



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

Gustavo Machado de Freitas

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO: BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MARCO LEGAL DA AVIAÇÃO
CIVIL BRASILEIRA**

Brasília

2016

Gustavo Machado de Freitas

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO: BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MARCO LEGAL DA AVIAÇÃO
CIVIL BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Othon de Azevedo
Lopes

Brasília

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Gustavo Machado de Freitas

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO REGULATÓRIO: BREVES
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MARCO LEGAL DA AVIAÇÃO
CIVIL BRASILEIRA**

Apresentação em 4 de Julho de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes (Orientador – UnB)

Professor Doutor Márcio Iório Aranha (UnB)

Mestre em Direito Marcelo Pacheco dos Guarany's

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira (Suplente)

*A minha mãe, maior referência que tenho em
minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Os seis anos de curso de Direito na UnB foram de muito sacrifício, tanto para mim quanto para as pessoas com quem convivo de maneira mais próxima. Por isso, agradeço de forma especial à minha família, de quem tive que me afastar para conciliar trabalho e estudos. Em especial, a minha mãe, Fernanda e Priscilla que, em momentos distintos, dividiram comigo o esforço me empurraram pra frente.

Agradeço também aos diversos amigos do trabalho. “Cara... tenho aula às 19h. Meu assunto pode ser o primeiro a entrar na pauta da reunião para eu conseguir sair mais cedo?” foi uma frase ouvida centenas de vezes por Bruno, Pedro, Gus, Camilo, Bernardes, Juliana, Assumpção, Mariana e outros que, cobrindo algumas ausências e dividindo todas as atividades do dia a dia, criaram o ambiente para que eu pudesse prosseguir no curso. De forma especial, agradeço a meus chefes, pela compreensão e por todo o incentivo: Solange Vieira, Clarissa Barros e Marcelo Guaranys. E de forma diferenciada, Tiago Pereira, que além de chefe incentivador e amigo, sempre foi o parceiro de discussões acadêmicas, tanto no campo do Direito quanto no da Economia.

Aos diversos colegas da faculdade, que me acompanharam e me ajudaram na caminhada. Destaque para as queridas “Culegas”, Raíssa e Isabela, por uma parceria que perdurará por muitos anos.

Por fim, agradeço aos professores e membros da Banca Examinadora, professor Márcio Iório Aranha e Marcelo Guaranys, que, com preciosas contribuições, fizeram com que este trabalho ficasse melhor e mais claro. Em particular ao meu orientador, professor Othon que, de forma acessível, me conduziu a uma linha de pesquisa interessante e gratificante.

RESUMO

Este trabalho analisa conceitos sobre Direito Regulatório, buscando uma compreensão do funcionamento e adequabilidade dos principais instrumentos à disposição do Estado regulador a cada caso concreto. Para isso, utilizam-se metodologias advindas das ciências econômicas aplicadas ao Direito, com enfoque especial para a Teoria dos Jogos. Argumenta-se aqui que a modelagem econômica mais adequada ao contexto da interação entre regulador e regulado é um Dilema dos Prisioneiros jogado por repetidas vezes. Nesse modelo, pode-se atingir um equilíbrio socialmente mais vantajoso, devendo o regulador, quando adequado, abandonar uma postura excessivamente legalista e punitiva e focando em estratégias mais focadas na cooperação, na educação e na conscientização do regulado, devendo recorrer à punição apenas como um último recurso. Com a teoria estudada, faz-se uma análise do arcabouço legal do setor da aviação civil, apontando-se para potenciais pontos de sua melhoria.

Palavras-chave: Direito Regulatório; Aplicação da Lei; Análise Econômica do Direito; Teoria dos Jogos Aplicada ao Direito.

ABSTRACT

This essay works with basic concepts of Regulation, analyzing the adequacy of the main regulatory instruments and techniques available to regulators to each case. To achieve this goal, the author applies some of the methodologies developed in the Economic Sciences to the regulatory context. Special attention is given to Game Theory methodologies. It is affirmed that the most suitable model to the regulator-regulatee interaction is a repeated Prisoner's Dilemma game. In such a model, a social optimum equilibrium can be met when the regulator uses a mix of the punitive and collaborative enforcement strategies, abandoning a strict legalist approach. Then, the regulator should follow strategies of consensus, cooperation and education before applying traditional sanctions, which should be seen as a last resource only. After presenting the main ideas regarding Law and Economics and Regulation, the basic legal framework for Brazilian civil aviation is assessed.

Keywords: Regulation; Law Enforcement; Economic Analysis of Law; Game Theory and the Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO REGULATÓRIO	12
2.1. Conceitos Introdutórios de Direito Regulatório	12
2.2. Teorias da Regulação	17
2.3. Instrumentos Regulatórios.....	23
2.4. Escolha e Avaliação dos Instrumentos Regulatórios	29
3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	38
3.1. Conceitos Introdutórios da Análise Econômica do Direito.....	38
3.2. Teoria dos Jogos	41
3.3. Análise Econômica do Direito Aplicada ao Direito Penal	46
4. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO REGULATÓRIO.....	50
4.1. Analogias entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador	50
4.2. O Dilema dos Prisioneiros e a Evolução da Cooperação	54
4.3. A Evolução da Cooperação no Direito Regulatório	57
4.4. Análise da Regulação para o Setor de Aviação Civil.....	60
5. CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1. INTRODUÇÃO

O mundo moderno é caracterizado por uma série de fatores que tornam as análises sociais cada vez mais complexas. Um cenário de globalização crescente, maior conectividade entre pessoas, seja dentro de um país ou com o exterior, maior interdisciplinariedade entre os campos de conhecimento, maior disponibilidade de transportes, comunicações e acesso a informações de maneira geral e grande evolução científica e tecnológica.

Neste mundo de constante e rápida evolução, as organizações também se alteraram profundamente. Saindo de uma estrutura rígida e hierárquica, as organizações modernas de sucesso são mais flexíveis e rápidas, prontas para absorver a velocidade das mudanças em seu ambiente e de se adaptar continuamente.

Nesse contexto, o Estado como organização e o Direito como instituição também precisam se adaptar e se modernizar. O surgimento e a evolução do Direito Regulatório ao longo do século XX em todo o mundo representam parte dessas mudanças. Pode ser entendido como uma resposta do Direito Administrativo tradicional de se adaptar às exigências da sociedade por um Estado mais eficiente, mais preparado para atender aos anseios da sociedade moderna.

Exploraremos neste trabalho um estudo do Direito Regulatório com um enfoque nos instrumentos regulatórios, utilizando-se como metodologia de análise um outro campo moderno e interdisciplinar, que é a Análise Econômica do Direito, que se utiliza de técnicas desenvolvidas primariamente nas ciências econômicas e vêm sendo aplicadas cada vez mais em outras ciências humanas e sociais.

Este trabalho se divide da seguinte forma. Após esta breve Introdução, passamos a descrever no Capítulo 2 as principais ideias relacionadas ao Direito Regulatório, trazendo seus conceitos principais, as principais teorias que justificam e fundamentam a regulação, os principais instrumentos disponíveis para o regulador exercer suas funções e alguns princípios básicos para se escolher uma determinada opção regulatória e avaliar se a regulação cumpriu com seus objetivos.

No Capítulo 3, passamos para a Análise Econômica do Direito, com suas principais fundamentações legitimadoras, bem como algumas premissas básicas de sua

aplicabilidade. Em seguida, detalhamos uma subdivisão da Análise Econômica, que é a utilização dos conceitos da Teoria dos Jogos para a análise de situações jurídicas. Posteriormente, tratamos da Análise Econômica do Direito Penal, por ser este um campo de desenvolvimento relativamente avançado, e as questões relativas às penas no Direito Penal guardarem certa similaridade com as sanções no Direito Regulatório.

O Capítulo 4 trata da aplicação da Análise Econômica ao Direito Regulatório, primeiramente traçando um paralelo entre as sanções administrativas e as sanções penais. Em seguida, trazemos um desenvolvimento econômico que mostrou a possibilidade de surgir o comportamento cooperativo racional entre agentes que interagem repetitivamente, mesmo quando não haveria essa predisposição para a cooperação *a priori*. Concluímos aplicando este conceito ao Direito Regulatório e fazendo uma breve análise crítica da legislação relativa a um setor da economia, qual seja, a regulação da aviação civil, frente aos conceitos trabalhados ao longo desta Monografia.

Em seguida, traçamos algumas conclusões a respeito do tema. Esperamos que este trabalho possa trazer ponderações interessantes para o regulador e o formulador de políticas públicas no Brasil.

2. DIREITO REGULATÓRIO

2.1. Conceitos Introdutórios de Direito Regulatório

De forma breve e simplificada, podemos dizer que o final do século XX no Brasil assistiu à transformação de um Estado patrimonialista, tradicionalista, comprometido com a concessão de privilégios a agentes específicos, com os monopólios estatais e com a prestação direta de serviços públicos, em um Estado Regulador, pautado pelo ideal mais contemporâneo de menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto, no qual se separam as figuras do Estado como controlador e do agente prestador. (ARANHA, 2014, pos. 1949-2005¹)

O Programa Nacional de Desestatização e a criação das Agências Reguladoras², na década de 1990, consolidam esse movimento. Por ser um avanço conceitual ainda recente no País, essa nova forma de administração do Estado, em todas suas nuances e peculiaridades, ainda não é completamente compreendida por gestores públicos, legisladores e juristas no Brasil, sendo necessário o aprofundamento do estudo de seus complexos mecanismos, inclusive no que diz respeito às interações do Estado com os agentes privados pertencentes ao setor regulado e à utilização dos instrumentos disponíveis ao Estado para disciplinar o setor.

Referindo-se à classificação típica no estudo do Direito, pode-se afirmar que o Direito Regulatório é partícipe da tradição de Direito Público, embora tributário dos ramos de direito setorial. (ARANHA, 2014, pos. 344) Naturalmente, tal classificação não explica todos os institutos desse ramo do Direito em sua completude, uma vez que, lidando com a prestação de serviços públicos por empresas privadas, ele se utiliza de conceitos também de Direito Privado.

¹ As citações desta fonte usarão "pos.", de posição, que é a referência adequada para a versão *e-book*, que foi utilizada nesta pesquisa. A referência em posição de *e-book* independe de formatação e tamanho de fonte utilizadas na visualização.

² Agências Reguladoras, neste texto, grafadas com iniciais maiúsculas, se referem às Autarquias federais de natureza especial, criadas nas décadas de 1990 e 2000 no Brasil. São elas a ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT e ANVISA. Quando forem grafadas com inicial em minúscula, agências reguladoras referir-se-ão a órgãos públicos, genéricos, aos quais forem incumbidas as competências de exercer qualquer atividade regulatória, independente de sua natureza.

Tratando dessa complexidade e das novas dinâmicas da sociedade moderna, as relações entre cidadão, empresas e Estado e, discutindo o contexto de surgimento do liberalismo, MICHEL FOUCAULT lecionou um curso, posteriormente registrado no livro Nascimento da Biopolítica, no qual ancora como novo fundamento dos governos a elaboração do poder público e, principalmente, a medida das suas intervenções indexadas ao princípio de utilidade para a sociedade. (2008, p. 60)

Assim, para que o governo tenha um bom funcionamento e, principalmente, legitimidade, deve buscar continuamente seu próprio princípio de autolimitação, com base no interesse dos cidadãos. O autor define, neste contexto, o interesse como um jogo complexo entre os interesses individuais e coletivos, a utilidade social e o benefício econômico, entre o equilíbrio do mercado e o regime do poder público, um jogo complexo entre os interesses individuais e independência dos governados. (FOUCAULT, 2008, p.61) É sob essa perspectiva que o regulador deve traçar suas políticas e formas de atuação.

Prosseguindo na análise do contexto institucional em que a regulação se insere, e tendo em vista que a regulação tem em seu cerne a proteção aos direitos fundamentais, podemos encarar o mercado não como um fim em si mesmo, mas como um algo que é derivado de uma relação com o Direito. Essa visão é importante, uma vez que análises puramente econômicas tendem a simplificar o problema da concorrência e dos mecanismos de mercado. Dessa forma, o Direito Regulatório prevê que o mercado deve sim ser protegido, mas o fim dessa proteção é o direito à igualdade de condições concorrenciais. (ARANHA, 2014, pos. 432-440) Como corolário, as intervenções estatais, muitas vezes necessárias, são garantias da preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais. (ARANHA, 2014, pos. 470)

Como destacado, a boa compreensão do Direito Regulatório e, de forma mais ampla, do Direito Administrativo moderno, exigem de seu analista uma visão integrada e interdisciplinar. O jurista que pretende se especializar nessa área deve conhecer não apenas vários ramos do Direito, como o Direito Administrativo, Direito Sancionatório, Direito Econômico e Direito Civil, mas também as relações do Direito com as Ciências Econômicas e, eventualmente, ter algum conhecimento técnico específico do setor regulado. Para ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, por exemplo, a relação entre o Direito e a Economia é dialética, de mútua ingerência e limitação. Nessa visão, ao mesmo tempo em que o Direito tem possibilidades de limitar e de direcionar as atividades econômicas, estas influenciam as normas jurídicas em sua edição e aplicação. (2013, p. 23)

Tratando-se do conceito de regulação, é importante uma diferenciação básica entre a legislação, tipicamente realizada pelo Poder Legislativo, e a regulação propriamente dita, realizada por órgãos especializados do Poder Executivo. Enquanto o Poder Legislativo é o formulador de políticas públicas gerais e de estruturação dos setores de interesse público, ou seja, uma atividade normativa estruturante, o Poder Executivo exerce função normativa conjuntural destinada a acompanhar o setor em todo o seu dinamismo, acompanhando de perto as variações impostas pela realidade dos dias atuais. (ARANHA, 2014, pos. 1534) Feito esse apontamento, pode-se definir regulação como o processo de realimentação contínua das diversas decisões sobre um sistema regulado, observando-se os efeitos dessas decisões e reconformando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade. Busca-se, assim, por meio da regulação, o alcance de um equilíbrio dinâmico das interações do governo com os atores setoriais, bem como desses atores entre si, em conformidade com o interesse geral. (ARANHA, 2014, pos. 731-3)

Para ROBERT BALDWIN, MARTIN CAVE e MARTIN LODGE, a regulação poderia ser definida como um conjunto específico de comandos, uma influência estatal deliberada sobre uma determinada atividade econômica. Em que pese haver uma tendência, tanto no Brasil quanto no exterior, de se associar o movimento regulatório com um controle da prestação dos serviços públicos após sua privatização, pode-se caracterizar a regulação de forma mais ampla como qualquer forma de influência econômica ou social. (2013, p. 3)

Para ARAGÃO, "a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses constitucionais, sociais e os orientando em direções socialmente desejáveis". (ARAGÃO, 2013, p. 40)

BRONWEN MORGAN e KAREN YEUNG (2007, p. 2), na tradição inglesa, veem a regulação como resultantes das mudanças advindas no viés liberalizante nos Estados de Bem-Estar Social no pós-guerra, principalmente nos países com democracias industriais estabilizadas. Nesse arranjo, os valores a serem alcançados pela regulação estão de alguma forma relacionados à competição de mercado, que impôs uma maior pressão nas aspirações sociais e de cidadania. Ainda, as autoras observam uma percepção generalizada, principalmente nos países adeptos da social-democracia, de que a intervenção estatal sobre

a economia faz os mercados se alavancarem ou, na pior das hipóteses, equilibra sua dinâmica no sentido de propiciar maior inclusão social. Ainda, destacam que as sociedades vêm formando uma percepção cada vez mais consolidada de que é adequado ao Estado um papel de provisão de bem-estar indireta. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 2)

