrimento da só utilização dos processos de apuração de descumprimento de obrigações de universalização", podem apresentar maior efetividade do que os PADOs[45].

No caso específico das metas de universalização do STFC, a Anatel apresentou, exemplificativamente, medidas alternativas como: a) tornar gratuitas as chamadas locais fixo-fixo originadas nos orelhões dos municípios localizados nos nove Estados que apresentaram o pior desempenho no plano de revitalização de orelhões; e b) o uso de medida compensatória com imposição de gratuidade de chamadas. Após mencionar essas medidas, o TCU apenas ressalvou que, apesar de se tratar de condutas capazes de corrigir irregularidades relativas ao descumprimento de obrigaões regulatórias, tal sistemática ainda carecia de maior regularidade em sua aplicação[46].

Nesse sentido, cabe notar que, muito embora o Tribunal admita a implementação de medidas alternativas à multa pecuniária – especialmente por intermédio de TACs, como se demonstrará a seguir –, tal posicionamento não atribui às agências total discricionariedade na aplicação dessas medidas. Segundo o TCU, a substituição da penalidade de multa por outras sanções exige constante e rigoroso acompanhamento da execução de compromissos alternativos, por

---

[44] TCU, Acórdão 873/2010, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 28.04.2010.
[45] TCU, Acórdão 873/2010, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 28.04.2010.
[46] TCU, Acórdão 2542/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 18.09.2013.

intermédio de mecanismos de fiscalização que igualmente superem as estratégias tradicionalmente implementadas pelo ente regulador. Confira-se:

> Tratando-se de substituição de processos sancionatórios, é imperioso perceber a fiscalização como um mecanismo intrínseco à efetividade dos acordos e à tutela do interesse público. Ao abrir mão das multas decorrentes dos Pados para a celebração dos TACs, a Anatel se incumbe de reforçar o controle e fiscalização dos compromissos assumidos, sobretudo por serem as compromissárias infratoras contumazes das normas regulatórias.
>
> Cabe à Anatel a execução de uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle não previstos nas atividades tradicionais do órgão regulador, ensejando um acompanhamento mais rigoroso do cumprimento das obrigações ajustadas, sob pena de estimular a impunidade e reforçar a possibilidade de enriquecimento ilícito das empresas infratoras às custas do descaso regulatório[47].

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

---

[47] TCU, Acórdão 618/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 18.03.2020.

2.4.3 A atuação contemporânea das agências ocorre no paradigma da consensualidade

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

O regulador, dessa maneira, vem se abrindo à possibilidade de celebração de acordos administrativos com particulares em nome da adequada persecução das finalidades da regulação setorial, especialmente diante da necessidade de implementação de ferramentas mais efetivas para o atendimento desses fins. A consensualidade, assim "pode ser um mecanismo de alcance da finalidade pública no caso concreto, observadas as especificades da situação fática e do setor regulado envolvido" (PALMA, 2010).

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

Conforme aduz Juliana Bonacorsi de Palma, ao comentar o caso da Anatel, a possibilidade de celebração de TACs veio na esteira de diversas

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

Diante do movimento das agências no sentido de celebrar acordos substitutivos de multas pecuniárias, o TCU tratou de fixar as balizas para tanto. Nesse sentido, o Acórdão TCU 2121/2017 é destacado como precedente fundamental para o entendimento da compreensão atual da consensualidade administrativa. O caso tinha por pano de fundo o cometimento de determinadas irregularidades na potencial celebração de Termo de Ajustamento de Conduta pela Anatel, que dizia respeito a processos sancionatórios relativos à qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações prestados pela Telefônica Brasil S/A (que, porém, acabou por desistir da celebração do TAC em 9 de março de 2018).[48]

No caso em questão, asseverou o Ministro-Relator Bruno Dantas, após descrever as normas da Anatel que preveem a possibilidade de celebração do TAC, que "o ajuste das condutas infringidas já é obrigação legal e regulamentar das operadoras, porém o sistema sancionatório vigente ainda tem se mostrado ineficaz nesse sentido. De tal modo, o TAC busca superar essa deficiência, ao possibilitar e flexibilizar a pactuação de ajuste gradual ao longo do tempo para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações"[49]. Não se trata, por conseguinte, de mera formalidade ou solução cosmética, mas sim de medida

[48] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
[49] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

destinada a dar concretude a finalidades regulatórias que, sob as modelagens ora vigentes, não têm sido alcançadas.

Ao estudarem os chamados acordos substitutivos nas sanções regulatórias – isto é, aqueles negócios celebrados entre a Administração e particulares, "com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa" (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 133) –, os autores defendem que a própria Lei Geral das Telecomunicações concede à Anatel a prerrogativa de dispor sobre os meios capazes de conduzir o comportamento dos agentes regulados na direção do interesse público, cabendo à agência dispor sobre as causas determinantes e as causas excludentes da aplicação ou execução de sanções (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 148-150). Assim, considerando que a punição não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento regulatório (ARANHA, 2019, p. 68), "[c]omo os mesmos fins muitas vezes são atingíveis de modo mais rápido, mais barato, mais certo – e mesmo de modo mais justo – com a utilização de meios alternativos, cada vez mais o direito os vem valorizando" (SUNDFELD e CÂMARA, 2011, p. 135-136). É nesse sentido o posicionamento do TCU:

> Com esse cenário em mente, por meio dos compromissos adicionais, o TAC representa a substituição da persecução sancionatória, por meio desse longo caminho administrativo (e eventualmente judicial) até a estabilização da sanção e recebimento do valor, pela assunção de compromissos cujas etapas de consecução se iniciam de imediato.
>
> (...)
>
> Por conseguinte, a assinatura de termos de ajustamento de conduta, elaborados em consenso entre o regulado e o regulador, mostra-se como uma possível opção para melhorar esse quadro [de ineficácia da sanção de multa]. Ao ser elaborado por meio de negociação com o infrator, o TAC permite alinhar as expectativas do ator privado ao interesse público, o que aumenta as chances de cumprimento dos

> compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas.
>
> (...)
>
> Dito de outra forma, não se mostra razoável adotar a concepção clássica da doutrina administrativista, segundo a qual o interesse público, é considerado, a um só tempo, antagônico ao interesse privado e superior a esse. Como dito, a presença do interesse público não significa a ausência do privado. É possível, em tese, que ambos habitem o mesmo cenário harmonicamente.
>
> (...)
>
> Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos Pados, independente da etapa em que estejam (inicial ou final), representa a redução ou eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual.
>
> Para a Anatel, não há dúvidas que o encerramento dos Pados liberará recursos financeiros e materiais para a execução de atividades finalísticas mais interessantes e eficazes do ponto de vista do regulador"[50]

Os TACs, assim, segundo o Ministro-Relator, podem ser compreendidos como pactos baseados na livre vontade do regulado de anuir à regulação vigente a partir de um conjunto de estímulos e incentivos fornecidos pelo regulador, em decorrência de uma dupla análise de custo-benefício tanto do polo estatal quanto do polo privado.[51] O debate da consensualidade, dessa maneira, diz respeito antes de tudo não a um conflito entre interesse público e interesses privados, mas a um arranjo institucional capaz de mais eficientemente alcançar o interesse público

[50] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
[51] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

por intermédio da interação com particulares e consequente alinhamento entre interesse público e privado.

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

Debate semelhante, aliás, pode ser verificado na seara dos acordos de leniência, os quais, segundo o TCU, devem partir de estratégia que perpasse "uma estrutura de estímulos e incentivos para que agentes infratores sintam-se fortemente impelidos a cooperar com as apurações promovidas pelo Estado e um desenho institucional que permita o diálogo permanente e a atuação coordenada entre os diversos órgãos de controle estatais"[52].

Importa ressaltar, neste momento, que a teoria dos jogos é um fundamento comum à justificativa de espécies de delação premiada, como é o caso dos acordos de leniência, e a modelagem regulatória da teoria da regulação responsiva, em especial, no que toca à autorregulação com constrangimento normativo estatal, ou *enforced self-regulation*. Se, para o TCU, é justificável a substituição de sanções por estrutura de estímulos e incentivos no âmbito dos acordos de leniência, pelos mesmos fundamentos é forçoso concluir-se pela possibilidade dessa substituição por decorrência de modelagem regulatória responsiva, que é de livre opção – por óbvio fundamentada – do regulador, como sua competência mais proeminente: a de definição da estratégia de regular.

Nesse sentido, o TCU considera razoável mesmo o oferecimento de incentivos específicos para que determinado agente regulado adote

[52] TCU, Acórdão 483/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 22.03.2017.

comportamentos condizentes com os objetivos da regulação estatal, em um processo equilibrado que adequadamente equacione os interesses envolvidos:

> Assim, é natural que nesse processo a Anatel conceda certas vantagens à operadora interessada, para que haja estímulos à celebração. Ou seja, não só a Administração, mas todas as partes envolvidas (particular, agência e a sociedade) precisam enxergar na negociação um processo positivo, que as conduza a uma situação final melhor que a anterior, desde que esse seja pautado pelo equilíbrio entre os benefícios concedidos ao administrado, o interesse público no ajuste de conduta e na consecução dos projetos previstos e a redução no custo administrativo de carregamento dos Pados a serem substituídos pelo TAC[53].

Ademais, importa rememorar a posição do TCU de que, no exercício de seu papel de controle externo, tem por intuito fiscalizar a regularidade dos atos e procedimentos das agências reguladoras inclusive no campo a consensualidade, porém não é competência sua atestar ou validar tais acordos. Assim, não há juízos apriorísticos sobre a adoção de uma modelagem regulatória ou outra – o que fica a cargo do ente regulador –, mas sim o controle sobre o atingimento das finalidades regulatórias relacionadas ao setor.[54]

Isso significa que a identificação de eventuais fragilidades ou vícios nos acordos celebrados entre agências e particulares pode ensejar determinações incisivas por parte do TCU, inclusive no sentido de ordenar que as agências se abstenham de firmar acordos com determinados escopos. Foi o que ocorreu por ocasião de processo em que foram investigadas irregularidades na celebração de

---

[53] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
[54] TCU, Acórdão 2926/2018, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 12.12.2018. No mesmo sentido: TCU, Acórdão 2195/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 11.09.2019; TCU, Acórdão 1366/2019, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julg. 12.06.2019; TCU, Acórdão 1704/2018, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 25.07.2018.

acordos por parte da ANTT, quando, muito embora se tenha franqueado a possibilidade de celebração de acordos substitutivos a penalidades de multa, determinou o TCU que a agência se abstivesse de celebrar TACs que:

> [N]ão prevejam medidas compensatórias para as infrações praticadas e apenas estipulem, como cominação pelo descumprimento das obrigações pactuadas, a adoção das providências necessárias à instauração de processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado, porquanto referida cominação não é capaz de compelir os compromissários ao integral cumprimento das obrigações estipuladas na avença, em desapreço aos princípios da eficiência, da finalidade administrativa e da supremacia do interesse público[55].

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

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

[55] TCU, Acórdão 2533/2017, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 14.11.2017.

> investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta permuta.
>
> Pela excepcionalidade que possui, não é esperado que a agência passe a pautar sua atuação unicamente por meio de TAC. Admitir tal situação equivaleria a sepultar o poder regulador da entidade pelas vias ordinárias. É dizer, seria reconhecer o esvaziamento de mecanismos regulatórios atualmente estabelecidos.
>
> Para além de ajustar conduta e converter créditos de multas (de baixa liquidez) em investimentos diretos e tempestivos aos usuários, os TAC trazem, como benefício indireto importante, o saneamento de situação crítica atual, a saber, o elevado passivo de Pados, cujos custos administrativos impactam negativamente a eficiência operacional da Anatel.
>
> Assim, tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, bem como de análise de custo-benefício do instrumento.
>
> A superação desse obstáculo momentâneo poderá conduzir a Anatel a melhor dispor de seus recursos financeiros e humanos em frentes mais efetivas de regulação do setor[56].

Por óbvio, esse raciocínio não se aplica a quando o próprio regulador altera a modelagem regulatória de uma regulação apoiada em *vias ordinárias* para uma regulação apoiada em uma *cesta de instrumentos e regimes* de acordo com o comportamento global dos regulados e posturas específicas de cooperação.

Muito embora o trecho do acórdão supracitado afirme que os TACs são medidas excepcionais a contextos de normalidade em que a regra é a aplicação de

[56] TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.

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

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

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

Significa dizer que a implementação de novas estratégias regulatórias deve estar acompanhada de justificativas claras e de uma visão abrangente sobre o setor e o comportamento dos agentes regulados, sob pena de modelos

alternativos tornarem-se simplesmente novos riscos de descumprimento da regulação vigente. Assim, o TCU apresenta preocupações relevantes quanto a determinados métodos que eventualmente signifiquem incentivos ao descumprimento da regulação por parte dos agentes regulados.

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

Daí ter pontuado o TCU, em procedimento relacionado à Anvisa, que "[s]e considerarmos que o principal objetivo das estruturas da governança é o fornecimento de resultados concretos à sociedade, é forçoso reconhecer, diante dos indicadores apresentados no item anterior, que a Anvisa precisa aprimorar urgentemente seus mecanismos de liderança, estratégia e controle para reverter essa situação"[57].

[57] TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.

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

> Por fim, vale fazer uma breve contextualização do cenário regulatório internacional, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, onde há uma busca por uma *better regulation*, que pode ser definida como medidas para que a regulação por meio de políticas e leis alcancem seus objetivos com o menor custo. Isso em resposta ao que inicialmente resultou em um excesso regulatório (asfixia regulatória) , que gerava, inclusive, demandas judiciais morosas e ineficientes. Posteriormente, o excesso regulatório foi substituído por uma desregulamentação, também ineficiente e permissiva, gerando problemas na prestação e no controle dos serviços.
>
> (...)
>
> Fato é que não houve ainda lastro regulatório da fiscalização desse serviço prestado por um ente privado no país. Vale destacar que se faz salutar, como instrumento de compliance, que as normas se baseiem nos riscos identificados. Riscos baixos, com excessos regulatórios, geram ineficiência; riscos altos ignorados, podem impactar em uma gestão temerária. Pois esse fino equilíbrio regulatório - *better regulation* - é provido por uma visão pragmática e realista dos riscos da atividade regulada. Pois essas incertezas regulatórias só poderão ser adequadamente esquadrinhadas após esse mapeamento de riscos - ainda inexistente. Tal providência há de ser empreendida pelo Poder Concedente.

> Em primeiro passo de tal necessidade, urge identificar e rastrear os respectivos riscos. As lentes desse processo devem assumir a ótica da qualidade e do interesse último do usuário (conceitualmente, considerado hipossuficiente, na teoria da regulação) ; mas natural também que, nessa análise, se mapeiem os processos com foco nos pontos críticos de fraudes[58].

Dessa maneira, assevera o TCU que as agências reguladoras devem, ao estruturar alternativas às metodologias tradicionais de regulação, ponderar incentivos à colaboração e ao consenso dos particulares com a possibilidade de aplicação de sanções punitivas, de maneira a possibilitar uma abordagem menos rigorosa perante o regulado ao mesmo tempo em que a violação às normas aplicáveis ao setor não compense economicamente[59]. Diante disso, pode-se verificar que, diante da importância da estruturação de mecanismos regulatórios que efetivamente sirvam ao atingimento das finalidades institucionais das agências, modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos – isto é, que adotam uma estrutura de incentivos e punições baseada no comportamento do regulado perante a regulação, em uma escala progressiva de benefícios ou mesmo de sanções punitivas – podem atender a essas preocupações se acompanhadas de fundamentação consistente.

