

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-075-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

O ano de 2020 será para sempre lembrado. Uma nova realidade surgiu e, para o bem ou para o mal, mudou diversos aspectos da vida individual e coletiva. Dentre os mais variados espaços atingidos pela epidemia do Covid-19 estão a pesquisa e os encontros de pesquisadores. Um novo modelo de evento precisou ser pensado e implantado, criando desafios para organizadores e participantes que, ao final, restaram superados. O I Encontro Virtual do Conpedi é fruto de uma realidade na qual a distância aproxima, integra e abre oportunidade para a democratização do conhecimento. A partir de diferentes cantos do país, uma quantidade expressiva de pessoas se integraram durante vários dias, dividindo experiências e saberes, aprendendo juntos a lidar com desafios novos e antigos, criando laços e estreitando relações nesta que é a maior comunidade de pesquisadores jurídicos do país.

A reunião do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação foi realizada no dia 30 de junho e representou mais uma peça nesta construção coletiva. Mais uma vez funcionou como um espaço para reflexão sobre questões centrais ao desenvolvimento econômico do país e à materialização de direitos sociais. Reunindo pesquisadores do Acre, Pará, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná, contemplou, como de hábito, diversas escolas de pensamento oriundas de diferentes regiões brasileiras. Uma pluralidade que é, ao mesmo tempo, unidade, pois em todas as pesquisas se nota a preocupação com os fins sociais do Direito, com os impactos das decisões econômicas sobre as pessoas.

Os artigos apresentados contemplaram quatro grandes eixos de discussão que, no todo, permitiram um debate abrangente sobre diferentes e relevantes temas relacionados ao Direito e Economia.

1. Na linha dos debates sobre impactos das escolhas tributárias sobre o acesso a serviços, foram discutidas: (a) a natureza da remuneração dos concessionários que prestam serviços essenciais; (b) os benefícios tributários concedidos discricionariamente por Estados membros; e (c) a natureza do mercado secundário, em especial o destinado a comércio de bens raros, e os modelos tributários incidentes.

2. Questões estruturais sistêmicas e problemas decorrentes da baixa eficiência do poder sancionatório das autoridades reguladoras foram analisadas sob diferentes perspectivas, a saber: (a) o debate sobre a dogmática jurídica regulatória, confrontando o pensamento consequencialista (presente na Análise de Impacto Regulatório, p. ex.) com a dogmática jurídica tradicional, fortemente conectada ao passado (o que já foi legislado e decidido); (b) o papel do CADE como garantidor de uma atuação socialmente responsável das empresas; (c) discussão quanto às possibilidades de realização de acordos de leniência no âmbito das agências regulatórias; (d) ampliação da força jurídica das decisões tomadas pelas instâncias regulatórias, tema que foi enfrentado sob duas perspectivas complementares - fortalecimento das instâncias administrativas decisórias e reconhecimento da natureza de título executivo judicial a tais decisões.

3. O problema da tensão entre interesses públicos e privados, que emerge na análise dos pesos relativos atribuídos aos valores da transparência e da proteção ao sigilo emergiram em dois estudos: (a) sobre a necessidade de transparência na concessão de empréstimos por bancos públicos e acompanhamento da execução dos projetos financiados vs. sigilo bancário e empresarial; (b) a regulação do open banking e as questões relacionadas ao conflito entre transparência e compartilhamento de dados vs. sigilo e proteção de dados.

4. Por fim, surgiram diversas questões regulatórias ligadas a áreas específicas, como (a) a fiscalização sanitária de produtos de origem animal; (b) os problemas do setor minerário e as dificuldades para atualização dos marcos normativos; (c) a necessidade de compartilhamento de infra estrutura ferroviária e as dificuldades para ampliar a capacidade de transporte de carga; (d) as particularidades e desafios para o compartilhamento de rede no setor de telecomunicações; (e) as dificuldades para compatibilizar interesses de múltiplos fornecedores em ação no mercado de saneamento.

Os artigos que compõem esta coletânea representam grandes temas de Direito e Economia e permitem aos leitores ter acesso a reflexões densas sobre problemas extremamente atuais e relevantes. Aproveitem a leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals

(<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

LENIÊNCIA REGULATÓRIA SETORIAL: JUSTIFICATIVAS E DIRETRIZES.

REGULATORY LENIENCY IN THE SECTORIAL REGULATION: JUSTIFICATIONS AND GUIDELINES.

Felipe Ferreira Francisco ¹

Resumo

O presente artigo busca apresentar uma proposta de sistematização de programas de leniência regulatória no âmbito das agências reguladoras setoriais como instrumento para incentivar agentes regulados infratores a voluntariamente se adequarem as condutas legalmente exigidas no setor regulado e se comprometerem com a cessação das condutas potencialmente ilícitas.

Palavras-chave: Regulação, Consenso, Eficiência, Leniência, Estratégias regulatórias

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to present a proposal for the systematization of regulatory leniency programs within the sectoral regulatory agencies as an instrument to encourage lawbreakers to voluntarily comply with the legally required conduct in the regulated sector and to commit to the termination of potentially illicit conduct.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Consensus, Efficiency, Leniency, Regulatory strategies

¹ Mestrando em Direito da Regulação pela FGV DIREITO RIO; MBA em Gestão de Negócios de Petróleo pelo IBP; Advogado e Consultor na PETROBRAS; Membro da Comissão de Petróleo da OAB-RJ.