Retomando FOUCAULT em sua análise do liberalismo, da sociedade moderna e do papel das instituições estatais, destacamos que não se apresentam razões para supor que as instituições legais existentes sejam aquelas mais adequadas à salvaguarda da liberdade das transações, sendo necessários maiores estudos sobre o quadro institucional mais adequado ao funcionamento menos rígido e mais eficaz do mercado. Para FOUCAULT (2008, pp. 223-4), ser liberal não se confunde, como por vezes se supõe, com ser conservador, no sentido da manutenção de privilégios de fato resultantes de legislação e instituições passadas. Ao contrário, "o liberalismo moderno significa ser essencialmente progressista no sentido de uma contínua adaptação da ordem legal às descobertas científicas, aos progressos das organizações e das técnicas econômicas, bem como às mudanças da estrutura da sociedade e às novas exigências da consciência contemporânea". Um exemplo que é dado pelo autor, para exemplificar seu conceito mais adequado de liberalismo, diz respeito ao trânsito. Seria errado pensar que ser liberal significa defender a ausência total de restrições aos agentes privados. Nessa premissa errônea, ser liberal significaria deixar com que os automóveis trafegassem em todos os sentidos, em todas as localidades, a seu bel-prazer e sem nenhum controle. Disso, naturalmente, resultariam engarrafamentos e acidentes incessantes. O oposto desse cenário seria o planismo estatal absoluto, no qual o Estado estabelece e determina para cada carro sua hora de saída e o próprio itinerário. Mas o Estado genuinamente liberal está na imposição de um Código de Trânsito, no qual as pessoas devem observar uma série de regras estabelecidas com o fim de disciplinarem a atividade, evitando uma situação caótica. Observa-se também que tal Código de Trânsito não é nem pode ser algo imutável, sendo atualmente, em um período de transportes acelerados, bem diferente do que era o mesmo em épocas pregressas. Assim, após a analogia, afirma podermos compreender com maior precisão em que consiste uma economia verdadeiramente liberal. "Trata-se de uma economia submetida a uma dupla arbitragem: a arbitragem espontânea dos consumidores, que partilham os bens e os serviços que lhes são oferecidos no mercado ao sabor de suas conveniências, utilizando-se dos mecanismos de mercado, especificamente os preços, e, por outro lado, a arbitragem

concertada do Estado, que assegura a liberdade, a lealdade e a eficiência dos mercados". (FOUCAULT, 2008, pp. 223-4)

Assim, o autor percebe o papel fundamental exercido pela regulação para o exercício dos direitos fundamentais pela sociedade, pois o regime liberal não é o resultado de uma ordem natural, mas de uma ordem natural fortemente disciplinada por uma ordem legal. (FOUCAULT, 2008, p.224)

Destacamos, nessa análise, a total impossibilidade de se interpretar o econômico como um processo mecânico ou natural, que se possa separar do restante da realidade fática. Apenas pode ser separado por uma abstração *a posteriori*, por uma abstração formalizante. O econômico, assim, deve ser considerado como um conjunto de atividades e, para FOUCAULT, quem fala em atividades, fala necessariamente em atividades reguladas. (2008, p. 226)

Passando para a abordagem da Economia, este ramo tem como seu principal paradigma o mercado competitivo. Segundo essa abstração idealizada de competição perfeita, as firmas, individualmente, decidem sobre que tipo de produtos irão produzir, em que quantidade, com que qualidade, com que insumos, quanto vão cobrar pelos bens produzidos, dentre outras variáveis. Os consumidores e trabalhadores, por sua vez, e também individualmente, decidem que parte do seu salário gastarão, quanto pouparão e quanto tempo será dedicado ao trabalho. O mecanismo de mercado, que prescinde de qualquer ação governamental, por meio de um equilíbrio entre a oferta e a demanda de cada um dos bens produzidos, chegará a uma alocação de bens e serviço que estará de acordo com seus melhores usos. Porém, saindo da abstração do mercado puramente competitivo, pode ser do melhor interesse público que o governo use de seu poder constituído para, da melhor forma possível, restringir as possibilidades de ação e decisão dos agentes econômicos por meio da regulação, que quase sempre será uma regulação específica para cada setor. (DUDLEY e BRITO, 2012)

De forma mais concreta, MORGAN e YEUNG, citando HOOD et al. (2001, p. 23), partindo para as características típicas da regulação, dizem que um sistema regulado é aquele no qual o regulador possui três capacidades básicas. Primeiramente, a capacidade de estabelecer padrões de cumprimento a serem seguidos pelos agentes regulados. Dessa forma, o Estado regulador admite o estabelecimento de preferências sociais. Em segundo lugar, há a capacidade de se coletar informações. Assim, o Estado regulador pode produzir conhecimento sobre a situação atual e eventuais mudanças no sistema regulado. Por último,

há uma capacidade de modificação de comportamentos dos entes regulados e da sociedade. Assim, a regulação tem, mesmo que indiretamente, o poder de modificar o sistema na qual está inserida. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 3)

Dessa forma, à lei podem ser atribuídas duas grandes funções na regulação. Primeiramente, possui um papel facilitativo, fazendo parte da infraestrutura mais ampla que liga diretamente o Estado ao mercado, à sociedade e aos indivíduos. Além disso, possui um papel expressivo, no qual provê um ambiente no qual as transações ocorrem. Nesse papel, a lei interage fortemente com a moral e com a política. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 3-7)

Concluindo esta breve caracterização básica do tema de direito regulatório, cumpre destacar que, em geral, a regulação tem por objetivo um ajuste na conduta dos agentes econômicos condizente com a conjuntura do setor regulado, fazendo com que aquele setor funcione melhor e torne possível, por parte da população, a fruição de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Assim, os instrumentos disponíveis ao regulador, suas estratégias de atuação, a escolha desses mecanismos, os modos de se fazer cumprir a regulação, entre outros, nunca poderão ser vistos como fins em si mesmos, mas como meios para esse objetivo superior.

2.2. Teorias da Regulação

Feita uma conceituação preliminar sobre a regulação, surge o questionamento sobre quando se deve regular um determinado setor. Esse questionamento é natural, uma vez que na economia há setores com níveis de regulação muito distintos. Para responder a essa questão, devemos primeiramente identificar a finalidade da regulação e, posteriormente, listar as principais teorias da regulação existentes. Por fim, identificaremos os instrumentos disponíveis para o Estado para que a regulação cumpra suas funções.

Inicialmente, cumpre destacar que o Estado regulador é o produto de uma sociedade moderna, complexa. Nesse contexto, o Direito Administrativo tradicional, com viés mais legalista, deixou de cumprir sua função e atender às necessidades atuais. Busca-se, atualmente, uma atuação estatal mais voltada para o cumprimento de seus objetivos, atentando cada vez mais para o princípio constitucional da eficiência (dado pela Emenda

Constitucional n. 19/1998³) do que para o simples cumprimento de normas, procedimentos, formas.

Nesse contexto, vale destacar uma característica presente em qualquer análise que se pretenda mais completa de um direito setorial: o principal objetivo da regulação é possibilitar que o setor regulado funcione adequadamente, atendendo aos interesses públicos correlatos e, conforme já descrito acima, proporcionando a mais plena fruição dos direitos fundamentais.

Dito isso, passamos às principais teorias da regulação, entendidas como os conjuntos de proposições ou hipóteses sobre o porquê do surgimento das regulações, quais atores contribuem para este surgimento e sobre o inter-relacionamento típico dos atores envolvidos. Seguindo este conceito, proposto por MORGAN e YEUNG (2007, pp. 16-7), as teorias da regulação se classificam em três tipos: as teorias do interesse público, as teorias do interesse privado e as teorias institucionalistas.

As **teorias do interesse público**⁴ trabalham com o pressuposto básico de que o legislador e demais atores responsáveis pela elaboração e implementação das regulações têm um desejo de alcançar objetivos coletivos, da sociedade como um todo, com a finalidade de promover o bem-estar geral da comunidade. São teorias, portanto, com um viés positivo no que diz respeito à regulação, uma vez que seus formuladores são, por hipótese, bem intencionados e com foco no interesse público.

O primeiro conjunto de teorias voltado para o interesse público é o da **análise do bem-estar econômico**⁵. Partindo do princípio econômico de que um mercado em competição perfeita é um objetivo a ser alcançado, tal escola advoga que as premissas desse modelo devem ser avaliadas para cada mercado e, no caso de desvios, o Estado intervirá, corrigindo a falha e trazendo o mercado regulado para os resultados similares aos que seriam de se esperar caso o mesmo operasse em regime plenamente competitivo. Assim, os setores econômicos nos quais há imperfeição no ambiente competitivo, ou seja, onde há falhas de mercado, acompanhadas por falhas na lei civil que rege aquele ambiente, são considerados casos *prima facie* para a intervenção estatal em razão do interesse público.

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte [...]

⁴ *Public interest theories*

⁵ *Welfare economics approaches*

Naturalmente, tais teorias têm um viés econômico, e endereçam as quatro clássicas falhas de mercado.

Primeiramente, há os mercados em que há um monopólio natural. Esse tipo de mercado se caracteriza por ser, devido a suas características, um arranjo industrial no qual é menos custoso para a sociedade a produção de bens ser realizada por uma única firma. Ou seja, a existência de mais de uma firma, em termos econômicos, faria com que os preços de mercado fossem maiores. Isso normalmente ocorre quando os custos fixos associados à produção são altos em relação à demanda existente. Além disso, ocorre o monopólio natural quando existem consideráveis efeitos de rede e o uso compartilhado por mais de uma firma.

A segunda falha de mercado clássica é a existência de bens públicos. Esses bens são caracterizados pelo consumo do bem por parte de um agente não impedir seu consumo por um outro agente, e por ser proibitivo o custo de excluir o consumo de um potencial agente que se recuse a pagar pelo bem. Quando tal acontece, a pré-disposição a pagar pelo bem, conceito tão caro à economia clássica, deixa de poder ser usada como medida da demanda e o conceito de preço de mercado deixa também de fazer sentido.

Em terceiro lugar, podemos listar as externalidades, que ocorrem quando o comportamento de uma das partes impõe custos ou benefícios à outra parte, sem que para isso tenha sido firmado um negócio específico entre ambos. Dessa forma, os preços envolvidos quando há externalidades não refletem exatamente o que seriam os preços adequados, fazendo com que o mecanismo de mercado desregulado gere um equilíbrio inadequado.

Já as assimetrias informacionais quebram a premissa de informação completa disponível aos tomadores de decisão. Acontecem, em maior ou menor grau, em praticamente todos os mercados e setores, uma vez que a produção de informações é geralmente cara, e os agentes econômicos têm custos e limitações consideráveis para armazenar, processar e assimilar informações. Além disso, devemos considerar que a informação, por si, tem um forte componente de bem público, por ser não rival e pouco excludente. Dessa forma, haverá menos incentivos para a oferta de informação do que seria esperado caso a informação fosse um bem comum. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 17-26)

Passando para as **abordagens políticas substantivas**⁶, agregam-se à análise vinculada à correção das falhas de mercado outros valores mais relacionados à justiça social, detalhados pelo jurista norte-americano CASS SUNSTEIN em seu livro “*After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*”, citado por MORGAN e YEUNG (2007) e descritos resumidamente a seguir.

O primeiro desses valores é a redistribuição de riqueza focada no interesse público. Este é um assunto que geralmente está associado a uma grande controvérsia, uma vez que há na teoria econômica relativo consenso de que as políticas redistributivas geram resultados inferiores ao que se obteria no caso de uma transferência direta de dinheiro ao público alvo da política. Além disso, se destaca que essas políticas comumente não conseguem se antecipar adequadamente à realidade, gerando efeitos complexos, não planejados e por vezes prejudiciais.

Um outro valor é o de potencializar a afluência de desejos e aspirações coletivas. Isso se deve ao fato de que, quando está participando do debate público, o senso de cidadania se aflora e o indivíduo se comporta de forma diferente de quando está tomando suas decisões puramente privadas.

Como existe também uma preferência natural pela adoção de posturas mais seguras, é comum que os indivíduos escolham opções inovadoras com uma frequência menor do que a que poderia ser considerada ideal. Assim, outro valor a ser perseguido é a formação de novas preferências, que potencializem a diversidade.

Prosseguindo na lista de CASS SUNSTEIN, devemos levar em consideração a utilização de instrumentos regulatórios para a eliminação ou redução da subordinação social de alguns grupos desfavorecidos, como, por exemplo, as minorias étnicas. Isso porque a mera aplicação dos mecanismos de mercado para contornar essa situação de injustiça pode não ser suficiente.

Além disso, o autor identificou que existem algumas preferências que são endógenas, ao considerarmos o sistema legal. Ou seja, as próprias preferências dos agentes econômicos, em alguns casos, são moldadas pela existência ou pela alteração de um determinado conjunto de normas legais.

⁶ *Substantive political approaches*

Finalmente, há de se considerar que algumas decisões e políticas públicas geram compromissos, por vezes irreversíveis, com as gerações futuras. Há, dessa forma um conflito entre os interesses de quem toma as decisões, ou seja, a geração atual, e quem arcará com os custos dessa decisão, isto é, as gerações futuras. Assim, pode ser necessária regulação para que as preferências das decisões futuras, que estão fora do processo decisório, sejam de alguma forma consideradas. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 27-36)

Passando às **abordagens do procedimento político**⁷, o foco passa a ser no processo deliberativo em si. Tais escolas defendem que uma determinada regulação é útil e necessária se houve legitimidade no processo deliberativo que a formou. Assim, utiliza-se como referência uma “situação ideal de debate”, na qual todos os participantes têm as mesmas oportunidades para se pronunciarem, iniciarem um diálogo de sua escolha, fazer questionamentos conforme sua conveniência e defender suas próprias posições. Além disso, a discussão deve estar livre de quaisquer restrições impostas pelas diferenças de poder entre os participantes. (MORGAN e YEUNG, 2007, 37-41)

Abordando também as teorias de interesse público, mas de forma mais sintética, BALDWIN, CAVE e LODGE dizem que o regulador deve intervir no mercado quando há monopólios naturais e lucros excessivos ou indevidos; externalidades; inadequações no provimento; processamento e disponibilização de informações; requisitos políticos de continuidade e disponibilidade dos serviços; alguma espécie de comportamento anticompetitivo; existência de bens públicos; poderes de barganha muito desbalanceados entre os participantes; escassez e racionamento de recursos ou bens; ou ainda necessidades de racionalização ou de coordenação dos agentes para alavancar a produtividade ou até mesmo para viabilizar uma determinada atividade. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp. 15-24)

As **teorias de interesse privado**⁸, ao contrário das teorias de interesse público, partem da premissa de que a regulação surge de ações dos indivíduos ou de grupos organizados, que atuam junto aos reguladores, motivados pela maximização de seus próprios interesses.

As **abordagens de interesse político privado**⁹ enxergam a regulação como o resultado da interação entre os vários grupos de interesse, cada qual advogando pela entrada

⁷ *Procedural political approaches*

⁸ *Private interest theories*

⁹ *Political private interest approaches*

de seus interesses na agenda dos entes reguladores. Segundo tal visão, os grupos de interesse competem entre si. Para que suas demandas sejam prevaletentes frente às demais, cada um deles deverá se organizar e se mobilizar. Isso gera uma série de custos que, de maneira geral, podem ser considerados como ineficiências para o sistema regulado. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 44-7)

Já as abordagens de **interesse econômico privado** utilizam as análises de custo-benefício aplicadas à ação coletiva. Assim, terminam por concluir que a regulação muito provavelmente refletirá predominantemente as preferências dos grupos politicamente mais fortes e que geralmente têm interesses mais bem definidos e com similaridade a interesses de outros grupos. Assim, essa teoria também conclui que a regulação gera perdas sociais. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 47-51)

As teorias que focam nos interesses privados trazem uma visão mais pessimista da regulação, focando nas chamadas falhas regulatórias, ou falhas de governo, e no problema da captura, quando o regulador passa a agir como se fora um agente do setor regulado.