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

---

[58] TCU, Acórdão 1421/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 03.06.2020.
[59] Nesse sentido, no tocante aos acordos de leniência: TCU, Acórdão 483/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 22.03.2017.

um modelo de fiscalização alinhado a práticas modernas, fundamentado nos princípios apresentados pela Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE)", a saber: a) fiscalização baseada em evidências; b) seletividade; c) foco em riscos e proporcionalidade; d) regulação responsiva; e) visão de longo prazo; e) coordenação e consolidação; f) governança transparente; g) integração de informações; h) processo claro e justo; i) incentivo para conformidade; e j) profissionalismo[60].

O Tribunal, ao analisar a modelagem adotada pela ANEEL, entendeu que a estratégia da agência vem acompanhada de controles internos capazes de satisfatoriamente reduzir a probabilidade e o impacto de eventos danosos. No entanto, preocupou-se também o tribunal com eventuais riscos de comportamento oportunista dos agentes regulados, tendo em vista a possibilidade de os particulares desvirtuarem os mecanismos e critérios empregados pela agência. O Tribunal sugeriu, nesse ponto, que fossem adotados mecanismos de correção de inconsistências como essas e que, nos casos de erro grosseiro ou dolo do agente regulado, fosse o particular apenado[61].

Acontece que, como demonstraram os relatórios anteriormente apresentados no âmbito da presente pesquisa Anatel/UnB, a preocupação do TCU não tem o condão de desmantelar modelagens baseadas em incentivos intrínsecos, mas sim de admiti-las segundo seus próprios pressupostos, já que o comportamento do agente regulado tanto pode ensejar a utilização de controles menos rígidos e a aplicação de sanções premiais como pode conduzir à implementação de sanções punitivas em determinadas situações.

[60] TCU, Acórdão 726/2020, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 01.04.2020.
[61] TCU, Acórdão 726/2020, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 01.04.2020.

2.5 Síntese conclusiva

O presente capítulo teve por intuito ressaltar elementos da jurisprudência do TCU que pudessem demonstrar evidências práticas de abertura para a construção de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos. Cabe repisar que o capítulo não tem a pretensão de abarcar toda a atuação do TCU e tampouco de conferir aos resultados encontrados e comentados ao longo do presente estudo caráter totalizante. Pelo contrário, pretendeu-se justamente demonstrar que, em que pese o amadurecimento da literatura, há lacuna relevante no tocante ao estudo das balizas fixadas por órgãos de controle como o TCU para a construção de modelos inovadores de regulação.

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

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

SÍNTESE Princípios jurisprudenciais de controle das agências reguladoras			
As sanções aplicadas pelas agências têm papel regulatório, e não arrecadatório. Sem inteligência regulatória, elas servem ao fim inverso daquele para o qual foram idealizadas.	As agências podem adotar medidas alternativas às multas para aprimoramento do setor. A função de regular não é de instaurar processos, constituir sanções, e arrecadar multas, mas conformar o comportamento do regulado rumo ao interesse público.	A busca de modelagens regulatórias que deem conta da complexidade do setor e de seus objetivos e finalidades institucionais é perfeitamente legítima.	O modelo de comando e controle peca pela incerteza quanto à cobrança efetiva das multas, alto custo de processamento administrativo e desconexão entre técnica regulatória e resultado no comportamento do regulado.

Tabela 10 – Síntese: Princípios jurisprudenciais de controle das agências reguladoras

3. PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

3.1 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva na Constituição Federal de 1988

3.1.1 Proposta de alteração do art. 174 da Constituição Federal

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Acrescenta o art. 174-A e institui as diretrizes para a implementação de intervenção indireta do Estado brasileiro na Economia, por meio de medidas compensatórias e de normas indutoras da conformidade, no âmbito dos setores direcionados sob a competência normativa e fiscalizatória das Agências Reguladoras.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao Texto Constitucional:

Art. 1º. Fica incluído o art. 174-A, no Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", com a seguinte redação:

> "Art. 174-A. No exercício da competência prevista no art. 174, as Agências Reguladoras e os demais órgãos administrativos investidos das funções de regulamentação e de fiscalização de setores econômicos de interesse público, poderão adotar medidas compensatórias, para premiar o comportamento reiterado de regularidade e de qualidade nos serviços prestados, e normas

indutoras da conformidade, para prevenir ou corrigir descumprimentos pontuais ou reiterados a deveres, que admitam o ajuste por meios menos gravosos, em detrimento de uma estrutura unicamente voltada à prescrição de obrigações e de sanções.

§ 1º As competências instituídas neste artigo devem estar orientadas à obtenção de resultados satisfatórios, de maior eficiência na tramitação de processos administrativos, de redução de custos com litigiosidade, de proporcionalidade com as condutas observadas e de resposta adequada à cooperação dos agentes regulados.

§ 2º A aplicação dos benefícios e dos instrumentos para a regularização das condutas poderá seguir modelo escalonado, onde o maior grau de liberdade empresarial, ainda que supervisionada, ou de intervenção estatal será responsivo ao comportamento reiterado ou aos comportamentos pontuais de cada agente".

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Os dois únicos dispositivos da Constituição Federal (CF/88) que fazem referência expressa à figura das Agências Reguladoras são o art. 21, XI[62], e o art. 177, §2º, III[63]. Ambos foram adicionados ao Texto Maior por Emendas Constitucionais no ano de 1995 e mencionam que a Lei Geral do setor deverá, também, criar um órgão regulador.

O fato de o Poder Constituinte Derivado ter limitado o conteúdo de tais comandos à instituição de tais entidades implicou espaço normativo *aberto* à definição sobre como a competência regulatória se concretizará. Desde então, de meados de 1990 até a atualidade, as Agências Reguladoras se proliferaram e

---

[62] Vide CF/88, art. 21, XI: "Compete à União: (…) explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a **criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, 1995).

[63] Vide CF/88, art. 177, §2º, III: "A lei a que se refere o §1º disporá sobre: (...) **a estrutura e as atribuições do órgão regulador do monopólio da União**".

passaram a protagonizar a principal técnica de intervenção indireta do Estado na economia, no paradigma do Estado Regulador.

Por mais que as Agências Reguladoras sejam dotadas de autonomia decisória, os seus modos de agir são fortemente influenciados pelos princípios materiais e procedimentais que norteiam a Administração Pública, o que não deixa de ser coerente com a vinculação desses órgãos ao Poder Executivo Federal. No entanto, a configuração rígida assumida pelo processo administrativo sancionador, que representa o instrumento para a cessação de condutas irregulares durante a prestação dos serviços, mostra-se desgastada e ineficiente para combater as infrações reiteradas e para promover a adesão às normas.

À luz do princípio da eficiência e da dimensão substantiva do devido processo legal, não só é plausível, como recomendável que tais *"agentes normativos e reguladores"*, destinatários dos poderes conferidos pelo art. 174, tenham à disposição mecanismos de estímulo aos comportamentos que extrapolem a dualidade entre obrigação e sanção, sob uma lógica que a ciência econômica denomina *"comando e controle"*.

Os atributos de especialidade e de tecnicidade, aliados ao aparelhamento de monitoração e controle, fazem das Agências e dos órgãos a elas equiparados o arranjo institucional apto a comportar um poder de polícia que se exerce, primeiramente, através do diálogo e da cooperação com os administrados, buscando soluções mais céleres e menos custosas do que o procedimento que culmina, tão-somente, na imposição de penalidade pecuniária.[64]

Nesse sentido, as empresas que atuam sob contratos de permissão ou de concessão ou sob termos de autorização poderão ser fiscalizadas e, de acordo com os resultados obtidos, *ou* alcançar uma maior liberdade para determinar as práticas de gestão empresarial, desde que mantenham o bom desempenho; *ou* receber direcionamentos para a cessação de irregularidades.

Em nenhum dos casos, propõe-se negar os regimes jurídicos previstos para as concessionárias, permissionárias ou autorizatárias em Leis. O que se possibilita é o acréscimo de credibilidade da empresa, perante a Agência e os usuários, *ou* a oportunidade de correção por meios menos gravosos, sendo que a recalcitrância culminará no ingresso do regulado em regime próprio à aplicação da sanção administrativa *típica*.

---

[64] Vide BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian. **Responsive Regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, p. 35-41.

Face ao exposto, a presente Proposta de Emenda à Constituição se alinha ao modelo de regulação responsiva. Essa formalização não impõe a opção única e exclusiva pelo mecanismo responsivo; ao contrário, firma-os como uma *possibilidade* à interpretação do art. 174 da CRFB/88. O acréscimo dessa possibilidade, por sua vez, faz-se necessário diante da resistência à atuação mais flexível e adaptativa da Administração Pública.

3.2 Possibilidade jurídica de adoção de medidas compensatórias

3.2.1 Proposta de alteração do art. 174 da Constituição Federal

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera o art. 174 da Constituição Federal para legitimar a adoção de medidas compensatórias e de normas indutoras da conformidade, no âmbito dos setores de interesse público, sob a competência normativa e fiscalizatória das Agências Reguladoras e de órgãos administrativos de controle equiparados.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao Texto Constitucional:

Art. 1º O artigo 174 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

"Art. 174. .....

§ 5º As funções de incentivo e de fiscalização a que se referem o *caput,* quando exercidas pelos órgãos reguladores estatais, podem se expressar por meio de medidas compensatórias ou de normas indutoras da conformidade, desde que previstas em regulamentos específicos e que aplicadas de forma proporcional e responsiva ao grau de cooperação dos agentes regulados ou à gravidade do descumprimento de deveres." (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Conforme se depreende da atual conformação da Administração Pública brasileira, em especial à nível federal, o comando do artigo 174, ao legitimar a intervenção estatal indireta sobre a economia, ocupa uma posição central no alinhamento de objetivos, recursos e esforços para a prestação contínua, adequada e eficiente de serviços essenciais ao desenvolvimento econômico.

Considerando que o delineamento das prerrogativas e das competências das Agências Reguladoras e de outros órgãos administrativos direcionados ao controle setorial está reservado à legislação ordinária e aos debates do Congresso Nacional, urge registrar na Carta Magna uma diretriz essencial para a atuação mais eficiente desses organismos, qual seja, a criação de regimes jurídicos e de procedimentos de acompanhamento que não se limitem à cominação de sanções, seja sob a tipicidade direta (previsão de condutas ilícitas) ou indireta (previsão de condutas esperadas, acompanhada do dever de sancionar o descumprimento).

Por meio da adição do § 5º nos termos propostos, tais instâncias terão maior margem à atualização dos padrões e dos parâmetros regulatórios, de modo compatível com o desempenho do setor regulado.

Cumpre salientar que os mecanismos enunciados são *complementares* às condutas tipificadas nas Leis vigentes e ao processo administrativo sancionador em sentido estrito, e não violam o patamar exigível de obrigações dos agentes delegatários de serviços públicos nem dos autorizatários dos serviços de interesse público.

Face ao exposto, a presente Proposta de Emenda à Constituição se alinha ao modelo de regulação responsiva. Essa formalização não impõe a opção única e exclusiva pelo mecanismo responsivo; ao contrário, firma-o como uma *possibilidade* à interpretação do art. 174 da CRFB/88. O acréscimo dessa

possibilidade, por sua vez, faz-se necessário diante da resistência à atuação mais flexível e adaptativa da Administração Pública.

4. PROJETOS DE LEI

4.1 Incorporação de dispositivos que deem segurança jurídica para que a Anatel possa adotar medidas apoiadas em incentivos intrínsecos

4.1.1 Alterações na Lei Geral de Telecomunicações com vistas a esclarecer a possibilidade de não abertura de PADOs, entre outras medidas instrumentais à regulação por incentivos intrínsecos

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para incluir disposições relacionadas à fiscalização regulatória baseada em incentivos.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, para incluir disposições relacionadas à fiscalização regulatória baseada em incentivos.

Art. 2º Fica acrescido o seguinte parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

"Art. 5º .....

Parágrafo único. A fiscalização regulatória priorizará medidas de educação, orientação, monitoramento, melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, reparação voluntária e eficaz, avaliação de riscos, transparência e cooperação entre usuários, prestadoras e órgão regulador." (NR)

Art. 3º Fica alterado o *caput* do art. 82 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade, decretação de intervenção, ou medidas substitutivas de conformidade regulatória que a Agência considerar mais efetivas, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência." (NR)

Art. 4º Fica alterado o *caput* do art. 137 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária, caducidade, ou medidas substitutivas de conformidade regulatória que a Agência considerar mais efetivas, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência." (NR)

Art. 5º O Título VI da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, passa a denominar-se "DAS MEDIDAS DE CONFORMIDADE" e o Capítulo I do Título VI, "Das Medidas de Conformidade de Natureza Administrativa".

Art. 6º Ficam alterados o *caput* e os incisos do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passam a vigorar com a seguinte redação, acrescido o seguinte parágrafo único:

"Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes medidas de conformidade, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - notificação para correção de irregularidade;

II - medida preventiva;

III - medida reparatória;

IV - obrigação de fazer;

V - obrigação de não fazer;

IV - advertência;

V - multa;

VI - suspensão temporária;

VII - caducidade;

VIII - declaração de inidoneidade.

Parágrafo único. A Agência, ao analisar os incentivos aplicáveis ao caso concreto e no intuito de fomentar o comportamento virtuoso pontual ou reiterado das prestadoras de serviço de telecomunicações, poderá deixar de instaurar processo sancionador, sustar seu andamento, transacionar, suspender os efeitos ou revogar sanções, impor medidas preventivas ou reparatórias, entre outras soluções alternativas, com fundamento em sua maior efetividade para cessação do descumprimento específico, para alteração do comportamento reiterado das prestadoras, ou para implementação de novas obrigações atualizadas às demandas dos usuários, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência." (NR)

Art. 7º Fica acrescido o art. 173-A à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, com a seguinte redação:

Art. 173-A. A reparação voluntária e eficaz de irregularidade praticada por prestadora de serviço de telecomunicações, precedida ou não de notificação para sua correção, afastará o processamento e aplicação da sanção correspondente, nos termos e prazos definidos em regulamento próprio.

Parágrafo único. A prestadora de serviço de telecomunicações poderá comprovar a reparação voluntária e eficaz de irregularidade mediante o cumprimento de planos de regularização ou melhoria negociados e homologados pela Agência, o cumprimento de outras medidas de conformidade impostas pela Agência, ou por outros meios de compensação ou obrigações adicionais celebrados com a Agência." (NR)

Art. 8º Fica alterada a redação do *caput* do art. 176, do *caput* do art. 177, e do *caput* do art. 178 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 176. Na aplicação de normas regulatórias, com vistas a instruir a decisão da agência para emissão de notificação para correção de irregularidade ou para instauração de processo sancionador, serão considerados, em conjunto, ou isoladamente, o comportamento pontual ou reiterado da prestadora, o adimplemento dos compromissos anteriormente assumidos perante a Agência, o grau de conformidade, a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, a efetividade da aplicação da sanção para alteração da conduta da prestadora, as circunstâncias agravantes, os antecedentes da infratora, a reincidência específica, entre outros critérios fixados pela Agência.