Introdução

Diante das complexidades e dos riscos sistêmicos de uma sociedade pós-moderna e globalizada, a regulação por meio de entidades independentes veio atender a uma necessidade inexorável das sociedades contemporâneas por respostas céleres, neutras e tecnicamente fundamentadas, para garantir o bom funcionamento da economia e considerar as demandas sociais de uma sociedade cada vez mais plural e informada (CHEVALIER, 2009, p. 40).

O fracasso da regulação por meio da intervenção direta no Estado explica a mudança para um modo alternativo de controle, pelo qual os serviços públicos e outros setores, considerados importantes ao interesse público, são deixados em mãos privadas por meio de concessões, mas sujeitos a regras desenvolvidas e aplicadas por agências reguladoras independentes. Essas entidades normalmente são criadas por lei e possuem autonomia e independência funcional normativamente reforçada, no sentido de que lhes é permitido operar fora da linha de controle hierárquico dos ministérios do poder executivo (MAJONE, 2013, p. 14).

Nesse cenário, a regulação realizada por agências reguladoras setoriais se concentra na intervenção regulatória, prevenção de ilícitos e fiscalização de atividades altamente complexas e que podem utilizar tecnologias disruptivas de última geração, como gestão do sistema elétrico por meio de algoritmos, produção de petróleo em águas ultra profundas, produção e autorização de medicamentos, transmissão de dados por frequências e aviação civil, por exemplo.

Em que pese tais agências reguladoras serem – ou devessem ser – dotadas de quadro de funcionários especializados, a limitação de recursos, a formação generalista desses agentes e a complexidade das atividades reguladas, invariavelmente cria uma assimetria de informações entre reguladores e regulados que pode tornar extremamente dificultosa a detecção de atividade ilícitas.

Adicionalmente, no âmbito da regulação setorial realizada por agências reguladoras independentes, existe uma inflação normativa de tipos administrativos sancionadores. As pressões punitivas da sociedade de risco não se limitaram ao direito penal estrito senso, mas se espalharam por todo direito público, especialmente, no direito regulatório, onde qualquer descumprimento das normas regulatórias sejam contratuais ou infralegais “deve” ser sancionado.

Essa expansão do direito administrativo sancionador no âmbito das agências propicia um ambiente potencialmente conflituoso e de difícil fiscalização por parte das agências. Além disso, como tem verificado o Tribunal de Contas da União, esse processo também não tem sido exitoso para a cobrança das multas aplicadas¹.

Existe por parte das agências reguladoras dificuldade de fiscalizar atividades tecnicamente complexas, que são de intrincada verificação. A fiscalização de todo esse aparato sancionador sobre atividades extremamente complexas pode se tornar excessivamente custosa para as agências reguladoras.

Nesse contexto, é necessário racionalizar a atuação regulatória de maneira a obter a conformação das condutas legalmente desejáveis de maneira consensual. Como destaca Juliana Bonacorsi de Palma, (2015, p. 300) *“o fim da atuação administrativa qualquer que seja sua natureza, é satisfazer as necessidades públicas a que esteja adstrita, e não impor medidas restritivas ao particular faltoso”*.

Ao considerar o alto custo da fiscalização de atividades reguladas tecnicamente complexas e de ilícitos de difícil detecção, este artigo se debruçará sobre a possibilidade de as agências reguladoras criarem programas de leniência regulatória de maneira a viabilizar a detecção de atividades ilícitas complexas.

Para fins desse estudo, entende-se por leniência regulatória o acordo celebrado por uma autoridade regulatória e um agente regulado por meio do qual a autoridade concede a extinção ou o abrandamento da aplicação de uma penalidade que seria aplicável ao agente, recebendo em troca provas, colaboração material e processual nas fiscalizações, bem como o compromisso do agente regulado não incidir novamente naquela conduta, conforme conceito moldado por Amanda Athayde (2019, p. 30). Por programa de leniência regulatória depreende-se o sistema de incentivos que busca potencializar a colaboração auto interessada para obtenção de benefícios e dissuasão de ilícitos.

Ressalta-se que o acordo de leniência nunca deve ser considerado um fim em si próprio, mas sim, um importante mecanismo para dissuadir condutas ilícitas e incentivar as condutas corretas (CANETTI, 2019, p. 27). Em especial, é necessário que a regulação se volte essencialmente para sua finalidade precípua que é a conformação das condutas dos agentes regulados com o fim de obter comportamentos desejados por interesses coletivos legalmente protegidos. Portanto, é preciso racionalizar o direito regulatório sancionador de forma que a

¹ Vide último monitoramento do TCU acerca da performance das agências reguladoras federais na arrecadação de multas, Acórdão nº 1.970/2017 do Plenário do TCU.

regulação atinja seu objetivo precípua de conformar comportamentos com o menor custo possível para reguladores e regulados.

Logo, recomenda-se o desenvolvimento de uma proposta de sistematização de programas de leniência regulatória setorial para incentivar agentes regulados infratores a voluntariamente se adequarem as condutas legalmente exigidas no setor regulado e se comprometerem com a cessação das condutas potencialmente ilícitas.