Por fim, as **teorias institucionalistas**¹⁰ trazem um posicionamento intermediário entre as teorias de interesse público e de interesse privado, reconhecendo que as fronteiras entre os interesses públicos e privados, em que pese uma definição conceitual relativamente simples, na prática, não são claras. Essas teorias têm foco nas organizações formais, nas normas e rotinas por elas seguidas e nos sistemas que com essas organizações interagem. Assim, além de se observar os interesses, públicos ou privados que influenciam a regulação, analisa-se também o funcionamento de cada tipo de organização, as instituições que regem as regras do jogo e a própria dinâmica do ambiente regulado. As principais teorias apontadas por MORGAN e YEUNG são o tripartismo, a teoria do espaço regulatório e a teoria dos sistemas, descritas a seguir. (2007, pp. 53-59)

O **tripartismo**¹¹ é um conceito recente, aplicado em alguns setores específicos, e pode ser sucintamente definido como a política regulatória na qual se promove a formação de grupos de interesses públicos, definidos como associações de agentes não governamentais e também não vinculados diretamente ao mercado regulado, mas com interesse nos resultados da regulação. A participação desses grupos de interesse se dá por

¹⁰ *Institutionalist theories*

¹¹ *Tripartism*

meio de três formas: pelo acesso às informações que são disponíveis ao regulador; pelo direito de participar das negociações entre o regulador e os regulados; e pelo direito de atuar como polo ativo em processos relativos aos regulamentos em questão.

A **teoria do espaço regulatório**¹² enfatiza o lócus em que ocorre a regulação e a dinâmica sistêmica a respeito da formação e priorização de preferências dos atores do setor. Afirma que a regulação é um processo de barganha entre os diversos atores, que muitas vezes são organizações grandes e poderosas. Assim, um aspecto interessante desse modelo é que essas grandes organizações, atoras do ambiente regulatório, não podem ser consideradas como meros objetos da regulação¹³, pois atuam fortemente na elaboração das regulações e, principalmente, sua implementação. A integração de uma grande empresa na implementação de uma determinada regulação é, muitas vezes uma condição essencial para ela ser considerada bem sucedida. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 59-68)

Já a abordagem da **teoria dos sistemas** enfoca nas inter-relações entre os sistemas econômico e político, que geralmente são analisados separada e fragmentariamente. Aponta-se que a regulação falha quando há incongruências consideráveis entre a lei, a política e a sociedade, com uma eventual legalização excessiva da sociedade, ou uma socialização excessiva da lei. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 69-74)

2.3. Instrumentos Regulatórios

Feita a explanação acerca das principais teorias que fundamentam a regulação, passamos a discorrer sobre os principais instrumentos disponíveis para que o regulador cumpra suas funções.

A regulação engloba, de maneira geral, todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, trabalhando com três típicos poderes a ela inerentes: o poder de editar regras, de assegurar sua aplicação e o de reprimir infrações. (ARAGAO, 2013, pp. 26-7)

¹² *Regulatory space theory*

¹³ Usando a terminologia do original, em inglês, *regulation-takers*.

Resgatando as principais funções atribuídas ao Estado moderno, quais sejam, as de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada, a regulação atual tende a se utilizar cada vez mais de instrumentos de planejamento racional, métodos de controle menos restritivos e baseados em incentivos, administração de riscos, técnicas de análises de custo-benefício e de impacto regulatório. (ARANHA, 2014, pos. 703-4; 793)

Especificando melhor, o Estado regulador é visto como um meio termo entre o Estado interventor direto e o Estado totalmente liberal, definindo-se pelo papel de coordenação, de gerenciamento, de controle, de intervenção indireta. Assim, a regulação faz o acompanhamento conjuntural e ponderado de custos, infraestrutura, serviços, bens públicos, tarifas, áreas de cobertura, entre outros. É o acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais mediante opções regulatórias de encaminhamento do setor. (ARANHA, 2014, pos. 1392-1416)

Para cumprir com essas funções, exercendo a regulação direta sobre o setor alvo, os Estados possuem, em regra, uma série de mecanismos, capacidades e recursos típicos para serem utilizados para influenciar, de acordo com seus objetivos, as atividades industriais, econômicas ou sociais.

BALDWIN, CAVE e LODGE introduzem os mecanismos regulatórios utilizados pelos Estados por seis tipos básicos descritos a seguir. Em primeiro lugar, comandar. Por esse termo, referem-se ao uso direto da autoridade legal e a emissão de comandos de lei utilizadas para o atingimento de seus objetivos. É a forma mais direta e tradicional de intervir nas atividades privadas, dada a sua obrigatoriedade. Em segundo lugar, cita-se a utilização de riqueza pública para o desenvolvimento de atividades específicas. Assim, contratos diretos com a iniciativa privada, empréstimos, subsídios e outros incentivos podem ser utilizados para influenciar o comportamento dos agentes. Em terceiro lugar, trazem como forma de atuação a condução do mercado, quando os governos direcionam as forças competitivas para se adequarem ao que consideram o interesse público. O quarto mecanismo tipicamente utilizado na regulação é o provimento de informações. Segundo essa abordagem, a informação é detalhada e disponibilizada estrategicamente, com o fim, inclusive, de fortalecer os consumidores para que estes se posicionem melhor perante o ambiente de mercado do qual fazem parte. Em quinto lugar, os governos podem tomar ações diretas sobre os mercados, inserindo-se no ambiente regulado não com seu poder normativo, mas também como um executor. Finalmente, em sexto lugar, podem ser conferidos os direitos de propriedade aos diversos agentes. Isso

consiste em definir com maior clareza os direitos e regras de responsabilização, antecipando para os agentes do setor as possíveis decisões judiciais, restrições e incentivos para o comportamento. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp. 105-6)

As estratégias regulatórias, conceito mais amplo que os instrumentos regulatórios em si, podem ser compostas de um ou mais instrumentos dentre os citados acima. A estratégia mais comum e mais tradicional de se regular as atividades privadas é conhecida como **Comando e Controle**¹⁴. A essência dessa estratégia é o estabelecimento direto de normas estabelecendo obrigações para os regulados, a fiscalização do cumprimento dessas obrigações, e a aplicação de sanções administrativas e, eventualmente criminais, no caso de se observar o descumprimento. Essa estratégia de regulação tem a grande vantagem de ser diretamente suportada por lei e, por isso, é dotada de executoriedade imediata, possibilitando uma atuação mais rápida. Porém, a estratégia de Comando e Controle é a que apresenta os maiores problemas ao lidar com as características e complexidades da sociedade atual e da gestão pública moderna. Primeiramente, gera um contato entre regulado e regulador que pode resultar no já conhecido problema da captura. Além disso, pode resultar em excessivo legalismo por parte do regulador, afirmando uma tendência de produzir normas mais complexas e inflexíveis do que o adequado.

Outro ponto associado a essa estratégia é uma dificuldade intrínseca ao processo normativo, que é um agente regulador estabelecer parâmetros precisos para a regulação. Destacam também os autores que os custos de fiscalização do cumprimento das regras não são pequenos, sendo muitas vezes um fator impeditivo para que a regra estabelecida seja aplicada na prática. Finalmente, a complexidade e o custo de adequação às regras podem acabar promovendo o “cumprimento criativo das regras”¹⁵, que é uma prática de o regulado não se comportar de maneira conforme ao que o regulador desejava quando escreveu a norma, porém de uma maneira que não descumpra a regra. Ou seja, a regra é, se analisada em sua literalidade, cumprida, mas esse cumprimento não garante que o intento principal da regulação seja devidamente observado. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp. 106-11)

Dados os problemas essenciais relacionados à estratégia de Comando e Controle, outras estratégias de regulação vêm sendo desenvolvidas na administração

¹⁴ *Command and control*

¹⁵ *Creative compliance*

pública moderna. A primeira delas é a estratégia de **Regulação Baseada em Incentivos**¹⁶, na qual o regulador estabelece um conjunto de taxas, ou desenvolve sistemas de subsídios advindos dos cofres públicos, de forma que esses custos e benefícios fazem com que o agente, potencial causador do comportamento adverso ao desejado pelo regulador, seja induzido a se portar de maneira mais aderente ao interesse público. Essa estratégia costuma gerar regulações com menor grau de discricionariedade por parte do regulador sobre as soluções técnicas e gerenciais das empresas reguladas e, conseqüentemente, deixam a gestão da empresa mais propriamente a cargo de seus gestores. Porém, tal estratégia não é isenta de problemas. As regulações baseadas em incentivos costumam não ser simples, e comumente interagem com normativos mais gerais e sistemas complexos como, por exemplo, o sistema tributário, além de gerarem algumas perplexidades adicionais nos mecanismos de inspeção e aplicação dos regulamentos. Além disso, essa estratégia, devido ao tempo necessário para os agentes perceberem o novo sistema de incentivos adequarem seus comportamentos, costuma não trazer mudanças imediatas, gerando um lapso temporal entre a elaboração da regulação e a percepção de seus efeitos. Finalmente, há uma dificuldade natural em se prever com alguma precisão os reais efeitos de um novo sistema de incentivos, uma vez que é comum que os agentes regulados encontrem soluções de cumprimento e de adequação aos incentivos diferentes do que os previamente imaginados pelo regulador. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp.112-4)

Outra estratégia é o estabelecimento de **Controles de Direcionamento do Mercado**¹⁷, na qual são utilizadas as leis de competição e antitruste para manter os níveis de competição adequados, de forma a assegurar que o mercado proveja serviços adequados ao interesse público. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 114)

Pode-se falar também na **Atuação Direta**¹⁸ por parte do Estado regulador para o mercado.

Finalmente, há a estratégia da **Abertura de Informações**¹⁹, na qual a agência reguladora proíbe o fornecimento e a divulgação de informações falsas ou que possam confundir o cidadão. Ainda, esse tipo de regulação também pode requerer que o provedor

¹⁶ *Incentives-based regimes*

¹⁷ *Market-Harnessing Controls*

¹⁸ *Direct Action and Design Solutions*

¹⁹ *Disclosure Regulation*

de um determinado serviço regulado publique, obrigatoriamente, uma série de informações para o público interessado.

Apontamos que geralmente a estratégia de Abertura de Informações costuma ser mais eficaz, gerando melhores resultados, nas situações a seguir. Primeiramente, quando as informações providas podem ser processadas e absorvidas pelo público interessado a um custo razoável. Ainda, é importante que os riscos associados às decisões produzidas pelo uso da informação sejam verificáveis e que o mal uso da informação não conduza a resultados potencialmente catastróficos. Dessa forma, se a diferença entre produtos de alta e baixa qualidade for muito acentuada, e de forma que não seja fácil para o consumidor avaliar todos os riscos, a simples abertura e divulgação de informações pelo provedor do serviço apresenta-se como medida claramente ineficaz para a regulação. Finalmente, deve-se considerar o custo de produção das informações que se tornarão obrigatórias, pois este pode ser alto, tornando a regulação ineficiente. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp. 120-1)

Com uma abordagem mais focada na teoria econômica, DUDLEY e BRITO listam como instrumentos típicos de regulação econômica o controle de preços, por meio do qual o governo estabelece preços máximos ou mínimos que podem ser cobrados por um determinado produto; o controle de quantidade, por meio do qual o regulador estabelece o número máximo de unidades que podem ser produzidas por uma determinada firma; o controle de qualidade dos serviços prestados, por meio do qual o Estado estabelece padrões de produção ou características do produtos e serviços a serem atendidos pelos produtores; e o controle do número de firmas no setor, geralmente estabelecido por meio de licenças para operar. (DUDLEY e BRITO, 2012, p. 66)

Ainda falando de um ponto de vista econômico, os autores apontam que um dos ideais da regulação é, dado um determinado mercado imperfeito, criar um conjunto de regras que façam com que ele se comporte de forma semelhante ao esperado caso fosse uma competição perfeita. (DUDLEY e BRITO, 2012, p. 66)

O outro tipo de regulação é o que os autores tratam pelo nome de regulação social, que geralmente endereça as questões de saúde, segurança, seguridade e meio ambiente. Em regra, a justificativa econômica para tal tipo de regulação está relacionada à existência de assimetrias informacionais e, para sua compreensão, o conceito de risco é fundamental. Destacam-se duas análises típicas que tratam da questão de riscos na regulação dos mercados. Primeiramente, fala-se na avaliação dos riscos, na qual o regulador

se utiliza de uma série de informações e dados históricos sobre as características da atividade regulada para identificar e definir os efeitos da exposição ao risco. Em segundo lugar, fala-se do processo de gestão dos riscos propriamente dito, que envolve a comparação das diversas possibilidades técnicas e políticas, e a consequente escolha daquela considerada mais apropriada. (DUDLEY e BRITO, 2012, p. 77-84)

Complementando, os autores destacam que, do ponto de vista da regulação social, as alternativas principais são, inicialmente, a de determinar alguma solução técnica específica, as que estabelecem um padrão de performance a ser atingido, incentivos econômicos pelo cumprimento de uma meta estabelecida de desempenho, a definição dos direitos de propriedade e o estabelecimento da obrigação de informar. Ainda, afirmam que a tendência observada para a regulação social é uma diminuição daquelas estratégias que determinam características do produto ou soluções técnicas específicas, por serem excessivamente prescritivas, aumentando as que vêm perdendo espaço para as outras formas de regulação. (DUDLEY e BRITO, 2012, pp. 84-6)

MORGAN e YEUNG apontam para a existência de cinco instrumentos regulatórios básicos: comando, competição, consenso, comunicação e código²⁰. Cada um será brevemente analisado a seguir. (2007, p. 80)

Assim como na descrição de BALDWIN, CAVE e LODGE, o **Comando** se refere àqueles mecanismos que envolvem a promulgação de uma regra legal proibindo uma determinada conduta, regra esta que é sempre suportada por uma sanção legal coercitiva, no caso de descumprimento. Esse tipo de instrumento geralmente concentra seus custos sobre aqueles agentes cujo comportamento será diretamente afetado pelo estabelecimento da norma.

Já os mecanismos de **Competição** são aqueles que encorajam um comportamento desejado pelo regulador por outros incentivos que não a coação da norma legal. A grande vantagem desse tipo de mecanismo, segundo as autoras, está em que, apesar de serem estabelecidos por um conjunto de regras complexas e por vezes muito detalhadas, os incentivos econômicos são desenvolvidos como um parâmetro de desempenho dos agentes, dando liberdade para que os regulados desenvolvam seus próprios métodos para se chegar aos resultados almejados, propiciando assim a inovação tecnológica.

²⁰ *Command, Competition, Consensus, Communication and Code.*

Mecanismos de **Consenso** são aqueles que envolvem a formação de parcerias cooperativas entre regulados e reguladores, atores estatais e privados, de forma a orientar o comportamento social desejado.

Os mecanismos de **Comunicação** são aqueles que objetivam persuadir e educar os membros da comunidade regulada. Além de ações educativas, a estratégia de Comunicação também pode ter por foco o compromisso dos agentes regulados em informar de forma mais transparente o público consumidor de seus produtos e serviços, de forma que esse público tome decisões de utilização e consumo de forma mais consciente e informada.

Por fim, as autoras remetem a mecanismos de **Código**, identificados por eles como ações diretas do governo para eliminar ou reduzir a possibilidade de violação da conduta almejada. O exemplo dado é a instalação de um quebra-molas em uma avenida, impossibilitando por um meio físico o tráfego de automóveis a alta velocidade, em vez de tentar regulá-la por meio da imposição de um limite de velocidade associado a uma multa para quem descumprir. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 80-105)

2.4. Escolha e Avaliação dos Instrumentos Regulatórios

Após discorrer sobre os principais conceitos vinculados à regulação, suas características principais, teorias, instrumentos e estratégias aplicáveis, voltamos a atenção para o problema dos critérios para a escolha da política regulatória aplicada ao caso concreto e avaliação de sua aplicação.