Parágrafo único. ....." (NR)

"Art. 177 Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também poderão ser estabelecidas medidas, incentivos ou sanções que atinjam seus administradores ou controladores." (NR)

"Art. 178 A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção e poderá ser levada em consideração na decisão sobre a abertura ou não de processo para a aplicação de sanções, juntamente com o comportamento pontual ou reiterado da prestadora perante a Agência." (NR)

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Considerando os objetivos da regulação das telecomunicações, notadamente a garantia ao acesso a esses serviços com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza (LGT, art. 3º, I), as estratégias regulatórias a serem adotadas pela Anatel não podem se resumir a relações de imposição unilateral de normas e sanções.

Isso porque, muito mais do que uma conduta dos agentes regulados que seja tão somente reativa a sanções punitivas voltadas a penalizar violações às normas aplicáveis, a regulação setorial deve estar preocupada com a efetividade das suas normas, o que envolve cenário muito mais complexo do que a mera aplicação de penalidades (como no modelo de "comando e controle").

O que se deve buscar, nesse sentido, é a conformação da regulação como um modelo estratégico, "voltado ao alcance do interesse público mediante medidas governamentais que procuram incrementar o nível de compliance do particular, mediante reforço dos incentivos empresariais presentes em normas previamente existentes no sistema social regulado rumo ao interesse público" (ARANHA, Marcio Iorio; LOPES, Othon de Azevedo. "Estudo sobre teorias jurídicas da regulação apoiadas em incentivos", Meta 5 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB).

A Anatel, nesse sentido, vem procurando implementar um modelo baseado não exclusivamente em incentivos extrínsecos (como sanções punitivas que invariavelmente serão internalizadas e quantificadas no processo de apuração de custos operacionais dos agentes regulados), mas sim em modelagem regulatória que faça uso da combinação de incentivos extrínsecos e intrínsecos que, em lugar de buscar o mero constrangimento do particular, buscam a conformidade regulatória em benefício da sociedade. Os benefícios relacionados à regulação baseada em incentivos intrínsecos, em especial, à regulação responsiva, são amplamente conhecidos pela literatura. Nesse sentido:

> "Trata-se provavelmente de questão para a qual confluem todas as reflexões da regulação responsiva, assim como todas as considerações expostas no presente relatório. Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização — e, exatamente por isso, pode ser

> resolvido rapidamente – ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção" (FRAZÃO, Ana; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anatel", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB).

Em outras palavras, tendo em vista que a legislação já estabelece que a regulação setorial tem por intuito adotar medidas que promovam qualidade, diversidade, razoabilidade de tarifas e oportunidades de desenvolvimento do serviço de telecomunicações, o emprego de incentivos intrínsecos é possível sob as normas atualmente em vigor, sendo um despropósito, a contrário senso, imaginar que a lei teria proibido o regulador de optar por medidas mais eficazes que a mera sanção para o benefício do usuário. Dessa maneira, a agência reguladora, no intuito de assegurar o *compliance* com as normas regulatórias, sequer dependeria de alteração legislativa.

No entanto, no intuito igualmente de garantir a estabilidade das ações da Anatel e de evitar eventuais interpretações em sentido contrário ao que preceitua modelagens regulatórias apoiadas em incentivos intrínsecos, a presente proposta de alteração legislativa procura conferir redação à Lei Geral de Telecomunicações que torne absolutamente clara a possibilidade de emprego de tais modelagens regulatórias, a fim de construir um ambiente de maior segurança jurídica tanto para o regulador como para os regulados.

A constitucionalidade da medida foi amplamente demonstrada na Meta 7 da pesquisa realizada pela UnB junto à Anatel (FRAZÃO, Ana; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANATEL", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB). Da mesma maneira, a medida está de acordo tanto com os princípios da Administração Pública

constantes do art. 37 da Constituição quanto com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a implementação dessas alterações terá o condão de reduzir sobremaneira os custos operacionais da Anatel, tendo em vista que será possível superar a instauração de Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADOs) diante de todo e qualquer evento, dando lugar às medidas que correspondam ao estado da relação de cooperação do regulado com a agência.

Dessa forma, entende-se que as alterações ora propostas têm o condão de esclarecer o texto da Lei Geral de Telecomunicações, de maneira a fornecer maior grau de segurança jurídica para a implementação de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos, no intuito de fomentar o comportamento virtuoso dos agentes regulados.

4.2 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva

4.2.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472)

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para recepcionar a adoção de mecanismos responsivos pelos Regulamentos da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), quanto à execução dos serviços e quanto à apuração de condutas

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei legitima a concessão de benefícios adicionais ao regime previsto na Lei Geral de Telecomunicações, sempre no sentido do reforço às prerrogativas ou de redução dos ônus, possibilita a adesão a medidas preventivas ou corretivas para o descumprimento de deveres, anteriormente ou em substituição à aplicação das sanções e altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 2º. O art. 2º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso V, renumerando-se os demais incisos:

"Art. 2°.....

.....

V – fiscalizar o cumprimento dos deveres legais e infralegais inerentes aos serviços, por uma sistemática adequada e responsiva ao comportamento pontual ou reiterado das prestadoras, ao interesse público envolvido, ao alcance dos danos ao serviço e aos usuários e à possibilidade de ajustar as condutas por meios que sejam mais efetivos; (NR)"

Art. 3º Fica acrescido o seguinte parágrafo único ao art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

"Art. 19.....

Parágrafo único. No exercício das competências normativas e fiscalizatórias dispostas neste artigo, a Agência poderá estipular medidas de incentivo em acréscimo ou substituição de sanções, para o cumprimento das obrigações, que irão condicionar a execução de contratos, atos e termos relativos aos serviços de telecomunicações e aos de uso de radiofrequências." (NR)

Art. 5º O art. 127 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 fica acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 127. .....

Parágrafo único. A isonomia de tratamento às empresas detentoras de autorização, nos termos do inciso VI deste artigo, estará igualmente atendida na hipótese de a Agência segmentar as prestadoras em categorias ou grupos de acordo com os indicadores de desempenho ou de risco, ou com o grau de respeito à regulamentação." (NR)

Art. 6º O art. 128 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 fica acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 128.....

Parágrafo único. Os condicionamentos administrativos podem surgir a partir de atos da Agência que atestem os resultados insatisfatórios e/ou a prestação deficiente dos serviços em regime privado, observando os parâmetros de proporcionalidade, conforme os incisos III, IV e V deste artigo.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Lei Geral de Telecomunicações, desde a sua concepção, perpassando as alterações que foram incorporadas nas últimas três décadas, tem o espírito de inovar quanto às técnicas e às estratégias para fornecer um aparato jurídico e institucional condizente com a realidade de cada serviço, unidade técnica ou infraestrutura regulamentada. Não à toa, trata-se de um dos primeiros marcos regulatórios a abarcar a noção de *assimetria regulatória*, por meio da designação de diferentes instrumentos de outorga e, consequentemente, diferentes regimes jurídicos dentre os componentes do setor.

O presente Projeto de Lei visa a atualizar o caráter pragmático e finalístico da Lei, por meio de adequações redacionais que se alinhem à Agenda Regulatória da Agência Nacional de Telecomunicações, em especial para a legitimação definitiva de um modelo regulatório responsivo, marcado pela integração dos macroprocessos de fiscalização e controle no âmbito da Agência e pela renovação da técnica normativa, que se voltará, cada vez mais, às normas de cunho indutivo ou com consequências jurídicas escalonadas.

É dizer: a Lei Geral de Telecomunicações precisa ser compatibilizada nos pontos em que criaria dubiedades – e até óbices – à implementação de um processo administrativo dinâmico de fiscalização e à revisão do arcabouço regulatório, para prever incentivos e benefícios, em favor das prestadoras com o melhor desempenho.

A seguir, comentam-se as mudanças propostas, sob dois aspectos. Primeiro, demonstra-se *por que* tais mudanças servirão de alicerces para a legitimidade desse novo modo de atuação da Anatel. Segundo, expõe-se *como* são compatíveis com a estrutura da LGT, apenas somando premissas, sem o prejuízo à validade de quaisquer dispositivos nem à coerência interna da Lei.

O acréscimo de inciso ao artigo 2º, sobre os deveres do Poder Público perante o setor de telecomunicações, tem o escopo de formalizar o compromisso

das várias instâncias interessadas nessa regulamentação em promover as balizas necessárias a uma atividade fiscalizatória que seja eficiente não só para apurar as condutas, mas também para coibi-las enquanto representam apenas inconsistências ou falhas de baixa ofensividade.

A elucidação a ser inserida em parágrafo único ao artigo 19 afastaria quaisquer dúvidas sobre a disponibilidade de medidas administrativas premiais e corretivas ao poder normativo da Agência. Tanto os mecanismos pelos quais se acresce à liberdade de ação das prestadoras com os melhores resultados, quanto aqueles que fomentam o retorno aos padrões esperados de execução representam normas indutivas, que **não** agravam a situação desses agentes regulados. Pelo contrário, ou a melhoram, ou permitem o seu reajuste sem a imposição de restrições jurídicas e patrimoniais.

Os artigos 127 e 128 versam sobre o grau *desejável* de intervenção da Agência para os serviços que são objeto de autorização, calibrando as exigências do interesse coletivo com a liberdade de iniciativa. Nesse sentido, com mais razão, a adoção da regulação responsiva se aproxima da natureza *indutiva* que o artigo 174 da Constituição Federal atribuiu à regulamentação de atividades econômicas.

No âmbito do artigo 127 da LGT, propõe-se uma norma interpretativa explícita sobre o princípio da isonomia aplicado às autorizatárias dos serviços de telecomunicações. O objetivo é evitar que a multiplicidade de cargas semânticas desse princípio possa obstar a plena eficácia do modelo de regulação responsiva. Busca-se contextualizar que a isonomia, em leitura mais afeta à igualdade material, é respeitada se a Agência utilizar parâmetros objetivos para atribuir diferentes prerrogativas e níveis de controle variáveis às atividades de prestadoras, agrupadas ou individualmente consideradas.

Já o artigo 128 preceitua a excepcional criação de ônus às autorizatárias, vinculando-a, em seus incisos III, IV e V, à razoabilidade e à proporcionalidade que devem permear a limitação da liberdade empresarial. Somando-se a esse quadro, a proposta apenas ressalta que a análise de resultados pela Agência igualmente legimita os condicionamentos administrativos – que, nesse caso, tendem a ser temporários, *até* a empresa atingir os patamares desejáveis.

4.3 Medidas compensatórias e de incentivo à conformidade das condutas: previsão normativa e procedimentos para aplicação

4.3.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997)

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 julho de 1997, para atualizar a disciplina das sanções administrativas no setor de telecomunicações

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera disposições do Capítulo I, do Título VI, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a fim de formalizar novos mecanismos para a interação entre a Agência Nacional de Telecomunicações e as empresas prestadoras, visando à atuação responsiva da Agência e ao incentivo ao comportamento responsivo dos regulados.

Art. 2º Fica acrescido o art. 173-A à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, com a seguinte redação:

"Art. 173-A. A Anatel, no uso das competências previstas nos incisos IV a XIV do art. 19 desta Lei, pode se valer de medidas compensatórias, para premiar o cumprimento dos compromissos e das obrigações afetas às prestadoras, bem como de medidas de indução da conformidade, que não possuem o caráter punitivo, para corrigir tempestivamente as condutas e estimular seu alinhamento com as disposições desta Lei e de normas infralegais.

§ 1º As medidas compensatórias e as medidas de indução da conformidade devem observar os princípios da equidade, da efetividade, da razoabilidade e da proporcionalidade, e podem substituir o processamento e aplicação de sanções, nos termos da regulamentação.

§ 2º Na previsão e na execução das medidas compensatórias, a Agência poderá estabelecer benefícios de natureza ou de graus distintos decorrentes de índices definidos em regulamentação própria, a partir de uma distribuição equitativa, de acordo com as características, com o desempenho e com a cooperação dos agentes.

§ 3º Na estipulação e na aplicação de medidas de indução da conformidade, estão incluídas a revogação dos benefícios mencionados no § 2º deste artigo, a adoção de comportamentos que incrementem a transparência sobre a qualidade do serviço prestado, e a concessão de prazos para a regularização de condutas, entre outros." (NR)

Art. 4º Fica alterada a redação do parágrafo único do art. 175 da Lei nº 9.472, de julho de 1997, que passa a vigorar com a seguinte redação, alterando o parágrafo único para § 1º e acrescido o § 2º:

"Art. 175. .....

§ 1º Apenas medidas cautelares urgentes ou medidas de coordenação entre os agentes regulados e a Agência poderão ser tomadas antes da defesa.

§ 2º A forma e o momento para a apresentação de defesa do administrado seguirão parâmetros e critérios distintos e obedecerão a regulamento específico, nas hipóteses de estímulo à regularização das condutas, por meio das medidas preventivas, reparatórias ou de controle, que não possuem caráter punitivo." (NR)

Art. 5º Fica alterado o art. 176 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passa a vigorar com a seguinte redação, alterando o parágrafo único para § 1º e acrescido o § 2º:

"Art. 176. .....

.....

§ 2º Na fase prévia à instauração do processo sancionador, as particularidades elencadas no *caput* também devem ser observadas para a análise sobre o cabimento de medidas preventivas ou reparatórias ao descumprimento de obrigações, bem como para guiar o estabelecimento de regimes diferenciados quanto às margens de tolerância e quanto às consequências do controle." (NR)

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A organização de incentivos normativos sobre os setores econômicos de interesse público remete ao plexo de competências das Agências Reguladoras, que se consagraram na ordem jurídica vigente pelo art. 174 da Constituição Federal. Se a inserção dessas autarquias especiais mudou sensivelmente a forma de intervenção do Estado brasileiro na economia, então há de se esperar que o aparelhamento dessas entidades com soluções mais dinâmicas e dialógicas deve ampliar o atendimento aos usuários e a qualidade dos serviços prestados, desde que tais soluções sejam fixadas em limites razoáveis de afetação ao contraditório e à ampla defesa das prestadoras e em consonância com a manutenção de sanções e penalidades administrativas *típicas*.

As mudanças pretendidas na Lei Geral de Telecomunicações estão alinhadas com a diversificação das estratégias disponíveis à Anatel, a fim de ver cumpridos os deveres das concessionárias, das permissionárias e das autorizatárias, em observância não só aos contratos e aos termos respectivos, mas também às Leis e aos Regulamentos. Nesse intuito, a Agência envidou esforços em uma Agenda Regulatória, desde 2015, para pensar em alternativas que incrementassem a sua capacidade de influenciar os comportamentos desses agentes econômicos, sem abrir mão do poder de polícia administrativa nem da aplicação das sanções de multa, de caducidade e de declaração de inidoneidade – estas últimas observadas em vários espaços da Administração Pública.

Em reação ao diagnóstico de baixa efetividade das penalidades pecuniárias e de morosidade do contencioso administrativo, a resposta que se

mostrou mais adequada, inclusive já em fase de implementação nas normas setoriais, foi a adesão a princípios da Regulação Responsiva.

Em síntese, o que se observa é o estabelecimento de regimes escalonados em, pelo menos, dois aspectos centrais da disciplina setorial: a) quanto ao grau de liberdade empresarial das prestadoras, para elegerem os meios de atuação no mercado, sendo que essa prerrogativa deve ser diretamente proporcional à entrega de bons resultados; e b) quanto à imposição de medidas administrativas para reforçar e induzir o cumprimento das obrigações legais, infralegais e contratuais, anteriormente à instauração de processo litigioso.