Destaca-se aqui, porém, que a instituição de programas de leniência não é uma novidade no Brasil no âmbito de processos administrativos sancionadores realizados por agências reguladoras, uma vez que os mais conhecidos sistemas de leniência do Brasil foram implementados por agências reguladoras, isto é, a leniência antitruste, prevista na Lei nº 12.529/2011 de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e a leniência do sistema financeiro nacional, instituída pela Lei nº 13.506/2017, de competência do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários. A diferença desses programas de leniência, entretanto, é que eles foram instituídos no âmbito da chamada regulação transversal, que incide sobre vários subsistemas regulados e possuem expressa e específica autorização legal.

A proposta de leniência regulatória aqui apresentada é exploratória e ainda não sistematizada pelas agências reguladoras setoriais. Na proposição ora estudada, o agente regulado ainda não foi efetivamente penalizado, mas diante do incentivo apresentado pelo programa de leniência para não ser penalizado *in totum*, o particular voluntariamente se apresentará para regularizar uma situação de fato potencialmente ilícita e se comprometer a não incidir novamente na mesma conduta.

Verificar-se-á neste trabalho se os subsistemas de regulação setorial independente se apresentam propícios para implementação da leniência regulatória em função de sua maior expertise, flexibilidade e atuação empiricamente informada voltada para consequências e equilíbrio sistêmico. Ressalva-se, porém, que o escopo do estudo se limita as agências reguladoras setoriais federais, dadas as limitações de um artigo acadêmico.

Para abordar esses problemas de pesquisa serão abordados princípios informadores da regulação, como a consensualidade e a eficiência.

Apresentar-se-ão ainda aqui os objetivos e justificativas para implementação de um programa de leniência regulatória em subsistemas regulados e quais são os aspectos subjetivos e materiais relevantes para essa sistematização. Em seguida, serão abordadas as diretrizes para estruturação de programas de leniência regulatória no âmbito das agências reguladoras

setoriais. Ao final, serão feitas realizadas considerações finais com a conclusão desse artigo.

1. O Processo Administrativo Sancionador das Agências Reguladoras Federais

Primeiramente, lembramos aqui a ressalva feita na introdução de limitar o escopo dessa pesquisa às agências reguladoras federais. Logo, a descrição aqui feita dos processos administrativos sancionadores está limitado as normas aplicáveis às agências reguladoras setoriais federais.

Gustavo Binenbojm (2016, p. 111) aborda as consequências do processo administrativo sancionador da seguinte forma:

O processo administrativo sancionador pode ter como desfechos: (i) a aplicação da sanção; (ii) a declaração da inexistência da infração ou da responsabilidade da pessoa contra quem se fez a imputação; (iii) o arquivamento por falta de prova suficiente; (iv) a pronúncia da prescrição da pretensão punitiva do Estado; e, finalmente, (v) a celebração de acordo que se substitua à pena administrativa (acordo substitutivo) ou de acordo que se integre a ela, tornando-a mais branda mediante satisfação de obrigações positivas e negativas estabelecidas no ato consensual (acordo integrativo).

Algumas agências possuem autorização legal formal para criarem e aplicarem sanções administrativas, seja por descumprimento contratual, como por descumprimento de legislação infralegal². Em muitas delas, porém, as leis quadro que instituem as agências apenas estabelecem que as receitas das agências reguladoras advêm das multas previstas em legislação específica³.

Não se verifica, porém, óbices quanto à instituição de um sistema regulatório sancionador por meio de legislação infralegal em razão do amplo poder normativo delegado à essas agências por meio de *standards* e princípios inteligíveis⁴ (GUERRA, 2018, p. 212-213). As matérias objeto de poder normativo das agências são altamente específicas e não seria razoável exigir que as leis em sentido estrito prevejam pormenores de particularidades técnicas, incluindo todo o tipo de infração administrativa possível.

A Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) estabelece “*normas*

² Por exemplo art. 3º, X, da Lei nº 9.427/96 referente a competência para fixar multas no âmbito do setor elétrico e art. 78-A da Lei nº 10.233/01 referente a competência para definição de sanções no âmbito da regulação do setor de transporte terrestre e de transporte aquaviário.

³ Por exemplo, art. 15, da Lei nº 9.478/98, referente as receitas da Agência Nacional do Petróleo e art. 51 da Lei 9.472/97 referente as receitas da Agência Nacional de Telecomunicações.

⁴ Esse autor esclarece que a regulação é uma função administrativa, que não decorre da prerrogativa do poder político, e, sim, da abertura da lei (flexibilidade normativa, com *standards* e princípios inteligíveis) para que o agente regulador pondere, de modo neutro, os interesses concorrentes em conflitos setoriais, sejam eles potenciais ou efetivos. Nesse contexto, no que concerne a regulação estatal de atividades econômicas privadas, há de se deslocar o centro de gravidade da produção legislativa do congresso - esta que se limitaria a definir os limites do marco regulatório, trazendo *standards* e princípios inteligíveis para a escolha do regulador.

básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta” (art. 1º). Para os processos administrativos que possuem de lei própria, como ocorre com aqueles promovidos pelas agências reguladoras, a Lei 9.784/99 se aplica em caráter subsidiário (art. 69).