Para identificar critérios de escolha de qual instrumento regulatório se aplica melhor a cada mercado específico, aludimos novamente a FOUCAULT e seu ensaio sobre o liberalismo e a regulação moderna, quando o autor defende que a aplicação da lei e da regulação têm por finalidade obter um grau de conformidade com a regra do comportamento prescrito que a sociedade acredita poder se proporcionar, levando-se em conta o fato de que a aplicação da lei e sua fiscalização, por si, são dispendiosos. (*Journal of Political Economy*) (FOUCAULT, 2008, p.350)

Retomando esse argumento, de que o objetivo principal de qualquer política regulatória é o cumprimento dos padrões estabelecidos, fazendo com que o mercado regulado funcione de maneira melhor do que o mesmo mercado sem a regulação,

MORGAN & YEUNG trazem uma série de cinco princípios regulatórios, no sentido da escolha dos instrumentos da regulação.

Primeiramente, devemos nos lembrar de que cada instrumento regulatório tem uma série de vantagens e desvantagens, sendo que geralmente não é suficiente a aplicação de apenas um mecanismo isoladamente. Assim, o primeiro princípio é que o regulador deve se utilizar de um pacote de mecanismos que atuem conjuntamente, com as características de um complementando as dos outros. Em segundo lugar, as autoras sugerem a utilização de medidas menos interventivas, sempre que possível. Assim, o regulador consegue focalizar melhor os seus objetivos de desempenho regulatório, sem interferir na gestão do agente regulado. Em terceiro lugar, e bem relacionado ao princípio anterior, o regulador deve se utilizar primeiramente de instrumentos mais brandos e, no caso desses instrumentos falharem, partir para os instrumentos de caráter mais punitivos²¹. Em quarto lugar, deve-se, na medida do possível, incluir e "empoderar" os participantes do mercado para atuarem como se fossem representantes informais do regulador, pois, em várias situações, estão em posição melhor do que o próprio regulador para exercer uma série de tarefas necessárias ao cumprimento das normas. Por fim, e em quinto lugar, recomenda-se a busca por soluções ganha-ganha na relação entre regulador e regulado, evitando uma cultura conflitiva entre ambos e buscando os objetivos comuns. Destaque-se que, quando a comunidade regulada age de boa-fé, é esperado que o bom funcionamento do mercado seja um objetivo comum entre regulados e reguladores. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 128)

Toda essa discussão remete aos conceitos de *compliance* e *enforcement*²², ou seja, a capacidade do sistema de que as regulações sejam efetivamente cumpridas e postas em prática.

Costuma-se associar o conceito de *enforcement* de normas e padrões estabelecidos pela regulação a um sistema de fiscalização no qual um agente, investido de poder público torna-se responsável por monitorar os regulados e o cumprimento desses padrões de comportamento, investigando atitudes suspeitas e tomando ações contra aqueles que violarem as condutas prescritas em lei. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 151)

²¹ É o conceito da pirâmide do *enforcement*, que será tratada em mais detalhes posteriormente.

²² *Enforcement* traz como traduções típicas o "fazer cumprir" a lei, aplicar a lei, impor a lei ao seu público alvo. Entendemos que não há uma palavra em português que capture exatamente esses conceitos de forma satisfatória, sendo utilizado o termo em inglês ao longo do texto.

Para que os objetivos finais da regulação sejam cumpridos, IAN AYRES e JOHN BRAITHWAITE, em "*Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*", destacam que é necessário um compromisso, uma atuação conjunta dos esforços persuasivos e dos punitivos na regulação. Segundo eles, "rejeitar os instrumentos punitivos da regulação é uma estratégia ingênua, porém se utilizar tão somente deles é conduzir a uma Carga da Brigada Ligeira²³". (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, pp. 25-6)

Assim, as ações de *enforcement* não devem se restringir aos procedimentos relacionados à detecção e punição de desrespeito às normas regulamentares, mas deve também incluir outras técnicas como o treinamento e a conscientização, as advertências, a persuasão e a negociação. Pelo lado do regulado, por sua vez, deve-se analisar o cumprimento das normas não apenas como um evento, mas como um processo contínuo. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 150-1)

Pode-se então, remeter, ao conceito, também de AYRES e BRAITHWAITE, da **Pirâmide do *Enforcement***, conforme Figura 1, abaixo.



Figura 1: a Pirâmide do *Enforcement*.

²³ *The Charge of the Light Brigade* foi uma manobra catastrófica do exército inglês, comandada por Lord Cardigan em 1854 na Batalha de Balaclava, na Guerra da Crimeia. Nessa ocasião, a Brigada Ligeira foi conduzida a um terreno extremamente desfavorável contra uma tropa russa bem posicionada e bem preparada, resultando na total ineficácia e consequente perda de uma das mais eficientes forças disponíveis à Inglaterra naquela guerra. A analogia com a regulação punitiva, neste caso, fica clara.

Fonte: adaptada de AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 35.

Nesse arranjo conceitual, é estabelecida uma sequência de possibilidades de atuações regulatórias, com as mais brandas abaixo das mais restritivas e punitivas. Nessa lógica está todo o conceito da **Regulação Responsiva**²⁴, defendendo que a regulação atua com eficiência máxima e o cumprimento das normas se torna mais provável quando o regulado sabe que a agência opera explicitamente de baixo para cima da pirâmide, utilizando inicialmente as ações mais brandas, escalando para as mais punitivas sempre que elas se mostrarem ineficazes.

Expandindo o conceito da Pirâmide do *Enforcement*, que é um conceito próprio da relação entre o regulador e um regulado, foi desenvolvida pelos mesmos autores a Pirâmide das Estratégias de *Enforcement*, aplicável à relação do regulador para com o mercado regulado como um todo. Essa pirâmide é representada na Figura 2, abaixo.



Figura 2: a Pirâmide de Estratégias de *Enforcement*.
Fonte: adaptada de AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 39.

Como já dito, o conceito dessa segunda pirâmide²⁵ é similar ao da primeira. Segundo tal lógica, a regulação de um determinado mercado deve sempre se iniciar por

²⁴ *Responsive Regulation*

²⁵ Importante apresentar os termos em inglês, originais dessa pirâmide: *self-regulation, enforced self-regulation, command regulation with discretionary punishment, command regulation with non-discretionary punishment.*

meio da autorregulação, o nível inferior da pirâmide, e, caso os resultados não se mostrem satisfatórios, escala-se para cima até o grau máximo de intervenção regulatória, qual seja, a regulação de Comando e Controle com sanções previstas em regulamento e que, se detectadas geram para o regulador o poder-dever de punir. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp. 259-61)²⁶

Cumpra também destacar que as pirâmides propostas não são conceitos isentos de críticas. Destacam-se na literatura duas críticas principais. Primeiramente, quando a regulação trata de riscos catastróficos a serem controlados, pode não ser aceitável o conceito de escalar os riscos pela pirâmide no caso de descumprimento, pois, para tais riscos, o ideal é não deixar margem para que tais eventos ocorram, iniciando a regulação já diretamente nos níveis superiores, mais punitivos.

A segunda crítica, de matiz também prático, afirma que, uma vez que as sanções mais fortes já foram adotadas e o regulado ajustou sua conduta, é importante descer o nível na pirâmide, voltando a aplicar uma regulação mais branda. No entanto, nem sempre é fácil descer pela pirâmide, uma vez que sanções punitivas tendem a comprometer negativamente o relacionamento entre regulados e reguladores, gerando um ambiente de desconfiança que não se resolverá com sanções mais brandas. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 261)

Seguindo uma outra abordagem a respeito da escolha dos instrumentos regulatórios a serem utilizados, para BALDWIN, CAVE e LODGE, o processo regulatório é definido por uma série de etapas que passam por esse processo de análise, escolha e avaliação. Os autores utilizam o acrônimo DREAM para designar a sequência detecção, resposta, *enforcement*, análise e mudanças.

Na fase de detecção, o regulador observa o mercado regulado e colhe informações acerca de práticas indesejáveis e de descumprimento das normas estabelecidas. Verificado então um nível de descumprimento ou de práticas indesejáveis que não seja adequado, o regulador entra na fase de resposta, na qual ele estuda e desenvolve políticas, regras e ferramentas para lidar com os problemas identificados. Segue-se com a publicação das regras e desenvolvimento das ferramentas adequadas, passando-se ao seu *enforcement* propriamente dito. Fase importante e comumente deixada de lado pelos reguladores é aquela

²⁶ Vale destacar, nesta discussão acerca das estratégias presentes na pirâmide, que o terceiro nível, de regulação por Comando e Controle sem estabelecer para o regulador a obrigatoriedade de punir, é uma mais aplicável ao direito anglo-saxão do que ao direito brasileiro, uma vez que a lei brasileira tenta, por princípio em matéria sancionatória, restringir ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos.

posterior ao *enforcement*, na qual o poder público avalia a efetividade das medidas adotadas, verificando se tais regras o fizeram se aproximar do funcionamento do mercado inicialmente almejado pela regulação. Finalmente, identificando-se que as regras não surtiram os efeitos almejados, ou pelo menos não no grau adequado, parte-se para a fase de modificação e aprimoramento das regras, políticas e ferramentas desenvolvidas, com o fito de gerar maior cumprimento por parte dos agentes regulados e endereçar corretamente o comportamento identificado como problemático. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 227)

Cumprir ressaltar que, ao longo de toda essa cadeia de detecção, resposta, *enforcement*, análise e melhoria, o regulador geralmente enfrenta bastante dificuldade em identificar, receber e processar informações sobre o descumprimento, principalmente quando a comunidade regulada é composta de muitos e variados agentes, e quando evadir as normas e se utilizar do "cumprimento criativo" é relativamente barato. Além disso, definir de forma precisa e mensurar o que é o cumprimento de uma norma nem sempre é fácil como aparenta ser. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 228)

Complementarmente e de acordo com o conceito da Regulação Responsiva, acima, o regulador deve estabelecer os tipos e níveis adequados de *enforcement* considerando os custos associados, uma vez que esses custos são geralmente elevados, a gravidade das sanções aplicadas aos regulados após a ação fiscalizatória e as probabilidades de detecção de condutas passíveis de ação por parte do regulador. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 193)

Após essa análise, algumas perguntas surgem naturalmente. Quando o regulador deve intervir? No caso de escolher por intervir, com que intensidade deverá intervir no mercado? Como deve ser a norma regulatória? Finalmente, como avaliar se tal norma surtiu o efeito esperado?

Respondendo à primeira questão, o regulador deve observar o mercado regulado e, assim, pode tomar medidas de acordo com o comportamento observado. Primeiramente, pode tomar ações de forma preventiva, de forma a evitar que um determinado ato ou situação perigosas se concretizem. De forma imediata, pode ser instado a tomar ações como resposta a comportamentos do regulado que criaram situações perigosas. E de forma ainda mais reativa, a ação pode ser tomada apenas após a realização do perigo. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 243)

No que diz respeito à intensidade com que um regulador intervém, deve-se lembrar que as intervenções regulatórias estão associadas a custos para o regulador e para o regulado, que se traduzem em perdas econômicas para a sociedade como um todo. Ainda, na sociedade de risco moderna, não há viabilidade, ou mesmo possibilidade, em se eliminar completamente os riscos de uma determinada atividade. Assim, o regulador deve buscar uma quantidade de intervenção que, à maneira clássica dos cálculos econômicos, atinjam um equilíbrio entre os custos adicionais de se melhorar o perfil de riscos de uma atividade e os seus benefícios. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 247)

Dessa forma, o grau de detalhamento e precisão de uma dada normatização possui também uma série de custos e benefícios associados. Esses, podem ser subdivididos em quatro categorias. Primeiramente, há o benefício associado à própria taxa de cumprimento do regulamento. Assim, uma regra mais precisa geralmente tem o condão de aumentar o grau de cumprimento por parte dos regulados e, em contrapartida, reduzir os custos associados à identificação de descumprimentos e de investigação de regulados que tentam camuflar do aparato fiscalizatório seus eventuais comportamentos inadequados. E segundo lugar, ao se aumentar a clareza e a transparência de uma regra, há uma tendência natural de se reduzir a "sub-inclusão" e a "superinclusão"²⁷ da regra. Tais fenômenos referem-se à adequação entre o público ao qual a regra na prática é aplicável e o público que se pretendia influenciar por meio dessa regra. Em terceiro lugar, deve-se lembrar que o estabelecimento de uma regra com maior precisão está comumente associado a uma série de custos de se obter e analisar as informações. Por vezes, essas informações devem ser obtidas por meio dos próprios regulados que, portanto, devem colaborar com o regulador no fazimento da norma. Isso, por si, pode estar também associado a uma série de custos de se negociar e de se assegurar a cooperação entre os participantes do processo de normatização. Finalmente, em quarto lugar, deve-se lembrar que os custos de se aplicar a regra na prática aumentam à medida em que a regra é menos inteligível ou acessível aos regulados, e diminuem com sua maior precisão, clareza, transparência e acessibilidade. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 162-3)

Finalmente, cabe perguntar como podemos avaliar se uma determinada regulação é boa. Voltando aos conceitos que fundamentam o tema, BALDWIN oferece uma proposta em que se avaliam cinco aspectos de uma estrutura regulatória qualquer, antevendo sua capacidade de produzir regulação de qualidade. O primeiro ponto a se analisar é se a

²⁷ *Over- and under-inclusiveness of the rule.*

regulação posta em prática tem suporte em alguma autorização legal direta, conferida pelo Poder Legislativo. Isso porque os órgãos reguladores, técnicos por natureza e não submetidos ao processo democrático e eleitoral tradicional, carecem de legitimidade direta. Havendo a autorização legislativa, mitiga-se em parte o chamado déficit de legitimidade enfrentado pela regulação. Em segundo lugar, pergunta-se se há algum arranjo institucional ligado ao órgão regulador que garanta sua responsabilização e seu processo de prestação de contas aos interessados²⁸. Em terceiro lugar, verifica-se se o processo de feitura da regulação é justo, acessível, aberto e transparente aos interessados. Busca-se, dessa forma, uma legitimação por meio do procedimento, salvaguardando a participação do público interessado e também reduzindo o já comentado déficit de legitimidade dos órgãos reguladores. Em quarto lugar, questiona-se se o órgão responsável pela regulação conta com um corpo dotado de expertise técnica e se é reconhecido por possuir o conhecimento necessário para empreender tal atividade. Por fim, verifica-se se o regime regulatório escolhido tem sido implementado com eficiência, isto é, se vem trazendo os resultados adequados a um custo razoável. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, p. 27)

Uma outra avaliação prévia do nível de cumprimento esperado de uma determinada regulação foi proposta pelo Ministério da Justiça do governo holandês, denominada *Table of Eleven*. Trata-se de um questionário que aborda temas como o contexto institucional e regulatório e as características do regulado e da própria regulação que está sendo proposta. Essa avaliação é descrita de forma sucinta na tabela abaixo. (BALDWIN, CAVE e LODGE, 2013, pp.237-8)

Elemento	Descrição
1. Conhecimento da norma	Descreve a familiaridade prévia da comunidade regulada com a norma e a clareza com que ela foi formulada
2. Custos e benefícios	Avaliação se os benefícios superam os custos, incluindo os intangíveis, para a comunidade regulada.

²⁸ O termo em inglês utilizado, e de difícil tradução, é *appropriate scheme of accountability*.