Seja para conceder benefícios, na expansão controlada da liberdade; seja para buscar o alinhamento de condutas ou a mitigação de danos já verificados, as normas materiais e procedimentais de viés responsivo não irão substituir a disciplina geral de direitos e de deveres das prestadoras, conforme previsto nesta Lei nº 9.472/1997. Ao contrário, pretende-se favorecer a eficácia dos objetivos e dos padrões da LGT.

Para tanto, são essenciais essas mudanças na sistemáticas das sanções administrativas do setor, considerando-se suficiente a intervenção pontual nos arts. 175 e 176 e a inserção de um artigo 173-A. Comentam-se as propostas a seguir, em ordem.

O art. 173-A representa a formalização das normas de incentivos, com todos os seus efeitos, no âmbito das telecomunicações. O novo comando se opõe, primordialmente, à lógica do art. 173, que resguarda a competência para punir não só condutas tipificadas como infrações, mas também apurar e sancionar os descumprimentos de condutas lícitas.

Assim, os indícios de descumprimento ou mesmo as condutas desconformes observadas de forma pontual, sem maiores danos efetivos, poderão ser objeto de medidas preventivas ou reparatórias, com consequências benéficas para as prestadoras e para a Anatel. Para as prestadoras, tais medidas podem significar a interlocução com as autoridades, para esclarecer o alcance dos deveres e para definir metas mais concretas de desempenho. Para a Anatel, coloca-se um cenário de alocação mais eficiente de recursos, sem descurar da possibilidade de ajustar os esforços, de acordo com a gravidade das condutas ou com a resistência das empresas.

Nesse particular, justifica-se a ressalva de um parágrafo único no art. 175, para contextualizar a concretização da defesa dos administrados, em processos de fiscalização regulatória. Considerando que o objeto desses procedimentos administrativos será a adequação das operações, e não para o agravamento da

situação jurídica das empresas, é plausível que as oportunidades para a manifestação dos sujeitos seja distinta – até mesmo porque não se trata de uma distribuição *típica* dos ônus da prova, porque os dados e as informações que subsidiam são, via de regra, coletados com a ciência dessas prestadoras, rotineiramente.

Em relação ao art. 176, a alteração deixa claro que a margem de discricionariedade *técnica* para a construção de uma resposta proporcional ao perfil do regulado não se limita à dosimetria da sanção. A discricionariedade, devidamente informada com dados empíricos, poderá ser exercida também, no momento de estipulação de medidas corretivas, *antes* da instauração do processo sancionador.

4.4 Competência institucional da Anatel para determinar a criação de entidades privadas destinadas ao suporte na obtenção de dados sobre o setor regulado

4.4.1 Projeto de Lei para a alteração da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997)

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para incluir a competência institucional da Anatel em prever a criação de entidades privadas que, sob a sua supervisão e sob o custeio dos administrados, auxiliem nas atividades de aferição de dados dos setores regulados.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 9º e 70 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para prever a competência Agência Nacional de Telecomunicações em criar entidades privadas destinadas a auxiliar na aferição de dados sobre os setores regulados.

Art. 2º Fica acrescido o parágrafo único ao art. 9º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, com a seguinte redação:

"Art. 9°.....

Parágrafo único. Dentre as prerrogativas de que a Agência dispõe para tornar mais eficiente o exercício das competências fiscalizatórias, admite-se a criação de entidades privadas, incumbidas do suporte à coleta e ao processamento de dados sobre os serviços prestados, observadas, cumulativamente, as seguintes condições:

I – o ato constitutivo de entidade privada dessa natureza deve conter cláusulas sobre os procedimentos e as características do seu relacionamento com a Anatel, incluindo o fornecimento de informações, sempre que solicitada, e a submissão a auditorias e à intervenção da Agência, a qualquer tempo;

II – o orçamento e o custeio dessa entidade privada devem ser integralmente provenientes de recursos privados." (NR)

Art. 3º Fica acrescido o parágrafo único ao art. 70 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, com a seguinte redação:

"Art. 70.....

Parágrafo único. A omissão de informações considerada prejudicial à competição, na forma do inciso III, inclui a recusa ao atendimento de solicitações das entidades privadas que auxiliem a Anatel na coleta e no processamento de dados setoriais." (NR)

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei visa a alterações pontuais na Lei nº 9.472/1997, o marco setorial para o setor de telecomunicações, a fim de reconhecer expressamente a prerrogativa da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para instituir, por atos normativos de sua competência, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, para o auxílio às atividades instrutórias ao acompanhamento do setor regulado. Os dispositivos afetados são os artigos 9º e 70, em virtude das razões que se passa a expor.

O art. 9º da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) possui a forma de cláusula aberta, ao prever que são asseguradas à Agência *"nos termos desta Lei, as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência"*. Logo, diante de uma forma de atuação que em muito contribui para o exercício adequado da fiscalização regulatória, é plausível que a constituição de entidades privadas esteja vinculada ao comando do art. 9º.

Há de se ressaltar que a proposição não veicula uma competência absolutamente discricionária, na medida em que interpõe duas condições à validade da entidade: *(i)* o registro, no ato constitutivo, sobre as obrigações perante a Anatel, a quem incumbe supervisionar e até intervir nessa estrutura; e *(ii)* o custeio e a manutenção com recursos exclusivamente privados.

Por meio da alteração do art. 70, equipara-se a omissão de informações às entidades privadas de suporte à Anatel à omissão perante a própria Agência, reforçando, assim, o vínculo de cooperação que as prestadoras devem observar.

Em verdade, as mudanças apontadas serviriam para exprimir e reforçar um procedimento que, legitimamente, já integra as ações da Anatel. A título de exemplo, citam-se o art. 33 da Resolução nº 574/2011, acerca do Regulamento de Gestão da Qualidade no Serviço de Comunicação Multimídia, e o art. 26 da Resolução nº 575/2011, que instituiu o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal. Confiram-se:

> Resolução Anatel nº 574, de 28 de outubro de 2011
>
> Art. 33. As Prestadoras do SCM devem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da publicação deste Regulamento, proceder à seleção e **contratação da Entidade Aferidora da Qualidade para a execução dos procedimentos relativos à aferição dos indicadores de rede** de que trata o Capítulo II do Título IV e ao desenvolvimento do software de medição de que trata o art. 10.
>
> § 1º As Prestadoras do SCM são responsáveis pelos ônus decorrentes da contratação da Entidade Aferidora da Qualidade.

> Resolução Anatel nº 575, de 28 de outubro de 2011
>
> Art. 26. As Prestadoras do SMP devem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da entrada em vigor deste Regulamento, proceder à seleção e contratação da Entidade Aferidora da Qualidade para a execução dos procedimentos relativos à aferição dos indicadores de qualidade SMP10 e SMP11, dispostos nos artigos 22 e 23, respectivamente, e ao desenvolvimento do software de medição de que

> trata o art. 24.
>
> § 1º As Prestadoras do SMP são responsáveis pelos ônus decorrentes da contratação da Entidade Aferidora da Qualidade.

Nada obstante, a incorporação dessa prerrogativa da Anatel no bojo da Lei Geral de Telecomunicações se mostra de suma importância para conferir segurança jurídica à implementação do modelo de Gestão da Qualidade previsto na Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, que aprovou o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações[65].

Por meio dessa iniciativa, a Agência derrogou o esquema de contratação privada de órgãos aferidores de qualidade, que antes competia a cada delegatária. Instituiu-se, em contrapartida, a figura da Entidade de Suporte a Aferição de Qualidade (ESAQ), órgão privado, custeado pelos agentes regulados e encarregado de aferir a qualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), do Serviço Móvel Pessoal (SMP), do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e dos Serviços de Acesso Condicionado (SeAC).

Certamente, a concentração dessas atividades instrutórias do processo de Gestão da Qualidade facilita a supervisão da Anatel sobre os dados setoriais, garantindo a crebilidade dos índices e dos indicadores consolidados a partir desse levantamento.

Ausente qualquer comprometimento ou delegação das atividades pelas quais se emana o poder de polícia administrativa da Agência Reguladora, espera-se que a descentralização dessas diligências para a verificação da qualidade de serviço disponibilizada e da percepção dos consumidores possa auxiliar no ajustamento das condutas das prestadoras, para beneficiar o serviço e os usuários.

---

[65] Aprovado após a Consulta Pública nº 29/2017. Ver Processo Administrativo nº 53500.006207/2015-16. Disponível em https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5gYoR1KAsC6DjRCbPhmMOOVg9zRBSU6KM_dMM2dffV6uXABkpM3AC_FvsJjJLZawJGpS7XJ2Cix36pBUfTFiDVZQ1Inujb5MZKNjkDMzomjcfRjN_ryqlT6Nh6e2YSpZ.

4.5 Inclusão de disposições relativas à celebração de transação relacionada à contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações

4.5.1 Projeto de Lei para alteração da Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, para sua inserção na sistemática de regulação por incentivos

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, para incluir disposições relativas à celebração de transação e à cobrança de multa relacionada ao inadimplemento da contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei acrescenta os arts. 9º-B e 9º-C à Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, para incluir disposições relativas à celebração de transação e à cobrança de multa relacionada ao inadimplemento da contribuição ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust e promover mecanismos de incentivo ao comportamento virtuoso dos agentes regulados.

Art. 2º A Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, passa a conter as seguintes disposições:

"Art. 9º-B A Agência Nacional de Telecomunicações poderá, mediante justificativa que leve em consideração o comportamento virtuoso do agente regulado e os compromissos a serem assumidos, celebrar transação relativa à contribuição ao Fust." (NR)

"Art. 9º-C A Agência Nacional de Telecomunicações poderá adotar estratégias baseadas no oferecimento de incentivos aos agentes que cumprem pontualmente sua obrigação de pagamento da contribuição ao Fust, bem como índices e estatísticas que demonstrem o grau de inadimplência dos agentes.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A contribuição ao Fust está relacionada à universalização dos serviços, ou seja, a um dos objetivos mais importantes da regulação setorial. Por esse motivo, em que pese a natureza tributária da contribuição, trata-se de parcela de fundamental importância tanto para a estruturação da estratégia de regulação setorial em telecomunicação como para o estímulo a comportamentos virtuosos pelos agentes regulados.

Dessa maneira, o desafio relacionado à inadimplência da contribuição ao Fust se mostra ainda mais relevante, motivo pelo qual deve ser inserido no contexto de regulação por incentivos promovido pela Anatel. Por conseguinte, é relevante que incentivos diretos e indiretos ao pagamento sejam articulados com penalidades gravosas como a de multa (prevista pelo art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996, bem como pelo art. 37 do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias da Anatel).

No âmbito da estratégia de implementação de modelagens regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos – como a regulação responsiva –, o Fust se apresenta como problema delicado, tendo em vista que, diante de sua natureza tributária, e não regulatória, não há previsão legal para as consequências jurídicas do descumprimento da obrigação de pagamento. Diante desse déficit, coloca-se a questão sobre como se pode sanar o problema relacionado ao inadimplemento da contribuição ao Fust.

A presente proposta legislativa, assim pretende adicionar à lei do Fust dois mecanismos que autorizam à Anatel o manejo de incentivos diretos e indiretos no sentido de fomentar o comportamento virtuoso dos agentes regulados, tendo em vista que a contribuição em questão se insere entre as obrigações a

serem cumpridas por um agente em conformidade com as normas aplicáveis. O primeiro deles consiste na possibilidade de realização de transação, pela Anatel, quanto às parcelas do Fust, ao passo que o segundo diz respeito à possibilidade de utilização de estímulos e desestímulos voltados ao cumprimento da obrigação em questão.

Trata-se, aliás, de mecanismos a serem utilizados em conjunto e segundo as fases da pirâmide regulatória. Dessa maneira, antes de se incluir determinado agente em mecanismo como uma "lista negra", pode-se pensar em soluções negociais para que ele cumpra a sua obrigação.

Pode-se, nesse sentido, mencionar diversas iniciativas já existentes no Estado brasileiro para, mediante a oferta de incentivos ao comportamento cooperativo e virtuoso, construir-se soluções negociais aptas a fazer cessar irregularidades e estimular a observância da legislação. Pode-se, nesse sentido, mencionar os Termos de Compromisso de Cessação de condutas celebrados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (nos termos do art. 85 da Lei nº. 12.529/2011), por meio dos quais o CADE e o agente envolvido em determinada prática anticompetitiva podem estipular medidas de cessação e mitigação de riscos concorrenciais (FRAZÃO, Ana; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anatel", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB).

A inclusão dessas medidas relacionadas ao Fust se insere em um conjunto de estratégias levadas a cabo no âmbito da Anatel para aprimorar o ambiente regulatório das telecomunicações, promovendo a desoneração da estrutura estatal mediante o incentivo ao comportamento virtuoso dos agentes. Assim, a partir das diretrizes a serem estabelecidas pela Anatel para implementar o conteúdo da presente proposta, a heterorregulação passa a servir de orientação à autorregulação, de modo a produzir um maior grau de atendimento às exigências regulatórias aplicáveis ao setor e, por conseguinte, de atingimento dos objetivos da regulação setorial.

4.6 Conselhos de Usuários e Superintendência de Relações com os Consumidores

4.6.1 Projeto de Lei para inclusão de dispositivos para o fortalecimento da atuação dos Conselhos de Usuários

PROJETO DE LEI Nº , DE 2020

(Do Sr. ...)

Altera dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para fortalecimento da atuação do Conselho de Usuários

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para incluir dispositivo que reforce a atuação do Conselho de Usuários.

Art. 2º Fica acrescido o art. 211-A à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, com a seguinte redação:

> "Art. 211-A. As prestadoras de serviços de telecomunicações poderão ser obrigadas, na forma de regulamento específico, a criar conselhos de usuários, nos quais a atuação dos representantes da sociedade civil será considerada como serviço público relevante." (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Um dos pontos centrais do Relatório "Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores", Meta 10 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB), diz respeito a dois elementos institucionais e normativos. O primeiro elemento é o fortalecimento da atuação dos Conselhos de Usuários, organizados com base na Resolução nº 623, de 18 de outubro de 2013. O segundo se refere ao fortalecimento da Superintendência de Relações com os Consumidores, prevista na Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 (Regimento Interno) em sua relação com os Conselhos de Usuários, em um contexto de regulação responsiva.

Esse estudo assim identificou o ponto:

> Para uma regulação responsiva funcionar adequadamente, é fundamental estabelecer políticas regulatórias coordenadas com as demais políticas públicas em prol da defesa do consumidor. Nesse sentido, é importante que atuação da SRC seja a de interagir com os demais atores institucionais do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, consoante o art. 153, VI, da Resolução Anatel nº 612/2013. O Conselho dos Usuários é, também, um bom exemplo institucional de controle social tripartite, porém, com maior foco nesse controle, no âmbito interno da Agência. Isto é: permite-se que os verdadeiros impactados (os consumidores) possam ter suas demandas, seus pontos de vista e suas reclamações ecoadas nas decisões institucionais da Agência e no próprio processo de formulação de políticas públicas dentro dela. (...). Contudo, para que seu potencial seja aproveitado, os conselhos de usuários precisam ser fortalecidos. Incluí-los no diálogo sobre soluções durante o processo de fiscalização regulatória ajuda a tornar efetiva a função consultiva desses conselhos. (...). Para tanto, a Anatel deve cobrar das prestadoras que elas elaborem planos com medidas para fortalecer os conselhos. Como exemplo dessas medidas, podemos citar: a criação de grupos de trabalho dentro dos conselhos; agendamento de reuniões frequentes entre os membros; a realização de cursos de capacitação; e o fomento à prestação de contas por parte dos conselhos, o que pode ser implementado por meio de redes sociais.