Assim, diante do cenário exposto, em regra, a lei formal estabelece uma discricionariedade bastante ampla para que o sistema sancionador regulatório seja regulamentado em normas infralegais editadas pelas próprias agências reguladoras.

Conforme já mencionamos na seção anterior, no âmbito de algumas agências reguladoras já estão contemplados na legislação de regência e na legislação infralegal, a possibilidade da agência reguladora celebrar, acordos substitutivos, tais como os termos de ajustamento de conduta, que têm sido utilizados para corrigir pendências, irregularidades e infrações, em contrapartida da assunção de obrigações pelo agente regulado para cumprimento em prazo determinado. Destacamos, nesse contexto, as autorizações legais para celebração de ajustamento de conduta existentes na regulação da ANEEL⁵, ANATEL⁶, ANTAQ⁷, ANTT⁸ e ANS⁹.

Conforme afirmam MARQUES NETO e PALMA (2019, p.2) existe uma miríade de acordos substitutivos na esfera regulatória. A Resolução ANATEL n.º 629/2013, que dispõe sobre o termo de compromisso de ajustamento de conduta pode ser considerada a normativa mais avançada.

Desde 2010 o TCU vem monitorando a performance das agências reguladoras federais quanto a aplicação e cobrança das penalidades aplicadas. Foram objeto de análise pela corte de contas as seguintes agências: Agência Nacional de Águas (ANA), da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), da Agência Nacional do Cinema (Ancine), da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), pelo Banco Central do Brasil (Bacen), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e

⁵ Vide art. 21 da Resolução ANEEL n.º 63/04 e art. 5º Resolução ANEEL n.º 333/08.

⁶ Vide Resolução ANATEL n.º 629/2013.

⁷ Vide art. 24 da Resolução ANTAQ n.º 987/08.

⁸ Vide art. 14 da Resolução ANTT n.º 5083/2016.

⁹ Vide art. 29 da Resolução ANS n.º 48/03 e art. 8º da Resolução ANS n.º 57/01 e Lei 9656/98

dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Desde o levantamento realizado em 2010 foi observado o reduzido índice de arrecadação das multas aplicadas pelas entidades federais de regulação e fiscalização, desdobrou-se em sucessivos monitoramentos, apreciados sequencialmente mediante os Acórdãos 482/2012, 1.665/2014, 2.011/2014 e 2.740/2014 e por último o 1.970/2017.

Desde os primeiros ciclos de monitoramento foram identificadas deficiências sistêmicas nos procedimentos de arrecadação de multas, em prejuízo à própria efetividade das ações de fiscalização e de controle exercidas pelas unidades auditadas. Tal constatação já deu ensejo a diversas determinações e recomendações, com o objetivo precípuo de aprimorar a sistemática de controle e de arrecadação dessas sanções administrativas.

Conforme tabela abaixo, constata-se o baixo índice de multas efetivamente cobradas pelos entes reguladores federais apurado no último monitoramento.

**Tabela 1 – Multas Aplicadas X Multas Arrecadadas
Exercícios de 2011 a 2014**

Agências / Entidades	Multas Aplicadas		Multas Arrecadadas	(b) / (a)
	Qtde	Valor (R\$) (a)	Valor (R\$) (b)	
Anac	19.530	132.349.064,59	45.973.376,60	34,74%
Antaq	730	24.033.252,60	7.064.378,75	29,39%
Anvisa	12.942	261.673.720,00	75.279.900,00	28,77%
ANA	134	1.189.260,15	260.997,58	21,95%
ANP	21.580	2.288.525.498,59	458.584.972,59	20,04%
Aneel	1.330	1.853.944.239,06	354.041.192,55	19,10%
ANTT	1.344.146	1.519.193.185,79	176.769.011,87	11,64%
CVM	6.815	311.288.451,49	32.608.241,87	10,48%
ANS	12.543	1.262.774.346,74	106.099.390,31	8,40%
Ancine	1.522	35.240.846,38	2.292.833,25	6,51%
Cade	121	3.694.447.802,55	185.073.801,32	5,01%
Anatel	13.249	2.214.097.295,05	106.580.598,38	4,81%
Bacen	11.766	323.629.032,34	12.959.387,07	4,00%
Susep	1.944	12.275.102.611,74	15.763.734,45	0,13%
Consolidado	1.448.352	26.197.488.607,07	1.579.351.816,59	6,03%

Fonte: Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1970/2017 – TCU – Plenário

O resultado dos ciclos de monitoramento realizado pelo TCU revela a necessidade de atuação mais eficiente e racional por parte das agências reguladoras e programas de leniência regulatória podem oferecer alternativas para efetiva para a conformação com as normas regulatórias e ressarcimento dos cofres públicos.

No entanto, cabe mencionar aqui que embora as estratégias consensualistas estejam na ordem do dia para obter resultados mais eficientes para a atividade regulatória, o TCU em recente decisão causou paradoxalmente alívio e apreensão no que tange segurança jurídica necessária para consecução de acordos substitutivos no âmbito da regulação setorial. Destaca-se aqui o chamado TAC da ANATEL - Acórdão 2.121/17 do TCU.