3. Aceitação da política regulatória	Descreve o quanto os objetivos da política regulatória e seus efeitos são aceitos pelos regulados.
4. Respeito à Autoridade	Descreve o prestígio legal ou técnico da agência reguladora perante a comunidade regulada.
5. Existência de controles não oficiais	As normas tendem a ser mais cumpridas quando há outros controles, como por exemplo, controle por parte dos consumidores e da sociedade em geral.
6. Risco do descumprimento ser delatado	Se outros, além do regulador, podem identificar e delatar os descumprimentos.
7. Risco de sofrer uma inspeção	Quanto mais presente o regulador, por meio de fiscalizações, mais o regulado tende a ajustar sua conduta.
8. Risco do descumprimento ser detectado	Dada a existência de uma inspeção, é o risco de o regulador, durante a mesma, identificar o descumprimento.
9. Seletividade	Risco de uma detecção por parte dos seus concorrentes.
10. Risco de ser punido	Dada a detecção do descumprimento, é o risco de sofrer uma punição.
11. Severidade da punição	Dada a decisão de o regulador punir o regulado, qual será a intensidade da sanção.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1. Conceitos introdutórios da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito, também denominada de Direito e Economia, pode ser considerada, basicamente, a utilização de técnicas econômicas para o entendimento de institutos jurídicos. Tal aplicação é muitas vezes assunto controverso, pois muitas vezes o jurista, estudioso das ciências sociais e humanas, traz consigo o paradigma de que a modelagem matemática e analítica, fortemente utilizadas na Análise Econômica do Direito, não são adequadas àquele tipo de ciência.

Tais críticas merecem consideração. Por esse motivo, iniciamos a análise deste capítulo com alguns conceitos básicos e trazemos a análise feita por RICHARD POSNER em sua obra clássica, "*Economic Analysis of Law*", que trata com profundidade o tema.

O autor traz como abertura de sua obra, em sua primeira frase, o trecho que trazemos no original:

This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students - even very bright ones - have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems. (POSNER, 2014, p. 3)

Importante observar os detalhes dessa citação, com as várias nuances que o autor quis destacar. Em primeiro lugar, o autor traz uma premissa básica de sua análise, que é uma convicção de que as técnicas e modelos econômicos são um instrumento útil e poderoso para a compreensão e análise de uma série ampla de questões jurídicas. Controvérsias à parte, o autor deixa claro que essa é uma premissa, um ponto de partida. Um eventual leitor que parta do princípio de que ferramentas econômicas não são úteis para o entendimento de questões jurídicas provavelmente não apreciará o livro de POSNER, discordando de seus métodos e, conseqüentemente, da própria validade das conclusões sobre os diversos institutos jurídicos. Neste ponto, cabe ressaltar que esta Monografia parte do mesmo princípio de POSNER, e no restante deste trabalho, estudará uma série de conceitos e métodos desenvolvidos no campo das ciências econômicas para chegar a conclusões sobre institutos jurídicos, no caso mais específicos, para o estudo do Direito Regulatório, principalmente no que diz respeito às políticas de *enforcement*.

Em seguida, e de forma bastante relacionada aos pontos já descritos, POSNER destaca que grande parte dos juristas, inclusive alguns dos mais brilhantes, não possuem um

treinamento adequado nas técnicas econômicas e de modelagens matemáticas, tornando a Análise Econômica do Direito um ramo praticamente inacessível a eles. Ainda, o autor destaca que os cursos universitários de direito trazem, em regra, apenas cursos introdutórios de economia, que fazem o estudante de Direito pensar sobre o efeito de um aumento de preço sobre a demanda de um produto, ou do aumento da taxa de juros sobre a produção agregada de um país. Mas que esses cursos introdutórios não deixam a menor pista, mesmo para os alunos mais interessados, de como essa mesma análise pode ser utilizada para avaliações de políticas públicas e questões jurídicas complexas como a análise sobre o direito fundamental da liberdade de expressão, sobre a criminalidade ou sobre a validade de um casamento homoafetivo, por exemplo. (POSNER, 2014, p. 3)

Feitas essas considerações iniciais básicas, e partindo da mesma premissa de POSNER na abertura de sua obra, começamos por descrever alguns elementos das ciências econômicas que fundamentam a Análise Econômica do Direito.

Primeiramente, devemos lembrar que a Economia pode ser definida de forma mais ampla como a ciência que estuda as escolhas racionais de agentes em um mundo em que os recursos são limitados, ao passo que as vontades e necessidades humanas são ilimitadas. (POSNER, 2014, p. 3)

POSNER passa então a endereçar uma série de críticas normalmente feitas à Análise Econômica. Primeiramente, defende que a maximização racional não pode ser confundida com um cálculo consciente. Ou seja, ao dizer que um agente se comporta de forma racional, não se está dizendo que em algum momento esse agente se senta em seu escritório e desenvolve uma série de cálculos matemáticos para decidir sobre seu curso de ação. Para o autor, um comportamento é racional simplesmente quando os resultados observados desse comportamento estão de acordo com o modelo de escolhas racionais, independentemente do estado mental do agente e o seu grau de consciência no momento de sua tomada de decisão. Como exemplo, pode-se apontar que vários comportamentos de animais, inclusive animais sem sistema nervoso central, como as bactérias, são bem modelados, devido a seus resultados, ao modelo da escolha racional. (POSNER, 2014, p. 3)

Por outro lado, respondendo à outra crítica diametralmente oposta, POSNER destaca que a premissa de que os agentes econômicos são tomadores de decisões racionais é apenas um ponto de partida de análise. Como todo modelo matemático, é apenas uma aproximação, e quando se observa a realidade é certo que se notarão desvios entre o comportamento previsto pela teoria e o comportamento real. (POSNER, 2014, p. 4)

Por fim destaca que mesmo os seres humanos que podem ser considerados por seus pares como normais, agentes completamente funcionais, não são racionais a todo momento. Por mais difícil que seja analisar o comportamento humano a partir de modelos, o importante para esse tipo de análise é considerar que as pessoas agem respondendo a incentivos. E essa pode ser interpretada como a maior força da Análise Econômica. (POSNER, 2014, p. 4)

HIRSCH, por sua vez, destaca que a lei, do ponto de vista da Análise Econômica, pode ser vista como um contrato entre a pessoa que é o destinatário da lei e o governo, que vai adjudicar o contrato e garantir sua fiel execução para a parte e terceiros porventura envolvidos. (HIRSCH, 1988, p. 1)

Para ele, um dos problemas da análise jurídica que geralmente se faz é que juristas tendem a focar a lei com uma visão muito autocentrada no Direito, em termos da estrutura original do sistema legal, sem se preocupar seriamente com outros sistemas sociais que com ela interagem, como, por exemplo, o sistema social, o sistema político e o sistema econômico. (HIRSCH, 1988, p. 3)

Em seguida, o autor destaca três pontos que considera como potenciais interfaces potencialmente promissoras para a colaboração entre as ciências jurídicas e as econômicas.

Primeiramente, a Economia pode ser utilizada para auxiliar o Direito na formulação de leis e de políticas públicas, desde que esteja claro o objetivo que o regulador ou o legislador pretendem atingir por meio de seu ato normativo. Em segundo lugar, as ferramentas econômicas podem ajudar o jurista a avaliar os prováveis impactos das políticas traçadas, por meio da modelagem empírica e microeconométrica, testando as hipóteses previamente aventadas. Finalmente, as abordagens neoinstitucionais para a formulação de regras deslocam o tradicional foco da análise social para as transações entre os agentes como a unidade básica de análise. (HIRSCH, 1988, p. 4)

COOTER e ULEN, por sua vez, entendem a lei como uma obrigação apoiada por uma sanção estatal. A Economia, por sua vez, vem proporcionando uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Nessa teoria econômica, os agentes econômicos são vistos como maximizadores racionais: os consumidores, por meio de suas decisões sobre o que e quanto comprar, maximizam sua utilidade, que tem como restrição seu orçamento; as empresas, por sua vez, maximizam lucros, tendo como

restrição as tecnologias de produção disponíveis; e por fim, os políticos tentam maximizar a quantidade de votos recebidos nas eleições. Outra premissa básica para a Análise Econômica do Direito é de que as interações entre os diversos agentes econômicos tendem a um equilíbrio, geralmente atingido por meio do mecanismo de mercado. (COOTER e ULEN, 2010, pp. 35-8)

3.2. Teoria dos Jogos

Segundo DREW FUDENBERG e JEAN TIROLE, os primeiros estudos relacionados à Teoria dos Jogos são da literatura econômica, assentados em trabalhos de Cournot, em 1838, Bertrand, em 1883, e Edgeworth, de 1925, nos estudos sobre a determinação de preços e quantidades de produção em oligopólios. A Teoria dos Jogos descrita de forma mais geral, veio com o livro de 1944 escrito por JOHN VON NEUMANN e OSKAR MORGENSTERN, "*Theory of Games and Economic Behavior*". Neste ousado escrito, se propôs que praticamente todas as questões econômicas poderiam ser analisadas por meio de jogos. Posteriormente, JOHN NASH trouxe o conceito de um equilíbrio, denominado em sua homenagem de Equilíbrio de Nash, que passou a ser um conceito fundamental na análise de jogos de maneira geral. (FUDENBERG e TIROLE, 1991, pp. xviii-xix)

De maneira direta, a Teoria dos Jogos lida com a análise geral de interação estratégica, que é a interação entre dois ou mais agentes cujos comportamentos possuem interdependências entre si e, portanto, antes de decidir qual estratégia irá adotar, cada agente tenta antever qual estratégia será adotada pelos outros jogadores que com ele interagem. (VARIAN, 2006, p. 543)

BAIRD, GERENTER e PICKER definem o comportamento estratégico como aquele no qual dois ou mais indivíduos interagem e a decisão cada indivíduo dependerá do que eles esperam que os outros jogadores façam. A esse comportamento dá-se o nome de interação estratégica. Simplificando, as ações de cada jogador podem variar conforme as expectativas que cada um tem sobre as ações dos outros jogadores naquela situação. (1998, p. 1)

Da mesma forma que qualquer outra ferramenta de modelagem econômica ou matemática, a Teoria dos Jogos trabalha a partir de uma simplificação de uma dada situação social e deixa de lado uma quantidade de detalhes que são considerados irrelevantes para a compreensão dos principais elementos do problema que se quer analisar. Assim, o que está no fundamento da análise econômica em geral, e da Teoria dos Jogos em particular, é um modelo que simplifique a realidade por meio de um arranjo mental que, com o mínimo de elementos possíveis, capture a essência do fenômeno sob escrutínio (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 7)

A forma normal de um jogo, também conhecido como sua forma estratégica, consiste de três elementos. O primeiro desses elementos são os próprios jogadores. Para cada situação que se queira analisar utilizando essa modelagem, devem ser identificados, no mínimo, dois agentes que atuarão de maneira interdependente, ou seja, as ações de um têm consequências sobre os demais. O segundo elemento são as estratégias disponíveis para cada um dos jogadores, ou seja, o curso de ação que cada um deles poderá adotar. Por fim, a matriz completa de resultados esperados²⁹, ou seja, uma descrição da utilidade esperada para cada jogador, para cada combinação de possíveis estratégias caso essas sejam as escolhidas para cada jogador. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, pp. 7-8)

Assim, a premissa fundamental da Teoria dos Jogos é semelhante ao da Análise Econômica do Direito, qual seja, a de que os indivíduos fazem suas escolhas de forma racional, no sentido de que eles consistentemente preferem os resultados mais vantajosos para si, com maior nível de utilidade para si, do que os piores, que trarão menor utilidade. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 11)

Um exemplo dado pelo autor ajuda a entender como funcionam os modelos básicos utilizados em Teoria dos Jogos, e sua interação com o Direito. Reproduziremos aqui brevemente este exemplo.

Trata-se de uma situação hipotética na qual os atores são um motorista de carro e um pedestre. Ambos têm as mesmas estratégias possíveis: agir com cautela ou agir sem cautela. Os resultados, por sua vez dependem de como cada ator decide jogar e, neste caso, de como o sistema legal atribui a responsabilização no caso de acidentes. Os resultados para cada ator levam em conta os seguintes parâmetros: o custo do acidente é \$100 e o acidente sempre acontecerá caso qualquer dos dois atores aja sem o devido cuidado. Mesmo no caso

²⁹ *payoffs*

de ambos tomarem todos os cuidados possíveis, há ainda 10% de chance de que o acidente ocorra. Finalmente, o custo de tomar cuidado é de \$10 para cada ator, caso este decida agir com cuidado.

O exemplo hipotético traz quatro possíveis políticas legislativas de alocação de responsabilidades no caso de ocorrência de acidentes. A primeira é deixar com que o custo sempre recaia sobre o pedestre. A segunda, que a responsabilidade seja sempre do motorista. A terceira, de que a responsabilidade fique com o motorista somente quando este agir com negligência e o pedestre tenha agido com prudência. A quarta, de que a responsabilidade fique com o pedestre somente quando este agir de forma negligente.³⁰

Com essas informações, podemos calcular os resultados esperados para cada ator, conforme forem adotadas cada uma das possíveis estratégias e sob cada regime de alocação da responsabilização. Importante notar que os custos para o pedestre dependem da estratégia adotada não somente por ele, mas também de qual estratégia foi tomada pelo motorista. Da mesma forma, os custos para o motorista também dependem das ações que foram tomadas pelo pedestre.

Com os resultados dispostos em matrizes, a Teoria dos Jogos traz métodos de identificar quais estratégias serão adotadas pelos atores em cada cenário. Apontamos as matrizes resultantes dos quatro regimes de responsabilidade com aqueles parâmetros apontados, e na célula destacada uma previsão do equilíbrio encontrado à luz da Teoria dos Jogos. Para a leitura das matrizes, ressaltamos que o primeiro número em cada célula diz respeito ao custo para o pedestre e o segundo o custo para o motorista.³¹

³⁰ Na mesma sequência, destacamos os termos originais que dão os nomes dos regimes de responsabilidade no texto: *no liability*, *strict liability*, *negligence with contributory negligence*, *strict liability with contributory negligence*.

³¹ De forma a exemplificar como se chegam a esses resultados, as contas são feitas da seguinte maneira: o custo de tomar cuidado, caso esta seja a estratégia adotada pelo agente, somado ao custo da responsabilidade, caso esta seja alocada àquele agente segundo o esquema legal vigente. Destaque-se que é utilizado, no caso dos dois agentes tomarem todas as precauções necessárias, o conceito de valor esperado. Assim, um custo de \$100 a uma probabilidade de ocorrência de 10% equivale a um custo de \$10. Ainda, utiliza-se o conceito do equilíbrio de Nash para se chegar à situação de equilíbrio do jogo, destacada nas tabelas em cinza. Primeiramente, supõe-se conhecida a estratégia do outro jogador e pergunta-se qual seria, dada essa estratégia, a melhor postura para o jogador em análise.

Regime 1: Responsabilidade sempre com o pedestre

		Motorista	
		Prudência	Negligência
Pedestre	Prudência	(20,10)	(110,0)
	Negligência	(100,10)	(100,0)

Regime 2: Responsabilidade sempre com o motorista

		Motorista	
		Prudência	Negligência
Pedestre	Prudência	(10,20)	(10,100)
	Negligência	(0,110)	(0,100)

Regime 3: Responsabilidade com o motorista só se ele foi negligente e o pedestre prudente

		Motorista	
		Prudência	Negligência
Pedestre	Prudência	(20,10)	(10,100)
	Negligência	(100,10)	(100,0)

Regime 4: Responsabilidade com o pedestre só se ele foi negligente

		Motorista	
		Prudência	Negligência
Pedestre	Prudência	(10,20)	(10,100)
	Negligência	(100,10)	(100,0)

Cabe aqui destacar que o equilíbrio nos regimes 1 e 2 são no sentido de que ninguém toma os devidos cuidados e os acidentes ocorrerão. A única diferença será quem pagará a conta dos acidentes. Ou seja, a diferença entre o regime 1 e o regime 2 diz respeito apenas à distribuição dos custos. Dessa forma, alocar totalmente a responsabilidade totalmente para o pedestre ou totalmente para o motorista, em que pese considerarmos um ou outro um critério mais justo, resulta na mesma quantidade de acidentes. Isso ocorre porque, uma parte sabendo que a outra não tomará as devidas precauções, por não ser para elas racional tomar precauções, e sendo o acidente inevitável, o melhor é também não tomar precaução, pois o cuidado seria um inútil custo adicional, sem efeito no resultado.