As páginas da Anatel sobre os conselhos de usuários demonstram baixo grau de informação e detalhamento[66], evidenciando que esse instrumento gerencial e jurídico caro à proposta de regulação responsiva por grupos de interesse público[67], pode melhorar consideravelmente. Com essa melhora, como explicado no Relatório, haverá mais chances de se concretizar uma regulação tripartite em uma chave responsiva.

Uma primeira alteração sugerida diz respeito à situação jurídica da atuação dos conselheiros nesses órgãos. A legislação e a Resolução são omissas sobre o tema. Seria importante, assim, incluir um artigo que atribua a característica da atuação como serviço público relevante.

Um exemplo de benefício desse estatuto jurídico pode ser conferido em um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que valoriza os efeitos jurídicos da qualificação de atividade como serviço público relevante (BRASIL: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 2000.70.10.00786-9, 6 mar. 2002).

No mesmo sentido, cabe indicar que o Decreto nº 9.400, de 4 de junho de 2018, o qual cria o Fórum Nacional de Ouvidores dos Direitos Humanos, prevê tal atribuição jurídica àqueles que trabalham em tal situação:

> Art. 4º A participação no Fórum Nacional de Ouvidores dos Direitos Humanos será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

[66] https://www.anatel.gov.br/consumidor/conselhos-de-usuarios e https://www.anatel.gov.br/consumidor/conselhos-de-usuarios/36-conselho-de-usuarios

[67] Cf. CARMO, Alexandre Lada. **Análise do princípio constitucional da legalidade na adoção do modelo de fiscalização regulatória pela Anatel.** Monografia de Graduação em Direito. Orientador: Prof. Alexandre Kehrig Veronese. 8 de julho de 2019.

5. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DE NORMAS INFRALEGAIS

5.1 Incorporação dos princípios e das premissas da Regulação Responsiva

5.1.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 612/2013 (Regimento Interno da Anatel)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, para a adequação das Disposições Gerais sobre os processos administrativos aos princípios e premissas da regulação responsiva.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO o art. 19, XXVII, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, acerca da autonomia da Anatel sobre seu Regimento Interno, e o art. 2º do Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, sobre a vinculação da organização da Agência ao seu Regimento Interno;

CONSIDERANDO as discussões sobre a implantação de modelo regulatório de viés responsivo, em especial no âmbito do Processo nº 53500.205186/2015-10;

CONSIDERANDO a Meta de Simplificação Regulatória na Agenda 2019-2020;

R E S O L V E:

Art. 1º O art. 36 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação, alterado o parágrafo único para § 1º e acrescido o § 2º:

"Art. 36.....

.....

§ 2º A tutela dos objetivos elencados no *caput* autoriza a criação de procedimentos administrativos de fiscalização regulatória preventiva, contínua e dinâmica, apoiada em riscos, em evidências, no comportamento reiterado do administrado, em planos de regularização ou melhoria, em relatórios individualizados, na combinação deles, ou em outros critérios isonômicos, bem como o tratamento diferenciado dos administrados quanto aos regimes de prerrogativas e de níveis de controle." (NR)

Art. 2º O art. 37 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 37. .....

.....

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados, facultado à Agência definir formas específicas para o exercício do direito de defesa para os procedimentos de fluxo contínuo de informações entre a Agência e os administrados; (NR)"

Art. 3º O art. 45 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 45. .....

.....

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente, sem prejuízo da simplificação procedimental quando o processo tramitar com base na análise de dados e de informações obtidos mediante a ciência do administrado, em processo de fiscalização regulatória;

IV - ser intimado para formular suas alegações antes de decisão de que possa decorrer gravame à sua situação, exceto quando da prática de atos administrativos sobre medidas compensatórias ou preventivas e reparatórias;

....." (NR)

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A presente Proposta busca promover a adaptação do Regimento Interno da Anatel (RIA), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, para recepcionar premissas, princípios e conformações procedimentais *imprescindíveis* à efetividade de medidas regulamentares recentes que adotam o modelo de regulação responsiva, em especial para a fiscalização regulatória e para a gestão de qualidade.

Preliminarmente, cumpre contextualizar por que a presente Proposta optou por alterar apenas artigos das Disposições Gerais dos Procedimentos Administrativos (Regimento Interno da Anatel, Título IV, Capítulo I), ao invés de modificar o rito do Procedimento de Acompanhamento e Controle e/ou do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações, que são os

instrumentos pelos quais a Agência manifesta suas competências fiscalizatórias e sancionatórias.

Por ora, a extensão limitada das alterações ao RIA se justifica pela reserva a uma oportunidade em que o Texto Regimental seja revisitado de forma mais ampla, abarcando a racionalidade dos Procedimentos Administrativos como um todo. É dizer: é mais racional e coerente aguardar a consolidação das normas materiais que darão um novo contorno ao processo fiscalizatório para, somente então, alterar, de uma só vez, o Acompanhamento e o Controle (RIA, art. 79) e o Pado (RIA, arts. 80 a 101). Enquanto o Pado permanecer como o principal instrumento para a conformação de obrigações, sob um viés repressivo, expandir o escopo dos Procedimentos de Acompanhamento e Controle pode suscitar conflitos aparentes de normas.

Em contraponto, o arcabouço do Regimento deve manter um mínimo de deferência à evolução da abordagem regulatória, quanto à forma de interação com os administrados. Esse é o contexto em que se atualizam os arts. 36, 37 e 45 do RIA.

O art. 36 abre a disciplina procedimental, enumerando seus objetivos gerais (RIA, art. 36, *caput*) e os seus princípios regentes (RIA, art. 36, §1º). Entende-se cabível o acréscimo de § 2º, para reconhecer expressamente a compatibilidade entre: a) as medidas compensatórias e as medidas preventivas, reparatórias ou de controle; e b) as garantias de impessoalidade, igualdade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, entre outras destacadas por este art. 36.

Nesse sentido, as novas redações a incisos dos arts. 37 e 45 – que versam, respectivamente, sobre os critérios gerais dos processos da Anatel e sobre os direitos dos administrados – promovem uma releitura das oportunidades de manifestação, *se* e *quando* o processo for uma fiscalização permanente, e as medidas impostas não possuírem caráter sancionatório.

O que se pretende com a aludida modificação é afastar quaisquer dúvidas sobre a legitimidade de atos praticados pela Agência *para premiar ou induzir a conformidade das condutas,* mesmo que o grau de formalidade não corresponda àquele esperado para a cominação de sanções administrativas. É dizer: na medida em que a Anatel passa a interagir com os regulados sob o enfoque dos resultados, rompendo com a relação necessária entre a apuração e a punição de cada conduta, justifica-se que os procedimentos se amoldem, para assumir um fluxo contínuo de notificações e de reações.

5.1.2 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela Resolução nº ..., de 2020 **(Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10)**.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO as competências previstas no art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em especial as atribuições normativas e fiscalizatórias dos incisos IV a XIV;

CONSIDERANDO a necessidade de implementar mecanismos em reforço às medidas punitivas do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a incidência absoluta do princípio da ampla defesa nos processos sancionatórios desta Agência, conforme preceitua o art. 175 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

R E S O L V E :

Art. 1º O art. 2º Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, fica acrescido do parágrafo único a seguir:

"Art. 2º.....

Parágrafo único. A fiscalização regulatória priorizará medidas de educação, orientação, monitoramento, melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, reparação voluntária e eficaz, transparência e cooperação." (NR)

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A redação proposta na Minuta SEI nº 5916345, do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10, contempla, no caput do art. 2º do Regulamento de Fiscalização Regulatória, a finalidade geral dos procedimentos fiscalizatórios da Anatel de proteção dos direitos dos usuários, acompanhamento do cumprimento das obrigações legais, regulamentares e contratuais das prestadoras e dos usuários dos serviços de telecomunicações, a fiscalização da exploração dos serviços de telecomunicações e da utilização do espectro de radiofrequência, inclusive dos aspectos técnicos das estações de radiodifusão.

Propostas avançadas de regulação apoiadas em incentivos intrínsecos se beneficiariam de diretriz regulamentar que priorizasse uma postura de coordenação do órgão regulador com os administrados. Tanto prestadoras, quanto usuários, no cumprimento de suas obrigações, merecem serem vistos como parceiros na consecução do interesse público de melhoria dos serviços de telecomunicações, algo, aliás, preconizado pelo advento do Estado Regulador, que trouxe o particular para uma posição muito mais nobre do que a de mero utente de serviços públicos, para figurar como partícipe na construção do bem comum. Uma postura fiscalizatória apoiada na ideia de que fiscalizar significa simplesmente punir quando as normas prescritivas de conduta forem descumpridas desconsidera precisamente o fundamento do Estado Regulador de que a sociedade, seja usuária ou empresária, merece ser tratada como fonte também de solução dos problemas, muitos dos quais são sistêmicos, e indiferentes às punições.

Por isso, a presente proposta, ao incluir o parágrafo único no art. 2º da Minuta SEI nº 5916345, ou em versão que a suceda, visa acrescentar, inspirada em modelagem regulatória já vivenciada com sucesso no setor de energia elétrica, a diretriz básica de orientação da atuação reguladora da Anatel para real solução dos problemas, mediante priorização de medidas educativas, orientadoras,

cooperativas, de monitoramento, coordenação, prevenção e regularização de condutas, bem como de reparação voluntária e eficaz.

5.1.3 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 589/2012 (Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, para instituir as medidas de incentivo à conformidade e explicitar a relação dessas medidas com o processo administrativo sancionador.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO as competências previstas no art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em especial as atribuições normativas e fiscalizatórias dos incisos IV a XIV;

CONSIDERANDO a necessidade de implementar mecanismos em reforço às medidas punitivas do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a incidência absoluta do princípio da ampla defesa nos processos sancionatórios desta Agência, conforme preceitua o art. 175 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

R E S O L V E :

Art. 1º Fica acrescido o art. 4º-A ao Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, com a seguinte redação:

"Art. 4º-A. Não se equiparam às sanções previstas no art. 3º deste Regulamento, tampouco necessitam das mesmas formalidades procedimentais do art. 4º, as seguintes medidas, entre outras formas de indução da conformidade previstas em regulamentação específica:

I – providências para a melhoria de desempenho das prestadoras, inclusive medidas que guardem relação com as peculiaridades de comportamento cada regulado, de grupos de regulados, do serviço prestado, da área de prestação, dos usuários, ou da conjuntura;

II – medidas adicionais de transparência e comunicação aos usuários;

III – divulgação de informações, segundo a determinação da Agência;

IV – notificação para a regularização das atividades, após a comunicação sobre indícios de descumprimentos;

V – adesão a plano de ação ou a plano de conformidade;

VI – conformação à orientação da Agência." (NR)

Art. 2º O art. 10 ao Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação, alterando o parágrafo único para § 1º e acrescido o § 2º:

"Art. 10.....

.....

§ 2º Os parâmetros e os critérios enumerados no **caput** deste art. 10 deverão guiar, também, a análise sobre o cabimento de medidas preventivas, reparatórias ou de controle, previamente ou em substituição à instauração do processo sancionador." (NR)

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, cumpre contextualizar que as alterações sugeridas nesta Proposta visam à integração, ainda mais enfática, entre o Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) e o Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas (RASA).

Fala-se em *enfatizar*, porque, a bem da verdade, essa integração já está em curso. Vale rememorar que a Resolução pela qual se institui o novo RFR é precedida de modificações ao RASA, em especial quanto à classificação das infrações e quanto a agravantes e atenuantes.

Essa demanda regulatória de promover as alterações mais urgentes ao exercício do poder sancionatório, para harmonizá-lo com os novos instrumentos do poder de polícia administrativa (em sentido amplo), foi registrada pela Análise nº 97/2018, emitida no Processo Administrativo nº 53500.205186/2015-10, para instruir a decisão do Conselho Diretor da Anatel sobre a revisão do antigo Regulamento de Fiscalização (vide Resolução nº 596/2012).

Asseverou o i. Conselheiro Relator, endossando o posicionamento da área técnica:

> Quanto à legalidade da abordagem responsiva, o RASA em vigência determina que a infração por determinada conduta implica em punição previamente estipulada. (...)
>
> Nesta toada, manifesto entendimento que o cumprimento ou o descumprimento das medidas reparatórias serão utilizados **para fins de aplicação de agravante ou atenuante para as medidas de controle a ser impostas, nos termos da regulamentação e das metodologias de aplicação de sanção a ser expedidas.**
>
> Para tanto, com o fito de atingir a simplificação regulatória, opino pela incorporação dos parâmetros a serem definidos no RASA no processo de Controle da Fiscalização Regulatória, uma vez que este trata do macroprocesso a ser obedecido pela Anatel, devendo, então, abarcar todas as questões relativas ao acompanhamento e ao controle, tornando-se necessária a consolidação dos dispositivos

> abarcados atualmente pelo RASA com a presente proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória - RFR.
>
> Quanto à necessidade de elaboração de Análise de Impacto Regulatório para as alterações do RASA trazidas no processo, por meio do Memorando Circular n.º 58/2017/SEI/AD, encaminhei os autos à área técnica da Anatel, devido ao entendimento que as alterações suscitadas pela área técnica ensejam a necessidade de elaboração de AIR, (...).
>
> Diante do exposto, concordo com o fundamento apresentado pela área técnica, no sentido de que as alterações propostas para o RASA já foram objeto da AIR, e submetidas a todos os trâmites de praxe, **sendo decorrentes das soluções encontradas para corrigir o problema acima apontado e as alterações propostas para o RASA no contexto do projeto de reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações têm por intuito alterar o foco da atuação repressiva e o incentivo à atuação responsiva.**

Para dar seguimento a essa revisitação, afastando a conclusão de que todo e qualquer indício de descumprimento é análogo à infração, a técnica aqui empregada é a previsão, no bojo do próprio RASA, daquelas imposições que, a despeito de representarem uma emanação de poder da Agência, **não** configuram sanções administrativas **nem** exigem a condução de outro processo, além da Fiscalização.

Não à toa, o art. 4º-A enumera que **não** são sanções as reações responsivas facultadas à Agência, de acordo com o art. 43 do RFR e com os arts. 12 e 13, do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL). Note-se que o *caput* deste art. 4º-A assume a forma de *rol exemplificativo*, para enquadrar outras estruturas de incentivo.

Por seu turno, a inclusão de um § 2º ao art. 10 do RASA tem o condão de esclarecer que as características do agente regulado e da conduta praticada não influenciam apenas a dosimetria das sanções, mas também a própria necessidade de se instaurar o processo sancionador, avaliando, caso a caso, a viabilidade e a efetividade de medidas que sejam, ao mesmo tempo, menos interventivas para as prestadoras e menos dispendiosas para a Agência.

5.2 Adequações regulatórias necessárias ou recomendáveis à utilização da metarregulação por estruturas de governança empresarial e programas de conformidade em formato responsivo

5.2.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10)

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO a edição do Regulamento de Fiscalização por força da publicação da Resolução ANATEL nº .... (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10);

CONSIDERANDO a relevância do estímulo a comportamentos virtuosos dos agentes regulados por intermédio de estratégias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos;

CONSIDERANDO a necessidade de o processo de fiscalização incorporar os preceitos da regulação responsiva e da pirâmide regulatória;

CONSIDERANDO os princípios norteadores da regulação responsiva;

R E S O L V E :

Art. 1º O art. 39 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela Resolução nº ... (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10), passa a vigorar com a seguinte redação, renumerando-se o parágrafo único para § 1º e incluindo-se os §§ 2º, 3º e 4º:

"Art. 39. .....