No caso concreto, o TCU reconheceu a juridicidade do *TAC da ANATEL com a companhia Telefonica*, gerando um *leading case* para se confirmar a validade dos acordos substitutivos celebrados por agências reguladoras:

Este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU; [N]ão existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário; [T]endo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento. (TC 022.280/2016-2, Rel. Min. BRUNO DANTAS, Acórdão 2.121/17, julgado pelo Plenário na Sessão de 27 de setembro de 2017.)

Embora tenha sido um regozijo o reconhecimento da juridicidade da celebração do TAC, uma série de condições impostas pelo TCU causaram uma aflição na comunidade jurídica quanto a certeza de que os acordos substitutivos celebrados por entes reguladores terão seus termos respeitados pelos órgãos de contas. Ao fim do processo, após a ANATEL ter que avaliar as recomendações realizadas pelo TCU a Telefônica desistiu da celebração do TAC.

Não é objeto desse trabalho discutir o mérito do TAC da ANATEL ou mesmo da própria decisão, porém uma questão relevante para esse trabalho é a necessidade de se conferir segurança jurídica para os programas de leniência regulatória aqui propostos. A celeuma levantada pelo acórdão do TCU 2.127/17 gera receios quanto à avaliação do mérito inclusive de acordos de leniência com expressa previsão legal, como a leniência antitruste celebrada pelo CADE e a leniência anticorrupção celebrada pela CGU (MARQUES NETO; PALMA, 2019, p. 44).

Conforme será aprofundado nesse trabalho, a segurança jurídica é uma das condições *sine qua non* de qualquer programa de leniência exitoso. Isto é, os acordos de leniência devem ser definitivos e finais, sem novo escrutínio de órgãos de controle ou do poder judiciário, salvo casos de dolo, má-fé e fraude de uma das partes. Portanto, é essencial que seja reconhecida a deferência devida à atuação das agências reguladoras independentes, tal qual o STF tem feito¹⁰,

¹⁰ A respeito do poder normativo técnico das agências reguladoras, o STF tem entendimento consolidado no sentido de que a função normativa dessas autarquias sob regime especial, cuja transcrição do *leading case*, acórdão ADI 1668/DF-MC do plenário, relatado pelo Min. Marco Aurélio Mello, faz-se indispensável nesse momento: *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ART. 7º, III E XV, IN FINE, DA LEI Nº9.782/1999. RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA (RDC) DA ANVISA Nº14/2002. PROIBIÇÃO DA IMPORTAÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS FUMÍGENOS DERIVADOS DO TABACO CONTENDO ADITIVOS. AGÊNCIA NACIONAL DE*

também em relação aos acordos substitutivos celebrados por essas entidades.

2. Regulação e Consensualidade

São características essenciais das agências reguladoras independentes¹¹ a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, poderes normativos limitados aos setores regulados definidos por lei e organização em rede (não hierárquica e piramidal).

Tal autonomia reforçada legalmente, com base na estabilidade funcional de seus dirigentes, ausência de controle hierárquico e quadro funcional especializado, dota tais agências de neutralidade para mediação dos interesses regulados¹², que teoricamente blindam essas entidades das pressões políticas do governo e das influências e pressões dos agentes regulados, que podem resultar na captura do ente (MARQUES NETO, 2009, p. 50-51).

Essas agências reguladoras organizadas a partir de *standards* possuem poderes normativos relativamente amplos – limitados pela juridicidade – para estabelecer métodos e processos que gerem eficiência nos setores regulados e atendam os interesses coletivos específicos definidos em lei, conforme disserta Alexandre Aragão:

As leis atributivas de poder normativo [através de standards] às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados (ARAGÃO, 2003. p. 406).

VIGILÂNCIA SANITÁRIA. REGULAÇÃO SETORIAL. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIA REGULADORAS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA E DO DIREITO À SAÚDE. PRODUTOS QUE ENVOLVEM RISCO À SAÚDE. COMPETÊNCIA ESPECÍFICA E QUALIFICADA DA ANVISA. ART. 8º, § 1º, X, DA Lei nº 9.782/1999. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. DEFERÊNCIA ADMINISTRATIVA. RAZOABILIDADE. CONVENÇÃO-QUADRO SOBRE CONTROLE DO USODO TABACO – CQCT. IMPROCEDÊNCIA.

¹¹ Tais pressupostos de uma atuação independente das agências reguladoras foram inclusive positivados no art. 3º da lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 e certamente se tornará parâmetro avaliação de capacidades institucionais pelo judiciário e por órgãos de controle: “Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.”

¹² Essa mencionada neutralidade não quer dizer que o regulador deve atuar contra os interesses dos agentes regulados ou em contraposição aos desígnios do poder público. Quer dizer que no exercício das atividades regulatórias deve manter equidistância dos interesses políticos e comerciais existentes no setor regulado, de modo a exercer com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhorar e atingir os seus objetivos institucionais.

Conforme esclarece Jacques Chevalier, nas sociedades pós-modernas a regulação pressupõe o recurso a uma diversidade de meios de ação para atendimento das demandas sociais e econômicas: a regulamentação (*rule-making*), a fiscalização (*monitoring*), a alocação dos direitos (*adjudication*), a composição dos litígios (*dispute resolution*) (CHEVALIER, 2009, p. 73). Para fins desse artigo deter-se-á mais especificamente as atividades fiscalização e prevenção de ilícitos que possam criar danos substanciais para a sociedade.