Já quando passamos aos regimes 3 e 4, o sistema de incentivos gera um equilíbrio em que ambos os atores preferem tomar os devidos cuidados, pois passa a ser racional para ambos agir dessa forma. Sabendo que a outra parte tenderá a tomar as devidas precauções, é melhor também ser cuidadoso, pois o contrário implicará em uma maior responsabilização.

Em que pese esse ter sido apenas um exemplo teórico e extremamente simplista, demonstra a lógica da Análise Econômica aplicada ao direito, informando de uma forma mais embasada como uma determinada política pública ou uma regra de conduta pode ser formulada com o objetivo de trazer melhores resultados sociais. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, pp. 6-19)

A comparação das diversas matrizes de resultados é vista pelos adeptos da Análise Econômica do Direito como uma ferramenta adequada para se analisar de que

maneira as regras legais afetarão os comportamentos dos atores sociais, principalmente quando é necessário que cada um tome suas decisões antevendo, de alguma forma, que comportamento os outros atores importantes tomarão. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 46)

O jogo pedestre-motorista dado no exemplo acima, é classificado como um jogo de informação completa. Nesse tipo de jogo, cada jogador ao menos consegue estimar a matriz de resultados com que o outro jogador trabalha. Assim, as estratégias podem ser antevistas e o equilíbrio pode ser atingido. Porém, em não raras circunstâncias, a modelagem por meio da Teoria dos Jogos se torna mais dificultosa, uma vez que cada um dos atores possui informações que não estão disponíveis à sua contraparte. Essa assimetria no conjunto das informações disponíveis pode, por si só, causar alterações na maneira que cada jogador se comporta. Se a falta de informações disponíveis à outra parte for crítica, dificultando o atingimento do equilíbrio socialmente mais benéfico, a lei pode ter um papel importante ao determinar regras sobre a obrigatoriedade e as formas com as quais cada jogador disponibiliza suas informações para os demais. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 79)

Da mesma forma, pode-se atingir uma situação complicada, com uma solução socialmente indesejável quando as informações dos diversos jogadores são de fácil aquisição e divulgação, mas os jogadores não têm instrumentos adequados para identificar que o outro jogador possui as informações que a ele interessam, mantendo-se assim um silêncio que equivale à assimetria de informações. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 119) Nesse tipo de situação, regras legais podem limitar as estratégias disponíveis para cada jogador, principalmente para os jogadores bem informados, para que estes não abusem de sua posição, deslocando a solução de equilíbrio do jogo para um que seja menos ineficiente do ponto de vista social. Da mesma forma, a lei e a regulação podem limitar as ações disponíveis para o jogador desinformado em resposta às ações do jogador melhor informado. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, pp. 156-7)

Um jogo paradigmático e bastante relevante para diversos campos do conhecimento, dentro e fora da Economia, é o conhecido Dilema dos Prisioneiros. Tal jogo será melhor detalhado adiante neste trabalho, já abordando a aplicação da Teoria dos Jogos para o contexto regulatório. Por ora, vale apenas ressaltar que este modelo remete ao problema da ação coletiva, em que o melhor resultado para cada jogador leva a um resultado socialmente indesejável. Nesse tipo de contexto, é razoável se pensar nas possibilidades de

intervenção legal para propiciar o atingimento do equilíbrio mais desejável do ponto de vista social. (BAIRD, GERTNER e PICKER, 1998, p. 34)

3.3. Análise Econômica do Direito Aplicada ao Direito Penal

Um dos ramos em que a Análise Econômica mais se desenvolveu é o Direito Penal. A principal aplicação diz respeito à análise dos incentivos gerados pelo sistema legal, avaliando a propensão à criminalidade gerada pelo sistema. Esta Monografia preocupa-se basicamente com a questão regulatória, não com a penal. Porém, algumas das lógicas já desenvolvidas na análise do Direito Penal, principalmente no que diz respeito à investigação penal e à aplicação das penas, se fazem úteis na análise do *enforcement* regulatório. Dessa forma, para entendermos a Análise Econômica aplicada à Regulação, um primeiro passo é verificar o que foi desenvolvido anteriormente de forma análoga no Direito Penal.

A legislação criminal de cada país reflete e, ao mesmo tempo, determina a quais tipos de conduta aquela sociedade associa o maior grau de repúdio. Assim, o sistema penal estabelece qual papel o Estado desempenhará na definição e na persecução de crimes, fazendo com que a prática delituosa seja reduzida. As questões típicas dos legisladores penais dizem respeito à severidade adequada das penas, para que essas desestimulem os cidadãos a cometer crimes. Outra questão relevante diz respeito a como as penas devem ser estabelecidas de modo a balancear dois objetivos sociais conflitantes, quais sejam, punir o delinquente e o reabilitar. (HIRSCH, 1988, p. 252)

Em uma análise típica da criminologia, pode haver uma variedade enorme de explicações sociológicas e psicológicas para o crime, abrangendo fatores como propensões ao comportamento desviante, a privação e desigualdade econômica, os ambientes socialmente caóticos. Na Análise Econômica aqui empreendida, passaremos sem analisar esses fatores. Na visão do modelo econômico, conquanto se possa admitir que a propensão ao cometimento de crimes seja vinculada à história de vida de um indivíduo e à sua personalidade, a decisão de cometer o crime é uma decisão racional, no sentido econômico, e, como comportamento racional, responde a incentivos. Procede-se, então, ao cálculo de escolha econômica em relação à atividade criminal (HIRSCH, 1988, p. 263)

Nessa linha, uma pessoa comete um crime porque acredita, apesar de essa crença ser comumente uma crença errônea ou desenvolvida em um momento de desespero ou fragilidade emocional, que os benefícios esperados do cometimento do crime, sejam financeiros ou emocionais, superarão os custos esperados relacionados a essa prática (POSNER, 2014, p. 258)

Como consequência, os economistas desenvolvem um modelo segundo o qual se pode prever que um aumento na severidade de uma pena ou na probabilidade de a pena ser aplicada, farão com que o preço do crime suba e, conseqüentemente, como em um mercado, esse preço maior terá o efeito de reduzir a incidência daquele crime na sociedade. (POSNER, 2014, pp. 5-6)

Assim, as penas e as sanções são desenvolvidas de forma a afetar o cálculo da escolha racional, no sentido econômico, do potencial criminoso, de forma a desestimulá-lo e assim reduzir a ocorrência de atos criminais. Eventualmente, as penas também agem para compensar as vítimas pelos prejuízos que sofreram, mas esse não costuma ser um componente típico. (HIRSCH, 1988, p. 262)

De forma direta e simplificada, a escolha econômica racional é a seguinte: o agente se engaja em uma atividade criminal se a utilidade esperada que ele pode adquirir com a prática do crime, considerada a "desutilidade" advinda da sanção no caso de ser pego, supera o nível de utilidade que este mesmo agente pode atingir ao se comportar seguindo as atividades alternativas legais. (HIRSCH, p. 264)

O modelo proposto por GARY BECKER, em seu artigo "*Crime and Punishment: an Economic Approach*", parte de uma premissa de que, dado um nível praticado de atividade criminal na sociedade, o custo social do crime é o valor dos prejuízos causados às vítimas e à sociedade como um todo, menos o valor ganho pelos criminosos. Existe também um custo social que é todo o dinheiro investido pela sociedade no sistema penal, no emprego de policiais, procuradores, juízes etc. Tais valores tendem a ser maiores quando a atividade criminal é maior. Ainda, considera-se que os custos são também influenciados pela proporção das ofensas que são captadas pelo sistema penal, em relação às ofensas totais. (BECKER, 1974, pp. 5-9)

Isso, do ponto de vista dos custos da atividade criminal para a sociedade. O outro lado do modelo diz respeito às variáveis que influenciam a propensão dos agentes a

cometer delitos. São elas a probabilidade de ser considerado culpado, tendo cometido um crime e a severidade da sanção a ser aplicada. (BECKER, 1974, pp. 10-12)

Uma das conclusões importantes para o formulador de políticas públicas é que, dados os parâmetros que geram o equilíbrio econômico entre os custos da criminalidade e a propensão ao cometimento do crime, crimes mais gravosos para a sociedade, como homicídios e estupros, devem ter uma taxa de captura maior, uma taxa de punição maior e penas mais severas do que crimes mais brandos, como os furtos. (BECKER, 1988, p. 44)

Do ponto de vista da política criminal, analisando-se a teoria do crime e das penas, pode-se considerar que o objetivo da legislação penal é minimizar o custo social dos crimes. Tal abordagem, tipicamente econômica, tem como premissa não declarada que o custo de policiamento, investigação e de persecução criminal são altos e não podem ser desconsiderados. Dessa forma, não pode ser um objetivo para a sociedade a eliminação completa da criminalidade, pois este objetivo só seria atingido a um custo altíssimo, não sendo, portanto, razoável. (COOTER e ULEN, 2010, p. 472)

Retomando a análise de MICHEL FOUCAULT, o autor lembra que, filtrando-se toda prática penal através de um cálculo de utilidade, busca-se, na realidade, um sistema penal cujo custo, em todos os sentidos, seja o mais baixo possível. Para que um sistema penal funcione bem, é necessária e, no limite, quase suficiente uma boa lei. Economicamente, isso é equiparado à redução dos custos de transação. Primeiro, vai-se definir o crime como uma infração a uma lei formulada. Segundo, as penas devem ser estabelecidas pela lei. Terceiro, essas penas devem ser estabelecidas, na própria lei, de acordo com uma gradação que acompanha a gravidade do crime. Quarto, o tribunal só terá uma coisa a fazer: aplicar ao crime, tal como foi caracterizado e aprovado. (FOUCAULT, 2008, pp. 340-1)

O *homo penalis*, o homem que é penalizável, o homem que se expõe à lei e pode ser punido pela lei, esse *homo penalis* é, no sentido estrito, um *homo oeconomicus*. E é a lei que permite, precisamente, articular o problema da penalidade com o problema da economia. (FOUCAULT, 2008, p.341)

Conclui essa análise afirmando o que já afirmamos anteriormente, que a boa política penal não tem em vista a extinção do crime, mas um equilíbrio entre curvas de oferta de crime e de demanda negativa. Daí, dois questionamentos extremamente importantes do ponto de vista da Análise Econômica, mas dificilmente respondíveis.

Primeiramente, quantos delitos devem ser permitidos? Ou seja, qual o nível de criminalidade que maximiza o bem-estar social, ou, de outra forma, que minimiza os custos sociais do crime. Em segundo lugar, quantos delinquentes devem ser deixados impunes? Isso porque, dados os custos de se perseguir e punir, é também razoável supor que seja economicamente desejável, para que se maximize o bem-estar social, investir-se no sistema penal até um determinado nível, não se conseguindo identificar e punir todos os que cometeram crimes. (FOUCAULT, 2008, p. 350)

4. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO REGULATÓRIO

4.1. Analogias entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador

Na seção anterior, descrevemos os principais desenvolvimentos relacionados à Análise Econômica aplicada ao Direito Penal. Isso porque é um campo mais desenvolvido do que a Análise Econômica aplicada ao Direito Regulatório, especialmente no que tange às políticas sancionatórias deste último. Porém, destacamos que há similaridades entre alguns de seus institutos principais.

Iniciaremos por descrever a sanção, que pode ser definida como a consequência negativa que o ordenamento jurídico atribui à ocorrência de um ilícito ou, ainda, ao descumprimento de um dever jurídico. Dessa forma, ao criar uma determinada sanção e atribuí-la a determinado comportamento, pretende o legislador incentivar o cumprimento da lei. (MELLO, 2007, p. 42)

De forma direta, a sanção é a consequência de um ilícito, seja como for que se classifique esse ilícito. É assim no campo do direito civil, do direito penal e do direito administrativo. Assim, apesar de esta ser uma afirmação polêmica, para MELLO (2007, p. 43) não há diferença ontológica entre um tipo de sanção e as outras. Muito embora haja essa identidade entre os diversos tipos de sanção, elas podem receber tratamentos distintos no âmbito de um ordenamento jurídico. É dizer, a sanção pode ter um regime jurídico peculiar se o dever jurídico correspondente estiver previsto em norma penal, por exemplo. Ao atribuir regimes jurídicos distintos às diferentes espécies de sanção, o legislador faz uma opção axiológica, estabelecendo um regime mais grave para as sanções correspondentes aos comportamentos reputados, pelo próprio legislador, mais ofensivos aos valores sociais. (MELLO, 2007, p. 43)

Assim, o poder punitivo estatal, que pode ser entendido como o poder de criar ilícitos e sanções punitivas, aplicá-las e executá-las, pode ser exercido tanto por meio de sanções penais quanto por meio de sanções administrativas. (MELLO, 2007, pp. 44-5)

Dessa forma, um campo de investigação nesse tema é a verificação de existência substancial entre condutas que sejam classificadas como ilícitos penais e aquelas que são

classificadas meramente como ilícitos administrativos. Surgem então duas correntes que tentam explicar essa distinção.

Primeiramente, a corrente qualitativa surge como resposta a um processo de despenalização, que tinha por objetivo retirar da esfera do direito penal uma série de ilícitos de menor importância, transferindo-os para o campo do direito administrativo. Assim, a doutrina alemã do século XX procurou demonstrar a existência de uma seara própria para os crimes e outra para as infrações administrativas. Separando-os em sua essência, os crimes seriam ilícitos que atingiriam os interesses mais caros a toda a sociedade, ao passo que as infrações administrativas se refeririam a comportamentos que ofenderiam a interesses menores, muitas vezes confundidos com os interesses da própria Administração Pública. (MELLO, 2007, pp. 46-8)

Assim, haveria uma diferença substancial, além da diferença de grau, definidora, entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Algumas condutas, por sua natureza, se classificam propriamente como pertencentes ao direito penal, enquanto outras estariam melhor classificadas como próprias do direito administrativo. (MELLO, 2007, pp. 53-4)

Da mesma forma, a corrente quantitativa também busca uma fronteira de demarcação entre ilícitos penais e administrativos com base em critérios materiais. Porém, trazem uma distinção diferente da qualitativa, pois ilícito penal e administrativo teriam a mesma essência. Não há que se falar em ofensa a interesses da coletividade versus eventuais interesses apenas ao bom funcionamento da Administração Pública. Ao se tratar exatamente do mesmo fenômeno, o que diferencia uma da outra é sua quantidade, sua intensidade. Assim, as condutas mais gravosas são apenadas com sanção penal, enquanto as condutas mais brandas recebem sanções também mais brandas, meramente administrativas. (MELLO, 2007, p. 54)

Fazendo uma análise crítica das duas correntes, MELLO afirma que tanto uma quanto a outra erram pelo mesmo motivo, que é a utilização de um critério de diferenciação metajurídico entre penal e administrativo, quando na realidade o critério principal deveria estar fundamentado no direito positivo. Para ele, o mais importante para o estudioso do Direito não é exatamente a natureza das coisas, mas a forma como elas estão disciplinadas pelo direito positivo. Os critérios, tanto qualitativo quanto o quantitativo, contudo, não são de todo inúteis, mas servem para orientar o formulador das regras jurídicas no momento de decidir se uma dada conduta deverá ou não ser tipificada e, caso seja, se terá um tratamento

pelo regime das sanções penais ou pelo regime das sanções administrativas. No final das contas, a distinção entre os tipos de ilícito deverá ser feita com base na sanção que lhe é atribuída. Ou seja, deve-se pensar, em termos de política sancionatória, nas consequências que se quer atribuir a uma conduta, antes de se prender em uma análise ontológica dessa conduta. (MELLO, 2007, pp. 57-62)

Para o Direito Regulatório, podemos fazer uma análise semelhante. Para MORGAN e YEUNG, citando um trecho de K. HAWKINS (1984) em sua obra "*Environment and Enforcement*", apontam que em um dado mercado regulado, as estratégias de *compliance* e *enforcement* geralmente trazem como objetivo principal a evitação de um dano, em vez da punição do causador do mal. O estilo penal tende a ser mais acusatorial e adversarial, enquanto o estilo de *enforcement* regulatório tende a buscar soluções mais conciliatórias e que sejam mais baseadas em um processo de negociação e barganha para atingir a conformidade aos regulamentos. Assim, a punição é geralmente vista como uma filosofia regulatória insatisfatória, pois ela coloca em risco os próprios objetivos principais da regulação.