.....

§ 2º O Pado não será aberto se a infração for pontual e não decorreu de defeito de organização, bem como se a infração tiver resultado de defeito de organização corrigido voluntariamente pela fiscalizada.

§ 3º Considerar-se-á infração decorrente de defeito de organização o descumprimento da obrigação de meio relacionada à criação de estrutura organizacional que seja compatível com o risco das atividades e idônea para o controle e a prevenção de violações aos preceitos legais e éticos.

§ 4º A estruturação de programas de conformidade constitui mecanismo de prevenção à ocorrência de defeitos de organização." (NR)

Art. 2º O *caput* do art. 40 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela Resolução nº ... (Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 40. O descumprimento de qualquer das obrigações previstas neste Regulamento deverá ser avaliado segundo o comportamento do agente regulado perante os incentivos fornecidos pela Agência e as estruturas de governança por ele adotadas no intuito de promover a conformidade com as normas regulatórias, podendo sujeitar o infrator às medidas de conformidade cabíveis, inclusive as previstas no art. 173 da LGT e no art. 3º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel." (NR)

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A introdução de metodologias de regulação baseadas em incentivos intrínsecos – notadamente a regulação responsiva – nos procedimentos fiscalizatórios da Anatel requer precipuamente a explicitação da postura que será adotada pela Agência perante as condutas dos regulados, que deverá levar em consideração especialmente o nível de conformidade das estruturas de governança dos agentes com relação às diretrizes firmadas pela Agência. Em síntese, na medida em que o regulado demonstre atender às diretrizes da Agência, medidas de fiscalização podem ser mitigadas, de maneira a privilegiar o comportamento virtuoso do agente.

É necessário, por conseguinte, que as ações regulatórias se tornem menos custosas tanto para a Agência quanto para os agentes regulados, voltando-se os modelos regulatórios a estratégias que valorizem o comportamento cooperativo do regulado que esteja em sintonia com os objetivos primordiais da regulação. Nesse sentido:

> "É importante destacar que todas as alternativas regulatórias devem ser pensadas e graduadas a partir dos seus efeitos na produção de resultados efetivos, inclusive no que diz respeito a resolver, de forma estável, defeitos de organização que possam estar impedindo o cumprimento das metas regulatórias. O aspecto moral e didático da utilização de tais medidas é de fundamental importância, uma vez que a finalidade de todas elas não é apenas a de resolver um problema pontual, mas sobretudo de criar o contexto e os incentivos adequados para que eventuais defeitos de comportamento e de organização sejam resolvidos definitivamente, a fim de gerar a expectativa de um comportamento virtuoso estável" (FRAZÃO, Ana; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANATEL", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos

na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB).

As propostas de alteração ora apresentadas, portanto, têm por objetivo inserir no Regulamento de Fiscalização Regulatória parâmetros mínimos a serem levados em consideração para a geração de um ambiente de confiança, cooperação e constante diálogo entre regulador e regulado. Os esforços da fiscalização, assim, não devem estar voltados à pura e simples identificação de infrações a serem penalizadas, mas sim à busca do comportamento virtuoso e consistente do regulado encarnado em sua estrutura de governança empresarial e na utilização de programas de conformidade, até para que possa ser medido a autenticidade do comportamento empresarial e sua capacidade de se tornar estável e propagável no tempo e ainda servir como fator de modificação do próprio mercado.

5.2.2 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (nos termos da Minuta SEI nº 5916345 do Processo SEI nº 53500.205186/2015-10)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO a edição do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas por força da publicação da Resolução ANATEL nº 589, de 7 de maio de 2012;

CONSIDERANDO a relevância do estímulo a comportamentos virtuosos dos agentes regulados por intermédio de estratégias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos;

CONSIDERANDO a necessidade de aplicação de sanções segundo a progressão de medidas que corresponde à pirâmide regulatória;

CONSIDERANDO os princípios norteadores da regulação responsiva;

R E S O L V E :

Art. 1º O art. 3º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, fica acrescido dos §§ 1º, 2º e 3º a seguir, renumerando-se o atual parágrafo único para § 4º:

"Art. 3º .....

§ 1º A decisão sobre a instauração, cominação ou aplicação de sanções administrativas valorizará o comportamento pontual ou reiterado cooperativo do regulado, o comportamento virtuoso perante os incentivos oferecidos pela Agência, os instrumentos de governança adotados pelo agente para prevenir, mitigar e remediar potenciais infrações, bem como o comunicado espontâneo e a reparação tempestiva de eventuais infrações.

§ 2º A Agência incentivará a criação de programas de conformidade que assegurem o comprometimento organizacional com os objetivos e metas regulatórios fixados para o setor.

§ 3º Na hipótese do infrator ser considerado pela Agência como tendo sido responsivo reiteradamente a incentivos oferecidos pela Agência, a abertura de Pado será precedida por desincentivos a determinadas condutas, tais como a intensificação das atividades de fiscalização e a publicização dos nomes dos agentes que praticarem violações.

§ 4º ....." (NR)

Art. 2º O art. 8º do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, fica acrescido do § 5º, com a seguinte redação:

"Art. 8º .....

.....

§ 5º Em caso de má-fé, a implementação de programa de conformidade não servirá para evitar a abertura de Pado ainda que se comprove a solução do problema, sem prejuízo da possibilidade de servir como atenuante à penalidade aplicada." (NR)

Art. 3º O art. 10 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, fica acrescido do inciso XII, com a seguinte redação:

"Art. 10 .....

XII – O comportamento do infrator diante dos incentivos oferecidos pela Agência." (NR)

Art. 4º O art. 12 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, fica acrescido do § 2º a seguir, renumerando-se o parágrafo único para § 1º:

"Art. 12 .....

§ 1º .....

§ 2º A aplicação de advertência poderá vir acompanhada da inclusão do infrator em listas públicas de infratores." (NR)

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A introdução de metodologias de regulação baseada em incentivos intrínsecos nos procedimentos fiscalizatórios da Anatel requer precipuamente a explicitação da postura que será adotada pela Agência perante as condutas dos regulados, que deverá levar em consideração especialmente o nível de conformidade das estruturas de governança dos agentes com relação às diretrizes firmadas pela Agência. Em síntese, na medida em que o regulado demonstre atender às diretrizes da Agência, medidas de fiscalização podem ser mitigadas, de maneira a privilegiar o comportamento virtuoso do agente.

Nesse sentido, é necessário que às penalidades tradicionalmente previstas na regulação setorial, como a multa e a caducidade, sejam incorporados métodos de gradação da medida a ser aplicada a depender do grau de conformidade reiterada do agente regulado. Evidentemente que a mediação da Anatel sempre será necessária, porém o incentivo a mecanismos de conformidade tem o condão

de promover a transição de um modelo de comando-e-controle a um cenário de autorregulação regulada recomendado pela teoria da regulação responsiva.

Dessa forma, longe de dispensar por completo a aplicação de sanções, a presente proposta de alteração normativa tem por intuito promover a racionalização das ações da Agência no sentido de direcionar seu aparato repressivo a agentes avessos à conformidade e de fomentar o comportamento virtuoso que dispense o acompanhamento estrito por parte do regulador. Tem-se, portanto, uma combinação de diversas medidas regulatórias, devidamente escalonadas dentro do que se espera de uma regulação responsiva.

Nesse sentido, a presente proposta sugere não apenas a mitigação de sanções mediante a verificação do comportamento do agente regulado, mas inclusive a não instauração de Pado quando se verifica a conformidade do agente em questão, ainda que após o cometimento da infração.

Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo – incluindo a violação legal calculada – falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de *compliance* e governança, entre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas razões para se afastar a sanção (FRAZÃO, Ana; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANATEL", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB, 2019-2021).

5.3 Adequações regulatórias necessárias à descentralização de atividades para entidades privadas custeadas pelos Administrados

5.3.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 717/2019 (Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO o direito do usuário dos serviços de telecomunicações de acesso à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, na forma do art. 3º, IV, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO os princípios norteadores das atividades da Anatel, previstos no art. 38 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

R E S O L V E :

Art. 1º Fica alterado o art. 5º do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para conferir nova redação ao *caput* e para acrescentar os §§1º e 2º:

"Art. 5º Os custos decorrentes das disposições previstas neste Regulamento, inclusive quanto ao custeio de entidades privadas auxiliares do processo de aferição, deverão ser suportados pelos Grupos de prestadoras dos serviços que sejam obrigatoriamente sujeitos ao controle de qualidade, bem como pelas Prestadoras de Pequeno Porte que se submetam voluntariamente ao Regulamento.

§ 1º Caso decida pela mudança no modelo de gestão da qualidade previsto no Título II deste Regulamento, a Anatel poderá efetuar, integral ou parcialmente, a aferição de qualidade ou contratar terceiros para realizá-la, devendo, neste último caso, assumir os respectivos custos.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, caberá à Agência designar o conjunto de atribuições mantidas sob a responsabilidade da Entidade de Suporte à Aferição de Qualidade, na forma do art. 19, § 2º." (NR)

Art. 2º Fica alterado o art. 6º do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para adicionar novos enunciados aos incisos VIII e IX, mantidos e renumerados os demais incisos:

"Art. 6º .....

.....

VIII – concessão e revogação de incentivos por procedimento dinâmico de interação com as prestadoras, notificadas de acordo com os resultados obtidos nos Ciclos de Avaliação;

IX – descentralização das atividades de aferição, desprovidas de qualquer cunho decisório ou sancionatório, para entidades privadas, desde que sejam criadas a partir de atos da competência da Anatel, que permaneçam sob a supervisão da Agência e que sejam custeadas pelas prestadoras; (NR)"

Art. 3º Fica alterado o art. 16 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para acrescentar o § 4º, com a seguinte redação:

"Art. 16.....

.....

§ 4º Na revisão sobre a estrutura da ESAQ, caso se decida pela constituição de nova Entidade, sua criação será formalizada em ato normativo exarado pela Agência".

Art. 4º Alterar o art. 17 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para acrescentar o inciso IV, com a seguinte redação:

"Art. 17.....

.....

V – atender aos pedidos e se sujeitar às intervenções da Anatel, para permitir o acesso aos dados agregados e às soluções de tecnologia da informação." (NR)

Art. 5º Fica alterado o art. 19 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para acrescentar nova redação ao § 2º, renumerando-se o atual § 2º para o § 3º:

"Art. 19.....

.....

§ 2º No exercício das atribuições previstas neste artigo, bem como de quaisquer outras que sejam adicionadas pelo GTQUAL, a ESAQ não será competente para a imposição das medidas previstas nos arts. 12 e 13 deste Regulamento nem de outros atos que intervenham diretamente sobre os direitos e os deveres das prestadoras;

§ 3º Na hipótese prevista no parágrafo único do art. 5º, deverá ser designado no Manual Operacional quais obrigações relativas à aferição remanescem atribuídas à ESAQ." (NR)

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A aprovação do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL) não só marcou a incorporação de formas jurídicas com o enfoque sobre os resultados e sobre a conduta global dos agentes regulados, mas também inovou ao prever a criação de uma organização externa à Anatel, incumbindo-a da coleta e do processamento de dados, do cálculo de indicadores e índices, dentre outras atribuições de *suporte* à aferição da qualidade.

Aliás, o termo *"suporte"* é central para a compreensão da natureza jurídica dessa entidade, constando inclusive de sua denominação. Nessa toada, o RQUAL deve ser interpretado de tal modo que a descentralização de atividades não poderá, sob hipótese alguma, atingir as esferas de competências normativa e sancionadora da Anatel, haja vista que tais funções emanam diretamente da potestade pública, revestindo-se de todos os traços de poder de polícia administrativa.

Diversamente, o levantamento e o processamento de informações é uma etapa meramente instrutória dessas decisões, admitindo a delegação, sob a constante presença e supervisão da Agência. Esse é o fundamento teórico para a existência da Entidade de Suporte da Aferição de Qualidade (ESAQ).

Outro aspecto fundamental dessa estrutura é o seu custeio pelas próprias prestadoras que se vinculam ao controle setorial de qualidade. A captação direta de recursos das empresas, em favor da manutenção da ESAQ, seria revertida pelos benefícios da *fiscalização episódica*, caracterizada pela redução do fardo regulatório, pela prevalência de mecanismos não litigiosos e pela adoção de unidades de controle que se referem à operação total – em detrimento da *fiscalização ostensiva*, com o controle de condutas individualizadas.

Ainda, sob a perspectiva da Regulação Responsiva, a ESAQ se aproxima de uma *estrutura de governança nodal*, em que a participação de agentes privados

corresponde à desoneração estatal e ao engajamento dos *players* de mercado. Esse argumento foi bem desenvolvido na Meta 7 da iniciativa "A Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações", produzida em parceria com a Universidade de Brasília[68]. Destaca-se o excerto:

> (...) *"as normas consentidas, com participação procedimental, tendem a ser mais eficazes do que as normas impostas heteronomamente [e.g. regulação sancionadora estatal], e que a adoção da autorregulação regulada tende a gerar estruturas normativas de deliberação mais dinâmicas e flexíveis"*.[69] Tem-se, pois, uma visão empírica expressamente voltada à eficiência regulatória. Nessa linha, é que, com o tempo, a teoria da regulação responsiva passou a incorporar a estratégia da governança nodal como forma alternativa aos constrangimentos estatais na pirâmide de constrangimento, sobretudo ante ao risco da captura ineficiente[70].
>
> (...)
>
> A partir de arquiteturas descentralizadas de regulação *(decentered regulatory architectures)*[71], a pirâmide regulatória de governança em rede faz uso de parceiros privados para contornar o déficit de capacidade regulatória de países em desenvolvimento, desonerando a estrutura estatal do ônus de implementar as medidas de incentivo à conformidade normativa do regulado, mediante a crescente agregação de atores principalmente não-estatais na rede de governança.

Diante dessas ponderações, justificam-se as proposições formuladas em face dos arts. 5º, 6º, 16, 17 e 19 do RQUAL, sobre as quais se comenta a seguir.

---

[68] GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Parte I: Aspectos Constitucionais. In: Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANATEL. Apresentado em 04 out. 2019. Disponível nos autos do Processo Administrativo nº 53500.031122/2018-19, no Documento SEI nº 5040024.

[69] BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 300-302.

[70] Sobre o tema, vide JONES, Leroy. Appropriate Regulatory Technology – The Interpley of Economics and Institutional Conditions. Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics. Washington, 1993, p. 197; LAFFONT, Jean Jacques; TIROLE, Jean. The politics of Government Decision-making: a theory of regulatory capture. Quaterly Journal of Economics, v. 106, n. 4, November, 1991, p. 1088-1127.

[71] ARANHA, Marcio Iorio. Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. Economia Pubblica, v. 25, n. 2, p. 83-105, 2016.

O art. 5º foi reformulado para esclarecer que a Anatel somente terá a responsabilidade de custear a contratação de outras pessoas jurídicas para as etapas de aferição, caso opte por mudar o modelo de gestão da qualidade.

O art. 6º, que dispõe sobre os princípios norteadores da gestão de qualidade, foi acrescido de dois novos incisos. Na nova redação do inciso VIII, figura a natureza dinâmica e a simplificação procedimental para a concessão e a revogação de medidas compensatórias do bom desempenho. Já na nova redação do inciso IX, reforça-se a importância desse arranjo institucional de descentralização das atividades, desde que estas não possuam cunho decisório nem sancionatório.