Portanto, conforme resume Jacques Chevallier a regulação “*aparece como um direito maleável, pragmático, flexível, elaborado na relação estreita com os destinatários e continuamente revisado em função dos resultados obtidos*” (CHEVALIER, 2009, p. 73).

A procedimentalização da atuação regulatória por meio de normas que gerem previsibilidade para as condutas desejadas pelo regulador direcionará as escolhas regulatórias para consolidar a confiança e o consenso entre agentes regulados, usuários e Administração, de forma que a regulação deve se tornar um verdadeiro catalizador de interesses legítimos.

No que tange aos programas de leniência é essencial que haja previsibilidade do processo a ser seguido e das garantias quanto a definitividade e vinculação do acordo para as partes envolvidas. Uma vez que sem segurança jurídica necessária nenhuma das partes estarão confortáveis para realizar concessões recíprocas

A consensualidade passa assim ser praticada sob todas as etapas e modalidades da regulação: na formulação da norma, na aplicação da norma e nos questionamentos da norma, inclusive com a pluralização paralela das vias negociadas de solução de conflitos:

Daí a circularidade virtuosa do processo: os consensos, pressupondo a existência de um mínimo de confiança, e a confiança, pressupondo um mínimo de consenso, ressabido que quem não confia terá sempre aumentada a dificuldade em construir relações estáveis e quem não dialoga, dificilmente suscitará confiança do outro. (MOREIRA NETO, 2018, p. 137)

Essas características da regulação tornam o ambiente propício para implementação da leniência regulatória dado o ambiente de consensualidade e o diálogo constante dos agentes regulados com o órgão regulador.

Juliana Bonacorsi de Palma, em obra recente, conceitua os chamados “acordos substitutivos que caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo sancionador”, substituindo uma atuação imperativa e unilateral da Administração para findar um processo de maneira consensual. Os acordos substitutivos podem ter 3 funções específicas: (i) substituir a sanção específica ao fim do processo; (ii) suspender o processo sancionatório; ou (iii) interditar a instauração do processo administrativo sancionador (PALMA, 2015, p. 252).

A partir do gênero conceitual de acordos substitutivos surge uma série de espécies de

acordos que podem ser instrumentos para atingimento de finalidades públicas distintas através de acordos com particulares em que são encerrados processos administrativos sancionadores. São espécies desse gênero os termos de ajustamento de conduta, os termos de compromissos, termos de cessação e, finalmente, os acordos de leniência, todos possuindo um procedimento e uma finalidade diferente decorrente de uma regulamentação regulatória específica.

Nesse contexto, como reforço ao ambiente de consensualidade predicado regulação, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Portanto, abre-se aqui no campo normativo uma autorização expressa e geral para aplicação da leniência regulatória como um mecanismo voltado a eliminação de irregularidades e situações conflituosas.

Sergio Guerra e Juliana de Palma afirmam que o grande mérito do art. 26 da LINDB foi justamente espantar dúvida jurídica acerca da capacidade da Administração Pública poder transacionar prerrogativas e situações contenciosas, uma vez que, de modo claro e contundente, o mínimo regulamentar foram estabelecidos os requisitos mínimos de validade imprescindíveis a efetividade e garantia dos interesses coletivos e das partes envolvidas (GUERRA; PALMA, 2018, p. 147).

A autorização genérica em referência propicia uma grande fluidez para celebrar os acordos substitutivos. O acordo que se destine a eliminar irregularidade pode ter a finalidade de obter o compromisso de cessação da conduta infratora, decorrente de descumprimento de cláusula contratual ou de poder de polícia. O permissivo legal da LINDB permite ainda que o acordo tenha finalidade de eliminar situação contenciosa envolvendo a administração pública direta e indireta, tais com aqueles decorrentes de contencioso administrativo e processo sancionador regulatório, em que as partes acordão a interdição, suspensão ou extinção processo administrativo em troca de algum benefício para os interesses coletivos legalmente protegidos (GUERRA; PALMA, 2018, p. 151).

Portanto, nada impede que as características de eliminar irregularidade e/ou situação contenciosa estejam reunidas em um único programa de leniência regulatória, como veremos no decorrer desse trabalho.

A despeito da novel autorização genérica para celebração de acordos substitutivos de

sanções trazida pela LINDB, é importante destacar que no âmbito das agências reguladoras, conforme foi mencionado, já existia poderes normativos para disciplinar e regulamentar o processo administrativo sancionador e suas alternativas para resolução de situação contenciosa e cessação de atividades ilícitas (PALMA, 2015, p. 255-256). Assim, conforme já mencionado, alguns subsistemas regulados já possuíam regulamentação específica que permitia a utilização de meios consensuais para substituição de sanções. Nesse contexto, recorda-se aqui das permissões infralegais existentes na ANEEL, ANS, ANTT, ANATEL e ANTAQ para que agências reguladoras celebrem acordos substitutivos de sanções com agentes regulados.