Comparando o Direito Administrativo e o Penal, fica claro que neste há um papel mais preponderante da intencionalidade, além de um foco maior na situação de criação dos riscos, além da real produção do dano. Além disso, o sistema penal tem como um de seus objetivos infligir a pena no criminoso, de forma a causar estigma e censura a seu comportamento. Ou seja, enquanto no direito regulatório a punição é apenas um meio, no direito penal a punição é tanto um meio quanto uma finalidade. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp.182-7)

Adicionalmente, destaca-se que para a maior parte dos comportamentos serem criminalizados, os sistemas legais geralmente colocam como requisitos o dolo do agente, a voluntariedade do ato praticado, a causação de um dano. (HIRSCH, 1988, pp. 252-6).

Nas abordagens normativas para o *enforcement* regulatório, há um sentimento na literatura especializada de que as agências reguladoras atingirão de forma mais eficiente seus objetivos ao empreender um balanceamento, por vezes bastante sofisticado, entre o modelo de aplicação de sanções restritivas e o modelo mais suave de persuasão. (MORGAN e YEUNG, 2007, p. 193)

Ainda, para uma diferenciação mais clara entre o penal e o administrativo no que tange às estratégias de *enforcement*, vale lembrar que no Estado Regulador o agente

privado é um ator do ambiente regulado, e compartilha com o Estado as responsabilidades fundamentais pelo atingimento do interesse público (ARANHA, 2014, pos. 943)

Assim, é necessário um grau de cooperação entre o agente público e o privado para se empreender com sucesso a regulação. E pode-se considerar que as estratégias mais punitivas de relacionamento tendem a desgastar a boa vontade dos atores, principalmente naquelas situações em que a comunidade regulada teria uma pré-disposição de cooperar, motivadas por um senso de responsabilidade. Dessa forma, o excesso de punições podem inibir o desenvolvimento da autorregulação do setor, que poderia ser utilizada de forma eficiente para perseguir os objetivos regulatórios principais.

Por fim, devemos também considerar que a persuasão, no Direito Regulatório, costuma ser muito menos dispendiosa do que a punição. Além disso, o foco em um legalismo exagerado tende a fazer com que o regulador foque naquelas violações específicas, simples, visíveis, fáceis de serem detectadas, deixando desaparecidos problemas sistêmicos maiores e, na maioria das vezes, muito mais importantes. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 193-200)

As agências reguladoras costumam ter uma postura mais cooperativa com a comunidade regulada quando há um número menor de firmas nesse mercado, quando a diversidade dentro do mercado é menor, quando a agência reguladora se utiliza dos mesmos inspetores para o relacionamento com as mesmas firmas e quando esses inspetores já possuem um histórico de atuação prévio como agentes da própria indústria regulada. Porém, estes são os mesmos fatores que geralmente fazem emergir a corrupção e a captura do regulador. Trazendo para o contexto da Teoria dos Jogos, a cooperação qualificada pela possibilidade, mesmo que latente, de traição por parte do regulador, gera um ambiente mais propício para o surgimento da corrupção. O desafio da regulação, sob esse aspecto, é em como se pode assegurar as diversas vantagens da cooperação, evitando o surgimento da captura e da corrupção. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 193-6)

Utilizando a modelagem do Dilema do Prisioneiro, em um arranjo em que os jogadores são o agente regulador e a firma, e onde a motivação da firma é minimizar os custos regulatórios e a motivação do regulador é maximizar o cumprimento de suas normas,

a melhor estratégia para o regulador em sua relação com o regulado é a dinâmica *Tit-for-Tat*³². O Dilema dos Prisioneiros e a abordagem *Tit-for-Tat* serão o objeto da próxima seção.

4.2. O Dilema dos Prisioneiros e a Evolução da Cooperação

Como já ressaltado anteriormente, um arranjo que tem destaque especial na Teoria dos Jogos é o Dilema dos Prisioneiros. O nome vem da alegoria segundo a qual dois suspeitos de cometer um crime, cúmplices, são interrogados pela polícia em salas separadas. Cada um deles, separadamente e sem saber o que o outro fez, poderá negar a autoria do crime de ambos (estratégia de cooperação) ou acusar o comparsa (estratégia de traição). Porém, a seguinte oferta é feita a ambos, simultânea e separadamente: se os dois se acusarem mutuamente, a ambos será aplicada a pena de dois anos de cadeia; se ambos negarem a autoria, cada um terá a pena de um ano; porém, se um deles acusar o colega e o outro negar a autoria, quem acusou será libertado e o que negou a autoria receberá uma pena de três anos. O jogo pode ser representado pela matriz de resultados abaixo.

Exemplo		Prisioneiro 2	
		Cooperar	Trair
Prisioneiro 1	Cooperar	(1, 1)	(3, 0)
	Trair	(0, 3)	(2, 2)

Os números de anos de prisão, acima, são apenas um exemplo. Para que um jogo se classifique como um Dilema dos Prisioneiros, é importante haver um incentivo para a traição, seja qual for a estratégia do jogador adversário. Em sua forma genérica, o jogo pode ser representado da seguinte forma.

Modelo Genérico		Prisioneiro 2	
		Cooperar	Trair
Prisioneiro 1	Cooperar	(R, R)	(S, T)
	Trair	(T, S)	(P, P)

³² A tradução mais próxima seria estratégia Olho-por-Olho. Dado não ser uma tradução exata e dada a aceitação que o termo em inglês já possui nos manuais de economia brasileiros, optamos por manter o termo em inglês ao longo do texto.

No caso, R representa o resultado que é o prêmio pela cooperação (*Reward Payoff*), S representa o resultado do perdedor, que foi traído (*Sucker's Payoff*), T representa o resultado que é a tentação para trair (*Temptation Payoff*), enquanto P é o resultado de punição pela traição (*Punishment Payoff*). O que importa para o jogo é que T seja um resultado melhor do que R, que por sua vez é melhor que P, que é melhor do que S.

Na interpretação do jogo, o ponto interessante é que, para cada estratégia da contraparte, a melhor ação a tomar é trair. Ou seja, se eu sei que a outra parte irá cooperar, é melhor eu trair. E se eu sei que a outra parte irá trair, é melhor trair também. Logo, sempre será melhor trair. Porém, ao se analisar o resultado final, conjunto, ambos os jogadores recebem um resultado pior do que teriam caso ambos tivessem cooperado. Resumindo, a melhor estratégia do ponto de vista individual conduz necessariamente ao pior resultado conjunto. (FUDENBERG e TIROLE, 1991, pp. 9-10)

Esse resultado é um equilíbrio estável, e ocorrerá mesmo se o jogo for repetido pelos jogadores uma quantidade de vezes previamente conhecida³³.

Porém, se um jogo é repetido por uma quantidade desconhecida de vezes, a depender das circunstâncias, a cooperação pode ser uma estratégia estável para ambos os jogadores. O interessante deste resultado é que, ao modelarmos o relacionamento entre o regulado e o regulador por meio de um jogo, o mais correto é justamente considerar um jogo com múltiplas interações, com o final do relacionamento indeterminado, pois, como já destacado anteriormente, o cumprimento das normas por parte do regulado se trata não apenas de um evento no tempo, mas de um processo contínuo. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 193-6)

O tratamento que aborda a evolução da cooperação, mesmo em um cenário modelado pelo Dilema dos Prisioneiros, é dado por ROBERT AXELROD e WILLIAM HAMILTON, em um trabalho publicado em 1981, com foco na aplicação de métodos econômicos na Biologia. Trata-se de um tratamento probabilístico da possibilidade de cooperação estável entre indivíduos em um ambiente dominado pela propensão à não cooperação (AXELROD e HAMILTON, 1981, p. 1391)

³³ O raciocínio que prova essa conclusão é conhecido na teoria econômica como indução retroativa, ou como mais conhecido mesmo na literatura em português, *backwards induction*.

Os autores lembram que em um jogo com apenas uma rodada, em que os indivíduos nunca mais se encontrarão, e em jogos com um número predefinido de rodadas, a única estratégia estável é a traição de todos os jogadores em todas as rodadas. Porém, uma modelagem mais realista é justamente aquela em que há uma probabilidade, digamos, w , de que haverá uma próxima rodada do jogo. Os autores lembram que neste jogo, a estratégia de traição continua sendo estável. Porém, outras estratégias estáveis envolvendo a cooperação também passam a ser possíveis. (AXELROD e HAMILTON, 1981, pp. 1391-2)

Os autores demonstram a estabilidade de uma estratégia que impressiona por sua simplicidade, mas que traz os melhores resultados a longo prazo. Essa estratégia é denominada *Tit-for-Tat*. A receita é a seguinte: cooperar na primeira jogada e, a partir de então, jogar a estratégia que a contraparte jogou na rodada anterior. A intuição por trás dessa estratégia está na cooperação baseada na reciprocidade. Há ainda outras características definidoras da estratégia e de seu sucesso. Primeiramente, é uma estratégia na qual o jogador nunca será o primeiro a trair, sinalizando para a contraparte sua intenção de buscar a cooperação. Em segundo lugar, reage rapidamente a uma traição do outro jogador, retaliando-o e incentivando-o a retomar a cooperação. Em terceiro lugar, também é uma estratégia na qual se perdoa rapidamente o jogador que traiu, imediatamente após a volta dele à cooperação. Ou seja, é uma estratégia que capta rapidamente a intenção da outra parte de cooperar. (AXELROD e HAMILTON, 1981, p. 1393)

Para que a estratégia *Tit-for-Tat* seja uma estratégia viável, basicamente é necessário que a probabilidade de que ocorra uma futura rodada, w , seja suficientemente alta. Utilizando-se os parâmetros da matriz de resultados do Dilema dos Prisioneiros que modelam a interação entre as partes, os autores demonstram que as condições necessárias e suficientes para que a cooperação seja possível são:

$$w \geq \frac{T - R}{T - P} \text{ e } w \geq \frac{T - R}{R - S}$$

A interpretação de tais resultados no contexto do Direito Regulatório será feita mais detidamente na próxima seção.

Por ora, vale ressaltar três aspectos interessantes da estratégia proposta pelos autores, que, segundo eles, é também encontrada em diversos sistemas biológicos nos quais o parasitismo evolui para o mutualismo. Primeiramente, essa é uma estratégia robusta, pois é capaz de gerar bons resultados em um ambiente em que as contrapartes jogam com

estratégias diferentes. Em segundo lugar, é uma estratégia estável, pois após ser posta em prática, conseguem resistir produzindo bons resultados mesmo com eventuais entradas de outros jogadores com estratégias diversas. Finalmente, é capaz de se inserir de forma viável em um ambiente no qual os jogadores jogam de forma não cooperativa. (AXELROD e HAMILTON, 1981, p. 1393)

4.3. A Evolução da Cooperação no Direito Regulatório

Conforme já comentado anteriormente, a dinâmica da regulação pode ser modelada como um jogo entre o regulador e o regulado, e esse jogo se aproxima de um Dilema dos Prisioneiros. Para a firma regulada, a cooperação significa o cumprimento das normas aplicáveis, enquanto a traição, na terminologia da Teoria dos Jogos, significa o desrespeito à lei. Para o regulador, a cooperação significa adotar estratégias regulatórias na base da pirâmide do *enforcement*, como por exemplo as atividades de conscientização e de educação, enquanto a traição seria a estratégia regulatória punitiva. Nota-se, nesta modelagem, que o equilíbrio cooperativo, no qual a firma cumpre as normas e o regulador se mantém com uma estratégia mais branda, tende a ser economicamente mais vantajosas do que o equilíbrio não cooperativo, no qual a empresa regulada descumpra as normas e o poder público tem de dispende seus recursos com uma série de atividades de fiscalização e punições. (MORGAN e YEUNG, 2007, pp. 193-6)

Para ROBERT KAGAN, em seu artigo "*Understanding Regulatory Enforcement*", de 1989, a questão principal da regulação não é simplesmente se a regra posta será ou não cumprida, mas se as mesmas, ao serem administradas, produzirão resultados socialmente desejáveis. (KAGAN, 1989, pp. 89-90)

Ao se decidir sobre a estratégia de *enforcement* que será adotada, o órgão regulador decide principalmente como será a sua atuação no que diz respeito a duas questões. Primeiro, de que maneira ele avaliará o cumprimento das normas por parte dos regulados, o que tem reflexos sobre a própria decisão de o que será considerado descumprimento. O segundo aspecto diz respeito ao curso de ações que será adotado no caso da detecção de uma violação. (KAGAN, 1989, p. 92)

O autor aponta a controvérsia sobre qual o melhor estilo de *enforcement*. Alguns doutrinadores, preferem uma postura de interpretação normativa mais flexível, qual seja, de ser rígido e legalista em alguns casos, e conciliador prestativo nos demais, a depender da confiabilidade das informações associadas a um determinado regulado e da seriedade dos riscos associados à atividade. Outros doutrinadores preferem a postura mais legalista. (KAGAN, 1989, p. 92)

Relembre-se que os agentes reguladores têm como objetivo maximizar o bem-estar social, conforme por eles mesmos definido, buscando então um balanço entre o controle regulatório e a eficiência econômica, entre a precaução e a inovação. Tenta-se atingir a esses objetivos por meio da cooperação, sempre que possível, e por meio da coerção quando estritamente necessário, adaptando suas ações à medida que os riscos e os custos de cumprimento do caso concreto se apresentarem, bem como à boa fé das empresas reguladas. (KAGAN, 1989, p. 100)

JOHN SCHOLZ, trazendo vários dos conceitos já abordados neste trabalho, traz em seu artigo de 1984, "*Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement*", a conclusão de que uma estratégia *Tit-for-Tat* por parte do regulador é capaz de fazer surgir o comportamento de cumprimento das normas pelo regulado. Essa estratégia potencializa o surgimento de uma cooperação, em vez de uma postura conflitiva entre as partes. (1984, p. 385)

O argumento central desse autor é de que os benefícios sociais são maiores quando os custos de *enforcement* e *compliance* são minimizados por meio da cooperação entre a agência reguladora e a firma, e de que tal cooperação é potencializada com a estratégia *Tit-for-Tat* do regulador. (SCHOLZ, 1984, p. 386)

Quando as normas são utilizadas de forma a atingir objetivos mais complexos do que atos relativamente diretos, torna-se mais difícil a formulação de leis claras e inequívocas, exigindo maiores custos para seu *enforcement*, além de exigir um grau de discricionariedade na aplicação por parte do regulador. Outro fator a ser considerado é a predisposição da firma regulada em infringir a lei e buscar esconder sua conduta. Um comportamento de má-fé geralmente faz com que os custos de *enforcement* sejam bem mais elevados. (SCHOLZ, 1984, pp. 386-8)

Os custos de adequação às normas por parte das firmas geralmente envolvem o planejamento, compra e instalação de novos equipamentos e tecnologias, custos para

cumprir a burocracia, custos de interrupção de suas atividades normais para cumprir a regra, eventuais perdas de vantagens competitivas pelo descumprimento e custos relativos à imagem de infratora. No modelo de escolha racional, os custos de adequação da firma serão comparados aos custos de inadequação, considerando eventuais sanções e suas probabilidades. (SCHOLZ, 1984, p. 388-9)

O entre regulador e regulado passa a ser um Dilema dos Prisioneiros com a seguinte matriz de resultados:

		Agência reguladora	
		<i>Enforcement</i> brando	<i>Enforcement</i> rígido
Firma	Cumprir a norma	(r, R)	(s, T)
	Descumprir a norma	(t, S)	(p, P)

Naturalmente, como descrito no arcabouço do Dilema dos Prisioneiros, os resultados esperados para os atores devem obedecer às seguintes regras: $t > r > p > s$, e $T > R > P > S$. (SCHOLZ, 1984, pp. 390-1)

A estratégia *Tit-for-Tat* para o regulador pode ser descrita da seguinte forma: a agência deve estabelecer um nível mínimo de cumprimento das regras, e deve se utilizar de suas rotinas mais brandas de *enforcement* com todas aquelas empresas que atenderam aos requisitos mínimos no período anterior. As rotinas mais rígidas devem ser utilizadas apenas contra aquelas firmas que descumpriram os requisitos mínimos no período anterior. (SCHOLZ, 1984, p. 393)

Retomando a fórmula dada por AXELROD e HAMILTON, e considerando que a probabilidade w de que regulador e regulado se encontrem novamente possui um valor fixado, as estratégias que fazem com que a cooperação surja devem se refletir em três sub-estratégias: diminuir a diferença entre os resultados de tentação à traição e o de cooperação; aumentar a diferença entre o resultado de tentação à traição e o da punição; aumentar a diferença entre os resultados de cooperação e o de ser traído.