A mudança proposta no art. 16 serve para afastar, de antemão, quaisquer questionamentos sobre a legitimidade da Agência em instituir entidades privadas, sob o custeio dos administrados. Reforça-se que o aparelhamento de outra estrutura que venha a complementar ou substituir a ESAQ retiraria a sua validade diretamente de ato normativo da Anatel. No ponto, é plausível defender que tal prerrogativa institucional tem como fundamento o art. 9º da LGT, com a previsão de uma cláusula aberta sobre os meios de que a Anatel dispõe para o exercício de suas competências.

Por seu turno, as alterações pontuais aos arts. 17 e 19 delimitam melhor as competências da ESAQ. No art. 17, propõe-se a reafirmação do dever de pronto atendimento às solicitações da Anatel. No art. 19, o rol enumerativo de competências da ESAQ é contrastado pela limitação material de poderes: a Entidade não poderá decidir sobre as consequências jurídicas concretas que os resultados de índices e indicadores poderão produzir quanto ao regime de obrigações de concessionárias, permissionárias e autorizatárias.

5.4 Medidas de incentivo à qualidade dos serviços e adequação aos cânones do devido processo

5.4.1 Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 717/2019 (Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL), aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO as competências previstas no art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em especial as atribuições normativas e fiscalizatórias dos incisos IV a XIV;

CONSIDERANDO a necessidade de implementar mecanismos em reforço às medidas punitivas do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a incidência absoluta do princípio da ampla defesa nos processos sancionatórios desta Agência, conforme preceitua o art. 175 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

R E S O L V E :

Art. 1º Fica alterado o art. 12 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, para acrescentar-lhe os §§ 1º, 2º e 3º, com a seguinte redação:

"Art. 12.....

.....

§ 1º As providências a que se refere o caput possuirão a natureza de incentivos ao ajuste das atividades e serão designadas conforme o caso concreto, em ato devidamente motivado da Agência.

§ 2º A edição do ato administrativo que estipular as medidas para a melhoria de qualidade não exige o mesmo rito de aplicação das sanções do art. 33 deste Regulamento." (NR)

Art. 2º Fica acrescido o parágrafo único ao art. 13 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, com a seguinte redação:

"Art. 13.....

.....

Parágrafo único. A classificação da prestadora com o Selo "D" ou "E" é motivo suficiente para a intervenção da Anatel, dispensado novo processo administrativo." (NR)

Art. 3º Fica alterado o § 2º do art. 24 do Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 24.....

.....

§ 2º Na determinação dos valores de referência, podem ser consideradas as diferenças regionais, as categorias de competição, os desempenhos por prestadora e outros fatores de diferenciação, assim considerados legítimos critérios de discrímen decorrentes do princípio da isonomia." (NR)

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

O Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL) simboliza um importante avanço da Agência Nacional de Telecomunicações em prol da implementação do modelo de Regulação Responsiva. Observa-se a elaboração articulada de normas materiais, que incorporaram a valorização dos resultados e a criação de segmentos e de metas na realização dos deveres, e de normas procedimentais, que permitiram à Agência veicular os atos com determinações indutivas aos comportamentos. Tanto sob a perspectiva material, quanto sob a perspectiva processual, o controle de qualidade descortina uma série de modos de ação regulatória, que serão adotados de acordo com o desempenho e com o progresso das prestadoras.

Foram propostos novos parágrafos aos artigos 12 e 13, para afastar quaisquer dúvidas sobre as diferenças nos processos que precedem a aplicação de medidas compensatórias ou de indução da conformidade, quando comparadas às sanções.

Como visto, os arts. 12 e 13 versam, respectivamente, sobre providências e sobre ações que a Anatel pode tomar, com fundamento único nos resultados de desempenho, em especial perante as prestadoras classificadas sob o Selos "D" e "E". Quanto ao art. 12, o §1º, a ser adicionado, ressaltaria que as *"providências"* têm a natureza jurídica de incentivos e, conforme o § 2º desta proposta, não precisam se submeter ao rito prévio à aplicação de sanções. Quanto ao art. 13, a proposta de § 2º salientou que o Selo é motivo suficiente para a intervenção pontual da Anatel, prescindindo de instauração de outro processo administrativo.

Por fim, para uma previsão mais enfática da competência da Anatel em instituir regimes de tratamento diferenciado para as prestadoras, com o fundamento em fatores de discrímen devidamente comprovados e fundamentados,

o art. 24, sobre a metodologia de aferição e de consolidação dos indicadores e dos índices, foi complementado com a expressão *"*[e] *outros fatores de diferenciação, assim considerados legítimos critérios de discrímen decorrentes do princípio da isonomia"*. Com esse termo elucidativo, exprime-se que os critérios técnicos que embasam a classificação em Selos, por exemplo, não viola o princípio da isonomia – antes, concretiza a equidade.

5.5 Medidas de incentivo à conformidade de condutas e observância do devido processo administrativo

5.5.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória (Minuta SEI nº 5916345, de 19 de dezembro de 2019)

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela Resolução nº ..., de 2020 **(Minuta SEI nº 5916345)**.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO as competências previstas no art. 19 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, em especial as atribuições normativas e fiscalizatórias dos incisos IV a XIV;

CONSIDERANDO a necessidade de implementar mecanismos em reforço às medidas punitivas do art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

CONSIDERANDO a incidência absoluta do princípio da ampla defesa nos processos sancionatórios desta Agência, conforme preceitua o art. 175 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997;

R E S O L V E :

Art. 1º Fica alterado o art. 14 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, que fica acrescido dos §§ 1º e 2º:

"Art. 14.....

§ 1º Para as condutas em relação às quais a autoridade competente decida tomar as providências de incentivo à conformidade, a imposição de medidas preventivas ou reparatórias deve preceder à aplicação de medidas de controle, exceto quando verificada a obstrução à atividade de fiscalização regulatória ou comportamento reiterado de descumprimento do administrado, hipótese em que se procede diretamente ao processo de controle, na forma do art. 41 deste Regulamento.

§ 2º A adesão e o cumprimento satisfatório das medidas preventivas ou reparatórias, declarada segundo o art. 44, encerra o Processo de Acompanhamento." (NR)

Art. 2º Fica alterado o art. 26 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, que fica acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 26.....

Parágrafo único. A seleção dos administrados por amostragem não exclui a possibilidade de instauração de Ação de Fiscalização, em razão de indícios e a partir de dados enviados pelos administrados ou obtidos pelos meios de inspeção descritos na Seção II deste Capítulo." (NR)

Art. 3º Fica alterado o art. 32 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345),** que fica acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 32.....

Parágrafo único. Nessas hipóteses do art. 34, para as quais a lavratura do Auto de Infração é compulsória, aplica-se o disposto nos arts. 80, parágrafo único, e 83 do Regimento Interno, sobre a instauração de Procedimento de Apuração do Descumprimento de Obrigações.

Art. 4º Fica alterado o art. 42 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, que passa a vigorar com a seguinte redação, alterando o parágrafo único para § 1º e acrescidos os §§ 2º e 3º:

"Art. 42.....

§ 2º As condutas a serem cessadas ou mitigadas por medidas preventivas ou reparatórias deverão ser objeto de comunicação prévia, formalizada em Termo de Notificação, observado o art. 30 deste Regulamento.

§ 3º As medidas enumeradas no art. 43, sem prejuízo de outras que venham a ser previstas, são consideradas atos próprios do Processo de Fiscalização Regulatória, em que a participação do administrado é contínua e dinâmica, de modo que a sua decretação não requer formalidades processuais adicionais." (NR)

Art. 5º Fica alterado o art. 44 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, que passa a vigorar com a seguinte redação, alterando o parágrafo único para § 1º e acrescido o § 2º:

"Art. 44.....

§ 2º Caso o Despacho Decisório declare o descumprimento de quaisquer das medidas elencadas no art. 43, procede-se ao Processo de Controle, na forma dos arts. 52 e 53 deste Regulamento e de regulamentação específica, ressalvada a competência dos órgãos fiscalizatórios em recomendar outras alternativas." (NR)

Art. 6º Fica alterado o art. 52 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, aprovado pela **Resolução nº ..., de 2020 (Minuta SEI nº 5916345)**, que fica acrescido do seguinte parágrafo único:

"Art. 52.....

Parágrafo único. No âmbito da Fiscalização Regulatória, o Processo de Controle deve ser conduzido após a comprovação e a

declaração do descumprimento das medidas estipuladas no Processo de Acompanhamento, preferencialmente por meio de soluções que evitem o litígio administrativo, na forma do art. 54, ressalvada a avaliação da autoridade competente." (NR)

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

As alterações propostas ao art. 14 têm o escopo de esclarecer o fluxo processual, nesse macroprocesso de Fiscalização Regulatória. Fixa-se que, como regra, o descumprimento das medidas preventivas ou reparatórias dará ensejo ao Processo de Controle, onde o órgão incumbido poderá decidir pela aplicação de novas medidas corretivas, isto é, a divulgação de informações ou a imposição de medida cautelar (vide Regulamento de Fiscalização Regulatória – RFR, art. 53, I e II) ou se, em outra abordagem, prosseguirá à instauração de Pado (vide RFR, art. 53, III).

Portanto, o art. 14 passaria a ter duas remissões: a remissão à consequência normativa do cumprimento das medidas, qual seja o arquivamento do Processo de Acompanhamento (vide RFR, arts. 44 e 45), e a remissão à consequência normativa do seu descumprimento, qual seja o prosseguimento às formas de controle (vide RFR, arts. 52 e 53). Com essa alteração, visualiza-se a maior organicidade dentre as etapas de Acompanhamento e de Controle, nos pontos em que se articulam, para priorizar um tratamento mais efetivo aos indícios de desconformidades.

A inclusão de parágrafo único no art. 26 serve para reforçar que a amostragem não é o único meio de instauração de Ações de Fiscalização. Por um lado, não se pode perder de vista o novo Regulamento de Fiscalização Regulatória tenha privilegiado a atividade fiscalizatória espaçada – em oposição à fiscalização ostentiva –, com o foco sobre a apuração das situações críticas de desempenho. Por outro lado, cabe ressalvar a incidência do princípio da impulsão de ofício dos processos administrativos, que está previsto no inciso XII, da Lei nº 9.784/1999 e que é reproduzido pelo art. 37, X, do Regimento Interno. Assim, resguarda-se a *faculdade* de instauração de Ações de Fiscalização em face de aspectos pontuais e/ou de agentes determinados, em especial diante de resultados obtidos a partir dos modos de fiscalização (remoto, presencial e não presencial).

A mudança sugerida para o art. 32 está relacionada à gravidade das condutas perante as quais se exige a lavratura de Auto de Infração, na sistemática do RFR. A título de complementação do sentido da norma, nota-se que o art. 32 se aplica às seguintes hipóteses, extraídas do art. 34: *(i)* risco à vida; *(ii)* interferências em estações autorizadas; *(iii)* desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação; e *(iv)* uso de equipamentos sem a devida certificação ou homologação.

Logo, uma vez que o Regulamento já impõe a notificação mediante Auto de Infração – forma que se tornou subsidiária, ante a figura do Termo de Notificação – e que tais condutas têm alta probabilidade de serem enquadradas como infrações graves, à luz da nova redação do art. 9º, § 3º, do Regulamento de Aplicação das Sanções Administrativas (RASA), entende-se pela aplicação dos arts. 80 e 83 do Regimento Interno, de modo que o Auto de Infração funcione como o Despacho Ordinatório de Instauração do Pado.

Essa referência direta ao procedimento regimental – em que a Ação de Fiscalização leva à automática instauração do Pado – tornou-se excepcional sob a lógica da Fiscalização Regulatória, porém merece ser aplicada em face dos arts. 32 e 34, para garantir que as infrações graves sejam processadas e sancionadas o mais rápido possível.

Os enunciados sugeridos em face do art. 42 visam à coerência interna da norma, para que fique clara a vinculação entre o instituto de direito material e os aspectos procedimentais que permeiam a sua constituição. Nesse sentido, no artigo onde está a definição geral das *"medidas preventivas ou reparatórias"*, cabe inserir as seguintes referências.

A primeira referência quanto ao ato que permite a ciência prévia dos administrados sobre os motivos que fundamentam a aplicação das medidas preventivas e reparatórias. Por isso, cita-se que as condutas e os indícios já devem ter sido comunicados em Termo de Notificação. O Termo de Notificação, por sua vez, foi uma inovação deste RFR, para substituir a emissão generalização de Autos de Infração, ainda possibilitando a informação do agente investigado, para que possa, de imediato, tomar as providências necessárias à cessação e/ou à reparação. A norma que relacione, explicitamente, *(i)* a validade dessas medidas administrativas do art. 42 e *(ii)* a prévia comunicação por meio de Termo de Notificação afastará quaisquer dúvidas sobre a incidência das garantias processuais do contraditório e da não-surpresa.

Já a inserção de parágrafo único no art. 44 teria esta função integrativa: reforçar que o *iter* processual prossegue *do* descumprimento da medida preventiva ou reparatória, determinada no caso concreto e executada de forma insuficiente,

para as medidas de controle, sendo que essa passagem marca a *possibilidade* de a Agência assumir uma postura repressiva e adversarial, mediante o Pado. Tal esclarecimento se julga necessário para deixar explícito que a aplicação sucessiva de medidas preventivas ou reparatórias não é a regra, em especial se os resultados da oportunidade de conformação demonstrarem que não houve cooperação por parte do administrado.

5.6 Inclusão do Fust na sistemática de regulação responsiva

5.6.1 Proposta de alteração do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, anexo à Resolução Anatel nº 729, de 19 de junho de 2020

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO a edição do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias por força da publicação da Resolução ANATEL nº 729, de 19 de junho de 2020;

CONSIDERANDO a relevância do estímulo a comportamentos virtuosos dos agentes regulados por intermédio de estratégias regulatórias baseadas em incentivos intrínsecos;

CONSIDERANDO que as verbas tributárias relacionadas ao setor de telecomunicações inserem-se no contexto geral de verificação da conformidade do comportamento dos agentes regulados;

R E S O L V E:

Art. 1º Fica alterado o art. 34 do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, aprovado pela Resolução nº 729, de 19 de junho de 2020, que passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 34 .....

§ 1º.....

§ 2º A aplicação de sanções previstas na legislação tributária ou de sanções regulatórias levará em consideração a estrutura de incentivos ao comportamento virtuoso do agente regulado.

§ 3º A aplicação de sanções deverá avaliar se a inadimplência pode ser razoavelmente justificada, bem como se o inadimplemento se apresenta de maneira episódica ou sistemática.

§ 4º Anteriormente ou após a abertura de processo sancionador, a Agência pode, motivada por juízo sobre a efetividade de outras medidas de conformidade, ou pelo comportamento reiterado do infrator na cooperação para solução de problemas pretéritos, ligados ou não à temática específica da sanção, substituir a sanção pela implementação de mecanismos de consenso, medidas de desestímulo à inadimplência, compromissos de solução do problema que envolvam alterações na organização empresarial ou de gestão, reforçando-os, quando entender apropriado, com índices e estatísticas de inadimplência e medidas de reconhecimento institucional." (NR)

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

A imposição *prima facie* de medidas gravosas como as penalidades de multa ou de caducidade se apresenta desproporcional, sobretudo quando considerada a situação particular de cada agente regulado. O Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, por conseguinte, andou bem ao deixar de

prever expressamente a aplicação automática da penalidade de caducidade, que, além de afetar diretamente a relação jurídica vigente, tem o efeito secundário de impedir uma nova outorga pelo prazo de dois anos.