Como será apresentado a seguir o acordo de leniência difere-se das demais espécies de acordo substitutivos por possui objetivos e fundamentos específicos em relação as demais espécies de acordos substitutivos. Um programa de leniência deve ser instituído para um objetivo específico, para prevenir determinados tipos de ilícitos e apresentar requisitos específicos, conforme um procedimento pré-estabelecido que ofereça segurança jurídica e previsibilidade para as partes (CANETTI, 2019, p. 161-165). Portanto, o acordo de leniência segundo a doutrina especializada difere-se dos demais acordos substitutivos genéricos aqui mencionados, pois não devem ser manejados *ad hoc*.

3. Objetivos de um programa de leniência regulatória

A doutrina especializada nos acordos de leniência já previstos legalmente e que portanto possuem massa crítica doutrinária acerca das justificativas de um programa de leniência de maneira geral elegem os seguintes objetivos para o estabelecimento de um programa de leniência: (i) a cessão da infração; (ii) detecção de práticas ilícitas complexas; (iii) obtenção de provas; (iv) efetividade da investigação, (v) dissuasão de práticas ilícitas futuras, e (vi) reparação e ressarcimento de danos decorrentes da prática ilícita (ATHAYDE, 2019, p. 30).

Pretende-se neste trabalho, portanto, trazer esses objetivos comuns dos programas de leniência já conhecidos para a proposta de leniência regulatória com a finalidade de integrá-los ao contexto da regulação setorial econômica.

Do ponto de vista da regulação setorial e de seus objetivos iminentes de obtenção de comportamento desejáveis dos agentes econômicos, uma das principais justificativas para a instituição de um programa de leniência regulatória é a cessação imediata dos comportamentos danosos para sociedade e a conformação voluntária com a regulação (ATHAYDE, 2019, p. 47).

Outra justificativa igualmente relevante para adoção de um programa de leniência é a possibilidade de detecção de práticas ilícitas altamente complexas e de difícil detecção. É

importante enfatizar que não seria recomendável estabelecer um programa de leniência para práticas ilícitas de simples ou baixo custo de fiscalização. Ora, ilícitos de fácil identificação ou cujo custo de verificação sejam muito baixos, não precisam contar com a leniência dos entes reguladores.

No Brasil todos os programas de leniência legalmente estabelecidos, tais como anticorrupção (Lei nº 12.848/2013), antitruste (Lei nº 12.529/2011), crimes no sistema financeiro (Lei nº 13.506/2017) foram instituídos em razão do caráter de difícil verificação dos ilícitos associativos pelas autoridades investigadoras. Todos esses são ilícitos resultados de práticas ocultas, que podem até chamar a atenção e desconfiança em relação a atos suspeitos, mas sem a colaboração e documentação de participantes do esquema criminoso dificilmente seriam evidenciados (ATHAYDE, 2019, p. 32).

Assim, a criação de um programa de leniência alicerça-se na ideia de obter maiores e melhores informações acerca de condutas ilícitas cujas características específicas da atividade torna extremamente difícil a obtenção das provas necessárias para imputação de responsabilidade do infrator (CANETTI, 2019, p. 28).

Na regulação setorial a difícil detecção decorre precipuamente da alta complexidade de alguns setores regulados, bem como da dinamicidade de algumas atividades, não necessariamente da colusão dos agentes regulados e esses fatores devem ser levados em conta no momento de estruturação de um programa de leniência regulatória.

Nesses setores regulados, invariavelmente existe uma assimetria informacional entre infratores e autoridades regulatórias decorrente da sofisticação das tecnologias aplicadas e da necessidade de quase instantânea atualização dos reguladores.

Nesse contexto, é necessário reconhecer as limitações estatais de recursos financeiros, infraestrutura e de tempo para realizar custosas investigações e o custo de oportunidade das escolhas administrativas acerca das atividades estatais também relevantes que são preteridas em função dos recursos destinados as atividades persecutórias. A partir dessa constatação torna-se necessário desenvolver estratégias regulatórias mais eficientes para atingir os objetivos regulatórios com menos custos, o que, invariavelmente encaminha o gestor público para o âmbito da consensualidade (CANETTI, 2019, p. 29-30).

Estes dois primeiros objetivos elencados – cessação de atividades ilícitas e detecção de atividades ilícitas complexas – estão intrinsecamente ligadas as características da sociedade pós-moderna e do que foi denominado por Ulrich Beck de sociedade de risco. Na sociedade de risco, o progresso tecnológico apresenta repercussões diretas em um incremento do bem-estar

individual e na dinâmica dos fenômenos econômicos regulados por agências reguladoras independentes (SILVA SANCHEZ, 2002, p.29).

A busca por incessante por inovação pode trazer inerentemente consequências negativas. A inovação e a disrupção contínua fazem com que indivíduos e empresas aumentem sua tolerância ao risco em razão de uma economia cada vez mais competitiva em que a ideia inovadora de ontem está obsoleta no ano seguinte. Assim a sociedade fica exposta as decisões que os agentes regulados adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos que derivam dos avanços das aplicações tecnológicas na indústria, na biologia, na genética, na engenharia, na energia nuclear, na informática e etc.