Traduzindo em termos práticos, as principais ações do regulador para se atingir maior sucesso com a estratégia *Tit-for-Tat* envolvem especificar claramente os requisitos mínimos para o cumprimento das regras, melhorar os resultados positivos das estratégias cooperativas, reduzir a tentação para o descumprimento das regras, aumentar os incentivos para a "reabilitação" das firmas que descumpriram padrões no passado, fazer com que a

reputação de cumpridoras de regras seja valorizada e fazer com que a própria agência seja vista com legitimidade pela comunidade regulada e pela sociedade como um todo. (SCHOLZ, 1984, pp. 394-400)

Uma agência reguladora com uma postura legalista e excessivamente focada na punição, bem como firmas que demoram para responder a incentivos podem fazer essa estratégia não ser bem sucedida. Além disso, uma diversidade muito grande de firmas e do mercado, além das instabilidades políticas e econômicas também podem diminuir a probabilidade de atingimento de uma cooperação como solução de equilíbrio. Finalmente, cabe destacar que o fator visto como o maior impeditivo para o atingimento de uma relação cooperativa entre regulados e reguladores é o receio do risco de captura. (SCHOLZ, 1984, pp. 401)

4.4. **Análise da Regulação para o Setor de Aviação Civil**

Com os elementos de Direito Regulatório, no Capítulo 2, os elementos da Análise Econômica do Direito, no Capítulo 3, e sua análise conjugada nas subseções precedentes, passamos agora, como um caso prático, a uma breve análise dos principais arcabouços normativos que hoje regem a regulação da aviação civil.

O principal marco legal em vigor é o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n. 7565/1986. Para os aspectos que interessam a este trabalho, remetemo-nos diretamente para o Título IX dessa lei, que trata "Das Infrações e Providências Administrativas". Após estabelecer no art. 288 a existência de um órgão para aplicar as sanções previstas, passa a descrever quais são os instrumentos básicos que podem ser utilizados por esse órgão.

Art. 289. Na infração aos preceitos deste Código ou da legislação complementar, a autoridade aeronáutica poderá tomar as seguintes providências administrativas:

- I - multa;
- II - suspensão de certificados, licenças, concessões ou autorizações;
- III - cassação de certificados, licenças, concessões ou autorizações;
- IV - detenção, interdição ou apreensão de aeronave, ou do material transportado;
- V - intervenção nas empresas concessionárias ou autorizadas.

Uma análise imediata do dispositivo aponta para o fato de que, ao se comparar os instrumentos deixados à disposição do regulador com o arcabouço conceitual de AYRES

e BRAITHWAITE, em sua Regulação Responsiva e da Pirâmide de *Enforcement*, a lei brasileira, de alguma forma, restringe a atuação do regulador, deixando a política regulatória precipuamente nos níveis superiores da pirâmide, tornando mais dificultosa a aplicação da teoria aqui estudada.

Em seguida, o CBA/1986 traz outro dispositivo, que traz de maneira taxativa a obrigatoriedade de se lavrar o auto de infração quando houver a ocorrência de qualquer irregularidade.

Art. 291. **Toda vez que se verifique a ocorrência de infração** prevista neste Código ou na legislação complementar, **a autoridade aeronáutica lavrará o respectivo auto**, remetendo-o à autoridade ou ao órgão competente para a apuração, julgamento ou providência administrativa cabível. (grifo nosso)

Este último, se comparado com a Pirâmide de Estratégias de *Enforcement*, sugere que o legislador brasileiro optou por operar, em termos de regulação da aviação civil, apenas na ponta superior da pirâmide, com a estratégia de Comando e Controle com Punições Vinculadas.

Posteriormente, a lei estabelece uma descrição das condutas puníveis com multas, cassações, suspensões, e o detalhamento de outras condutas também puníveis com multas, a depender do tipo de operador ou de objeto da regulação, além dos casos de detenção, interdição e apreensão de aeronave. Nesta etapa, são descritas mais de cem condutas.

Dessa forma, para que o regulador possa atuar de forma mais aderente às teorias aqui estudadas, deve tentar articular a orientação prescritiva do CBA/1986, disposta acima, com soluções legais, administrativas e principiológicas. Isso fica claro quando adota a estratégia de conscientizar e educar a comunidade regulada por sua competência de fomento à aviação, dada pela Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005, e de participação da sociedade e comunidade regulada no processo normativo por meio de audiências públicas, conforme disposto nos artigos abaixo.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as **medidas necessárias para** o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e **fomento** da aviação civil [...]

Art. 27. **As iniciativas ou alterações de atos normativos** que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, **serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.** (grifos nossos)

A ANAC, que recebeu posteriormente a competência de regular e fiscalizar o setor da aviação civil, editou a Resolução n. 25/2008, que trata de suas rotinas administrativas para a apuração de infrações e aplicação de penalidades.

Destacamos a seguir alguns dispositivos dessa Resolução, que guardam maior relação com o tema objeto deste trabalho. Nota-se, ao longo de toda a Resolução, como não poderia deixar de ser, uma estratégia regulatória que segue a linha estabelecida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, de 1986, que restringe de alguma forma a atuação do órgão regulador.

Art. 2º O agente da autoridade de aviação civil, conforme definido em normatização própria, que tiver ciência de infrações ou de indícios de sua prática **é obrigado a promover a sua apuração imediata, mediante a instauração de processo administrativo**, assegurado o contraditório e a ampla defesa, em atenção ao devido processo legal.

Art. 5º O AI [Auto de Infração] será lavrado quando for constatada a prática de infração à Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBAer, legislação complementar e demais normas de competência da autoridade de aviação civil, sendo obrigatório o atendimento dos requisitos essenciais de validade previstos no art. 8º desta Resolução.

Art. 10. Constatada, pelo agente da autoridade de aviação civil, a existência de indícios da prática de infração, será lavrado Auto de Infração e instaurado processo administrativo. (Redação dada pela Resolução nº 306, de 25.2.2014, em vigor em 30.3.2014)

Art. 15. A autoridade competente para decidir sobre a aplicação de penalidades deverá, em decisão fundamentada: (Redação dada pela Resolução nº 114, de 29.9.2009)

I - determinar o arquivamento do processo; ou

II - aplicar a penalidade em conformidade com o art. 19 desta Resolução.

Art. 20. O valor da multa será expresso em moeda corrente e aplicado de acordo com o previsto nas tabelas constantes dos Anexos I, II e III. (Redação dada pela Resolução nº 58, de 24.10.2008)

§ 1º No caso de grave dano ao serviço ou aos usuários, o valor da multa poderá ser majorado em até 1.000 (mil) vezes o valor máximo estabelecido nas Tabelas constantes dos Anexos I, II e III, considerada a gravidade da infração, a vantagem auferida, a condição econômica do infrator, e/ou seus antecedentes. (Incluído pela Resolução nº 253, de 30.10.2012)

Art. 22. Para efeito de aplicação de penalidades serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes.

§ 1º São circunstâncias atenuantes:

I - o reconhecimento da prática da infração;

II - a adoção voluntária de providências eficazes para evitar ou amenizar as conseqüências da infração, antes de proferida a decisão;

III - a inexistência de aplicação de penalidades no último ano.

§ 2º São circunstâncias agravantes:

[...] (grifos nossos)

Destacamos neste ponto o art. 15 da Resolução n. 25/2008, que traz, claramente, apenas duas possibilidades de atuação à autoridade que decide sobre a aplicação da penalidade. Ele pode arquivar o processo ou aplicar a penalidade. Tal abordagem reforça o

conceito da regulação por Comando e Controle com Punição Vinculada, descrita anteriormente. Os únicos dispositivos que caminham na direção de um relacionamento menos conflitivo entre regulador e regulado é o §1º do art. 22, que trata, como circunstâncias atenuantes para a aplicação da penalidade o reconhecimento da prática da infração e o ajuste voluntário de sua conduta ou a adoção de medidas mitigadoras dos efeitos causados pela infração. Porém, é ainda um dispositivo tímido, que não encoraja adequadamente a relação de cooperação descrita anteriormete.

Por fim, cabe citar a Resolução n. 199/2011, que trata do Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC, que se apresenta como um primeiro passo na busca de uma relação mais colaborativa entre regulador e regulado no setor de aviação civil.

Destacamos o dispositivo que traz sua caracterização principal:

Art. 2º O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC é o instrumento celebrado entre a ANAC e os agentes por ela regulados, no qual são definidas medidas corretivas e prazos a serem observadas pelos agentes com vistas a adequar a sua conduta:

I - às exigências previstas nas normas aplicáveis; ou

II - às melhores práticas para garantir a segurança operacional ou manter a adequação do serviço público prestado ao usuário de transporte aéreo.

§ 1º Na hipótese do inciso I deste artigo, o TAC poderá ser proposto a partir da lavratura do auto de infração, e não afasta o cumprimento das penalidades já aplicadas.

§ 2º Na hipótese do inciso II deste artigo, o TAC poderá ser celebrado ainda que as condutas nele especificadas não configurem infração administrativa.

§ 3º A celebração do TAC não implica transação sobre responsabilidade civil ou criminal decorrente da conduta praticada.

Para além da análise dos dispositivos legais relacionados à regulação que, como exposto anteriormente, não elimina, mas reduz as possibilidades de atuação do órgão regulador frente à Regulação Responsiva, há de se ter em conta que aspectos culturais e institucionais devem ser melhor estudados. Podem ser objetos de pesquisa mais aprofundados, e que não foram o objeto deste trabalho, a cultura jurídica brasileira que, com um viés legalista, dificulta a atuação regulatória para além do Comando e Controle; a cultura do próprio regulador e de seus inspetores; o papel dos órgãos de controle que interagem com o sistema regulatório, como o Poder Judiciário, os Tribunais de Conta, o Ministério Público e o próprio Poder Legislativo; dentre outros temas relevantes.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou apresentar conceitos básicos de Direito Regulatório, com os principais instrumentos disponíveis ao regulador moderno. Ainda, apresentamos ferramentas de análise advindas das ciências econômicas que hoje podem auxiliar as decisões jurídicas e formulações de políticas públicas.

O Direito Regulatório, que era pouco estudado até recentemente, ganhou impulso e entrou na pauta de interesse do jurista brasileiro há apenas poucos anos, com o surgimento das agências reguladoras federais durante o final da década de 1990. Assim, vários dos conceitos que se desenvolveram, principalmente na década de 1980 nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, ainda não se incorporaram integralmente ao ordenamento e à cultura jurídica pátrias.

Da mesma forma, a Análise Econômica do Direito, com as diversas críticas e a polêmica que gera inclusive nos Estados Unidos da América, ainda não faz parte da cultura jurídica brasileira. Porém, como expusemos ao longo do trabalho, acreditamos que esse tipo de análise pode contribuir para a compreensão de diversos institutos jurídicos.

A literatura mais atualizada no tema, predominantemente em língua inglesa, traz uma série de princípios de análise e formulação de políticas públicas, bem como modelos que trazem boas práticas no contexto regulatórios, que ainda não são de todo conhecidas no Brasil.

Tais constatações ficam patentes quando se analisaram os principais atos normativos que estabelecem a filosofia regulatória em um setor específico, no caso, o da aviação civil. Dessa análise, percebe-se que a principal lei que regula o setor, encontra-se totalmente dissonante do que a literatura pesquisada considera como boas práticas para se atingir os melhores resultados em termos de cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo órgão regulador.

Resoluções da ANAC, o órgão regulador no Brasil, que devem estar alinhadas ao marco legal estabelecido pela lei, tentam trazer conceitos de política regulatória mais modernos, porém, ainda de forma muito tímida.

Espera-se, portanto, que análises como a que foi empreendida neste trabalho tenham uma função não apenas acadêmica, mas também prática, auxiliando os

formuladores das políticas públicas a modernizar o Direito Regulatório brasileiro, fazendo-o acompanhar de forma mais rápida as melhores práticas internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 2ª Edição – versão e-book. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.

AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. **The Evolution of Cooperation**. *In*: Science, New Series, Vol. 211, no. 4489 (Mar. 27, 1981), AXELROD, pp. 1390-1396

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. 3ª Edição. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1998.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**. 2ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

BECKER, Gary. **Crime and Punishment: an Economic Approach**. National Bureau of Economic Research, Essays in the Economics of Crime and Punishment, pp. 1-54. 1974

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26/06/2016.

BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Acesso em: 26/06/2016.

_____. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em: 26/06/2016.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Resolução nº 25, de 25 de abril de 2008**. Dispõe sobre o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades, no âmbito da competência da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Disponível em <http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/RA2008-0025.pdf>. Acesso em: 26/06/2016.

_____. **Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011**. Estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC. Disponível em http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-no-199-de-13-09-2011/@@display-file/arquivo_norma. Acesso em 26/06/2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5ª Edição. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUDLEY, Susan E.; BRITO, Jerry. **Regulation: a Primer**. 2ª Edição. Arlington, Virginia: Mercatus Center, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FUDENBERG, Drew; TIROLE, Jean. **Game Theory**. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1991.

HIRSCH, Werner Z. **Law and Economics: an Introductory Analysis**. 2ª Edição. San Diego: Academic Press Inc., 1988.

KAGAN, Robert A. **Understanding Regulatory Enforcement**. *Law & Policy*, 11. pp. 89-119. 1989

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MORGAN, Brownen; YEUNG, Karen. **An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9ª Edição. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

SCHOLZ, John T. **Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement**. *Law & Policy*, 6. pp. 385-404. 1984

VARIAN, Hal. **Microeconomia: Conceitos Básicos**. 7ª Edição. Tradução: Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.