Por outro lado, não faria sentido abolir as penalidades de caducidade ou multa, pois isso poderia gerar uma espécie de precificação da inadimplência, que não necessariamente contribuiria para fomentar a conformidade, como demonstra o "Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anatel", Meta 7 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB, de 2019-2021.

É importante, por conseguinte, empregar também neste ponto o instrumental da regulação por incentivos intrínsecos para adequadamente avaliar e graduar as sanções a serem praticadas, tendo em vista especialmente a conduta adotada pelo regulado. Há a possibilidade inclusive de trabalhar-se com o ápice da pirâmide, inserindo as penalidades mais gravosas na progressão de incentivos e sanções voltadas a estimular o comportamento virtuoso e apenar o comportamento disfuncional.

A inclusão dessas medidas relacionadas ao Fust se insere em um conjunto de estratégias levadas a cabo no âmbito da Anatel para aprimorar o ambiente regulatório das telecomunicações, promovendo a desoneração da estrutura estatal mediante o incentivo ao comportamento virtuoso dos agentes. Dessa maneira, a conduta da Agência, também no que se refere à contribuição ao Fust e a outros preços previstos pelo Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, deve seguir pirâmide de incentivos que adequadamente fomente o cumprimento de obrigações regulatórias. Portanto, ao mesmo tempo em que se pode pensar na estruturação de índices, rankings e estatísticas que demonstrem a inadimplência de determinados agentes, pode-se também oferecer selos e certificações que evidenciem o cumprimento das obrigações. Pode-se, assim, definir uma estrutura de incentivos que, a baixo custo, fomente comportamentos que se coadunem com o que se espera de um agente regulado virtuoso.

5.7 Alterações para reforço da atuação do Conselho de Usuários e da SRC

5.7.1 Proposta de Resolução que altera o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março de 2014

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CD/ANATEL Nº , DE 2020

Altera o Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março de 2014, para atribuir ao Conselho de Usuários a função de polo de captação de demandas.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 22 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelo art. 35 do Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO a importância de se fortalecer a interação entre a Superintendência de Relações com os Consumidores e o Conselho de Usuários,

R E S O L V E :

Art. 1º Fica alterado o Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março

de 2014, para atribuir ao Conselho de Usuários a função de polo de captação de demandas.

Art. 2º Fica alterado o parágrafo único do Regulamento Geral de Direitos dos Consumidores de Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução Anatel nº 632, de 7 de março de 2014, com a seguinte redação:

> "Art. 104-C. .....
>
> Parágrafo único. Sem prejuízo das disposições constantes no Regimento Interno, a Anatel por meio de Portaria a ser publicada pelo Superintendente de Relações com Consumidores disporá sobre os procedimentos para o recebimento, registro e tratamento de demandas de consumidores, individual e diretamente, ou, indiretamente por quaisquer canais, ou por meio de consultas e relatórios dos Conselhos de Usuários (NR)".

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em _____ [1º dia útil do mês seguinte ao da sua publicação e, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação, conforme art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019].

FUNDAMENTAÇÃO

Um dos pontos centrais do Relatório "Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores", Meta 10 da Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre regulação apoiada em incentivos na fiscalização regulatória de telecomunicações – CCOM/UnB, de 2019-2021), diz respeito a dois elementos institucionais e normativos. O primeiro elemento é o fortalecimento da atuação dos Conselhos de Usuários. O segundo se refere ao fortalecimento da Superintendência de Relações com os Consumidores.

Esse estudo assim identificou o ponto:

> Para uma regulação responsiva funcionar adequadamente, é fundamental estabelecer políticas regulatórias coordenadas com as demais políticas públicas em prol da defesa do consumidor. Nesse sentido, é importante que atuação da SRC seja a de interagir com os demais atores institucionais do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, consoante o art. 153, VI, da Resolução Anatel nº 612/2013. O

> Conselho dos Usuários é, também, um bom exemplo institucional de controle social tripartite, porém, com maior foco nesse controle, no âmbito interno da Agência. Isto é: permite-se que os verdadeiros impactados (os consumidores) possam ter suas demandas, seus pontos de vista e suas reclamações ecoadas nas decisões institucionais da Agência e no próprio processo de formulação de políticas públicas dentro dela. (...). Contudo, para que seu potencial seja aproveitado, os conselhos de usuários precisam ser fortalecidos. Incluí-los no diálogo sobre soluções durante o processo de fiscalização regulatória ajuda a tornar efetiva a função consultiva desses conselhos. (...). Para tanto, a Anatel deve cobrar das prestadoras que elas elaborem planos com medidas para fortalecer os conselhos. Como exemplo dessas medidas, podemos citar: a criação de grupos de trabalho dentro dos conselhos; agendamento de reuniões frequentes entre os membros; a realização de cursos de capacitação; e o fomento à prestação de contas por parte dos conselhos, o que pode ser implementado por meio de redes sociais.

Como indicado, um diagnóstico central do Relatório "Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores" diz respeito aos Conselhos de Usuários. Contudo, não basta fortalecer tais órgãos. É necessário que haja uma real integração de seu trabalho com a Anatel, de modo a subsidiar a ação da Superintendência de Relações com os Consumidores. Um tipo de trabalho que a SRC tem realizado com sucesso se baseia no diagnóstico de problemas experimentados pelos usuários. Contudo, não existe um mecanismo formal de integração da SRC com os Conselho de Usuários.

A presente proposta de alteração normativa visa inserir o Conselho de Usuários como órgão para captação de demandas para posterior tratamento pela Superintendência de Relações com os Usuários (SRC). O parágrafo único do art. 104-C do RGC prevê um espaço de recebimento, registro e tratamento de demandas pela SRC, pelo que é recomendável a inserção de uma norma regulamentar no RGC que indique que os Conselhos de Usuários serão um polo de captação de demandas.

BIBLIOGRAFIA

AGU. **Parecer nº 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 5768545, Processo nº 53500.205186/2015-10)**. Advocacia-Geral da União. Brasília. 17/07/2020.

AGU. **Parecer nº 00108/2017/PFANEEL/PGF/AGU (Processo 48500.004650/2009-66)**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017.

ANAC. Radar - Por Dentro das Normas - Enforcement, Brasília, Novembro 2018b.

ANATEL. **Informe nº 131/2018/SEI/PRRE/SPR, Superintendente de Planejamento e Regulamentação Nilo Pasquali (SEI 3441224, Processo nº 53500.205186/2015-10)**. [S.l.]. 16/11/2018.

ANATEL. **Análise 97/2018/SEI/AD, do Conselheiro Anibal Diniz (SEI 2659033, Processo nº 53500.205186/2015-10)**. [S.l.]. 18/05/2018.

ANATEL. **Voto nº 127/2018/SEI/PR, Conselheiro Leonardo Euler de Morais (Processo nº 53500.205186/2015-10)**. Brasília: Agência Nacional de Telecomunicações, 21/12/2018.

ANATEL. **Voto nº 127/2018/SEI/PR, Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Morais (SEI 3631816, Processo nº 53500.205186/2015-10)**. [S.l.]. 22/12/2018.

ANATEL. **Análise nº 197/2012-GCMB, Conselheiro Marcelo Bechara de Sousa Hobaika**. [S.l.]. 23.04.2012.

ANEEL. **Nota Técnica 217/2015-SFE/ANATEL: Metodologia para o monitoramento contínuo e diagnóstico técnico preventivo das Distribuidoras e das Transmissoras de Energia Elétrica**. Brasília. 2015.

ANEEL. **Nota Técnica nº 07/2018- ASD-SFE-SFF-SFG-SRD-SRG-SRT-SRM-SEL-PF**. Brasília. 2018.

ANEEL. **Relatório de Gestão do Exercício de 2018**. Brasília. 2019.

ANEEL. **Relatório de Gestão do Exercício de 2019**. Brasília. 2020.

ANS. **Relatório Anual de Gestão: Exercício 2018**. Rio de Janeiro. 2019.

ANS. **Relatório Anual de Gestão: Exercício 2019**. Rio de Janeiro. 2020.

ANTT. **Relatório Anual: Exercício 2018**. Brasília. 2019.

ANTT. **Relatório Anual: Exercício 2019**. Brasília. 2020.

ARANHA, I.; LOPES, O. A. **Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos**. Brasília. 2019.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 5. ed. Londres: Laccademia, 2019.

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

BARROSO, L. R. **Temas de Direito Constitucional (Tomo II)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005.

BERG, S. V. **Introducción a los fundamentos de la regulación mediante incentivos**. Gainesville: Public Utility Research Center, University of Florida, 2002.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, G. **Poder de polícia, ordenação, regulação:** transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMARA, R. R. P. D. M. Funções de autoridade pública: sobre a constitucionalidade de sua delegação a particulares e a análise do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280, de 2017. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 4, n. 1, p. 63-78, 2018.

CARMO, A. L. D. **Análise do princípio constitucional da legalidade na adoção do modelo de fiscalização regulatória pela Anatel**. Brasília: Universidade de Brasília, Monografia de Graduação orientada pelo Prof. Alexandre Kehrig Veronese, 2019.

CASTRO, D. P. **Auditoria e Controle Interno na Administração Pública:** evolução do controle interno no Brasil - Do Código de Contabilidade de 1922 até a criação da CGU em 2003. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CGU. **Juízo de Admissibilidade e a Escolha do Procedimento Disciplinar Cabível. Apresentação no II Encontro de Corregedorias do Poder Executivo**. [S.l.]: Controladoria Geral da União, 2012.

CGU. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2019.

CGU. **Relatório de Avaliação - Processo Sancionatório da Anatel**. Brasília, p. 64. 2020.

CGU. **Relatório de Avaliação: Processo Sancionatório da Anatel (Projeto e-aud nº 817782)**. Brasília. 2020.

CHARDIN, P. T. D. **O Fenómeno Humano**. Tradução de León Bourdon e José Terra. 3. ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1970.

COMANDO DA AERONÁUTICA. **MCA 63-15:** "Manual de Fatores Humanos no Gerenciamento da Segurança Operacional no SISCEAB", Edição aprovada pela Portaria DECEA 109/DGCEA, de 10 de setembro de 2012. Rio de Janeiro: Departamento de Controle do Espaço Aéreo, 2012.

COUTO, J. A. **Concorrência nas Telecomunicações:** estratégias regulatórias para o compliance com regras de acesso a redes. São Paulo: Singular, 2015.

FARACO, A. D. Concorrência e universalização das telecomunicações: evoluções recentes no direito brasileiro. **Revista de direito público e economia**, 8, out./dez. 2004.

FERNANDES, C. D. A. G. **A reforma do modelo de fiscalização do setor elétrico brasileiro (Trabalho de conclusão de curso de Especialização em Gestão Pública)**. Brasília: ENAP, 2018.

FERNANDES, J. U. J. **Tribunal de Contas do Brasil:** jurisdição e competência. Belo Horizonte : Fórum, 2008.

FRAZÃO, A.; GALVÃO, J. O. L. **Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da Anatel**. Brasília. 2019.

FREITAS, L. C. D. et al. Obrigação de fazer em sanções regulatórias no Brasil: aplicação ao setor de telecomunicações. **Revista Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 11, n. 2, p. 71-86, out. 2019.

FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HAMELIJNCK, R. et al. **Regulação Responsiva & Segurança Operacional:** Visão Internacional - Webniário com representantes da Federal Aviation Administration (FAA) e da European Aviation Safety Agency (EASA). Brasília: Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), 09/11/2020.

HEINEN, J. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, F. D. A. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 353-370, 2000.

MARQUES NETO, F. D. A. et al. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, 278, n. 2, maio/ago. 2019. 37-70.

MARX, C. A. **A CGU e a Dualidade do Papel do Controle Interno no Brasil (Dissertação)**. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2015.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, R. M. D. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador:** as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ofício nº 113/2016/SE/3CCR, Procuradoria Geral da República. 3ª Câmara de Coordenação e Revisão**

do Consumidor e da Ordem Econômica (SEI 0641236, Processo nº 53500.205186/2015-10). [S.l.]. 11/04/2016.

MOREIRA NETO, D. D. F. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUCCI, G. D. S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, R. C. R. **Novo perfil da Regulação Estatal:** Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, J. B. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, v. 5, n. 8, 2010.

PALMA, J. B. D. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PINHO, A. L. D. O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar. **Revista da CGU**, v. Edição Especial - Correição, p. 15-27, julho 2011.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, W. A. O controle da regulação no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, 241, jul./set. 2005. 39-52.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 9, n. 34, p. 133-151, 2011.

TORRES, R. L. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, 194, out./dez. 1993. 31-45.

VERONESE, A. K. et al. **Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores**. Brasília. 2020.

ZYMLER, B. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZYMLER, B.; ALMEIDA, G. H. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LISTA DE ACÓRDÃOS CITADOS DO TCU

- TCU, Acórdão 1421/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 03.06.2020.
- TCU, Acórdão 726/2020, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 01.04.2020.
- TCU, Acórdão 729/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 01.04.2020
- TCU, Acórdão 732/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 01.04.2020.
- TCU, Acórdão 618/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 18.03.2020.
- TCU, Acórdão 548/2020, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 11.03.2020.
- TCU. Acórdão 435/2020, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 04.03.2020.
- TCU, Acórdão 140/2020, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 29.01.2020.
- TCU, Acórdão 2661/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 30.10.2019.

- TCU, Acórdão 2644/2019, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 30.10.2019.
- TCU, Acórdão 2195/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 11.09.2019.
- TCU, Acórdão 1366/2019, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julg. 12.06.2019.
- TCU, Acórdão 1166/2019, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 22.05.2019.
- TCU, Acórdão 2926/2018, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 12.12.2018.
- TCU, Acórdão 1704/2018, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 25.07.2018.
- TCU, Acórdão 2533/2017, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 14.11.2017.
- TCU, Acórdão 2121/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 27.09.2017.
- TCU, Acórdão 1970/2017, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, julg. 06.09.2017.
- TCU, Acórdão 483/2017, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, julg. 22.03.2017.
- TCU, Acórdão 1407/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg.01.06.2016.
- TCU, Acórdão 919/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julg. 20.04.2016.
- TCU, Acórdão 644/2019, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 23.03.2016.
- TCU, Acórdão 2037/2015, Segunda Turma, Rel. Min. Ana Arraes, julg. 23.02.2016.

- TCU, Acórdão 3311/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 09.12.2015.
- TCU, Acórdão 240/2015, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 11.02.2015.
- TCU, Acórdão 84/2014, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 22.01.2014.
- TCU, Acórdão 3237/2013, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 27.11.2013.
- TCU, Acórdão 2542/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 18.09.2013.
- TCU, Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 05.06.2012.
- TCU, Acórdão 1204/2012, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, julg. 23.05.2012.
- TCU, Acórdão 482/2012, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. 07.03.2012.
- TCU, Acórdão 2261/2011, Plenário, Rel. Min. José Jorge, julg. 24.08.2011.
- TCU, Acórdão 873/2010, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. 28.04.2010.
- TCU, Acórdão 6615/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. 17.11.2009.
- TCU, Acórdão 925/2097, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. 23.05.2007.
- TCU, Acórdão 2109/2006, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, julg. 14.11.2006.
- TCU, Acórdão 643/2005, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, julg. 25.05.2005.

- TCU, Acórdão 1107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, julg. 13.08.2003.