Outra justificativa para o estabelecimento do programa de leniência regulatória é o aumento da efetividade e a redução de custos da investigação e do processo de responsabilização. Os custos iniciais são relativamente baixos, pois os infratores trazem voluntariamente ao conhecimento das autoridades regulatórias as informações relativas às atividades potencialmente ilícitas de difícil detecção, cuja investigação seria extremamente custosa. A instrução processual, igualmente, também tem seus custos reduzidos e são mais céleres, uma vez que o contraditório é reduzido (ATHAYDE, 2019, p. 43-44). Além disso, tendo em vista que existe um reconhecimento das práticas potencialmente ilícitas pelo agente regulado, o risco de questionamento judicial ulterior pelo infrator é praticamente remoto, tendo em vista que além da iniciativa consensual estarão em jogo os benefícios obtidos.

É necessário ter em mente que todas as prestações estatais, ainda aquelas tradicionalmente identificadas como negativas, possuem custos inerentes (SUNSTEIN; HOLMES, 2019, p. 23-26). Mecanismos estatais de fiscalização e persecução demandam pessoas, infraestrutura física, como laboratórios, automóveis e tempo dedicado a essas atividades. E quanto mais complexo o ilícito provavelmente maior será o investimento necessário para identificar e apenar infratores¹³.

No Brasil, acrescenta-se o fato de que a aplicação efetiva de multas invariavelmente envolverá a atuação da advocacia da união e do poder judiciário para promover a morosa e cara execução fiscal das sanções administrativas (CANETTI, 2019, p. 156), cujos recursos necessários para custear essas atividades também poderiam ser destinados a outras atividades

¹³ Sunstein e Holmes defendem que todas as prestações estatais são positivas já que minimamente dependem de um aparato estatal para fiscalizar e assegurar a aplicação da lei demandando que tributos sejam instituídos para pagar esses custos. Na seara regulatória não é diferente, mesmo normas e regras para garantir a segurança dos cidadãos e mitigar externalidades demandam custos para sua fiscalização que são custeadas por tributos que poderiam ser destinados a outras atividades.

de maior relevância social.

Nesse contexto, é inegável que soluções consensuais, como a proposta de leniência regulatória, geram ganhos potenciais de eficiência e de otimização de utilização de recursos públicos (PALMA, 2015, p. 120-129).

Outro fator importante que justifica o estabelecimento de um programa de leniência regulatória é a dissuasão de práticas ilícitas futuras, isto é, a capacidade desse instrumento desincentivar que outros atores regulados (re)incidam no mesmo ilícito (ATHAYDE, 2019, p. 60).

O fato de um agente regulado procurar a autoridade reguladora amplia a capacidade de verificação daquele ilícito pela agência, já que um dos praticantes da prática ilícita já revelou os meios pelos quais a prática ilícita é praticada. Essas informações entregues pelo primeiro colaborador no âmbito da regulação de matérias tecnicamente complexas possuem o potencial de reduzir drasticamente a assimetria informacional entre os regulados infratores e a autoridade reguladora, tornando ilícito de fácil detecção.

Esse reequilíbrio informacional gera por si só um ambiente de incerteza que desestabiliza os demais regulados que incorram na mesma prática infracional.

Conforme abordaremos ainda nesse trabalho para que o efeito da dissuasão seja de fato efetivo é necessário que busquem limitar os benefícios da leniência regulatória ao(s) primeiro(s) que procurar(em) a autoridade reguladora para colaborar, estratégia que abordaremos com mais detalhes no decorrer do estudo.

Nos conhecidos programas de leniência já instituídos no Brasil mencionados acima, o efeito da dissuasão é incrementado ainda pelo dilema do prisioneiro, situação de negociação típica da teoria dos jogos em que o benefício é oferecido simultaneamente a mais de um infrator em colusão e que o sistema de benefícios oferecidos àquele que primeiro delatar incentiva os infratores a maximizar seus interesses de curto prazo diante da desconfiança sobre o comportamento dos demais infratores (CANETTI, 2019, p. 65-66).

Ressalva-se, porém, que essa situação tende a ser menos frequente nos casos da prática de ilícitos na regulação setorial, uma vez que, em princípio, o principal foco dos programas de leniência regulatória setorial tende ser a detecção de ilícitos em situação assimetria informacional decorrente de (des)atualização dos entes reguladores e complexidade técnica, e não de colusão. Embora seja possível imaginar casos de colusão entre concorrentes do mesmo setor regulado para burlar uma norma regulatória, pode-se inferir que, na prática, esses ilícitos são potencialmente de natureza concorrencial, o que pode gerar uma necessidade de

coordenação regulatória entre a autoridade reguladora setorial e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tal qual como preconiza os arts. 25 a 28 da Lei 13.848/2019. Nesse contexto, é importante destacar que a própria lei não estabelece a colusão como um objetivo essencial da leniência, tanto que a Lei 12.846/13, em seu art. 16, I, estabelece que a leniência deve exigir a identificação de demais envolvidos, apenas quando couber.

Por fim, uma última justificativa para instituição de um programa leniência regulatória é possibilitar a reparação e o ressarcimento pelos danos causados pelas práticas ilícitas. A autoridade regulatória pode criar, a priori, mecanismos cálculo e descontos na indenização devida, desde que isso também estimule uma mudança no comportamento do agente regulado.

4. Diretrizes para o estabelecimento de um programa de leniência regulatória.

Tal qual apresentamos as justificativas de um programa de leniência regulatória a partir dos apontamentos realizados pela literatura especializada acerca dos programas de leniência já conhecidos, aqui nesse capítulo utilizaremos de estratégia semelhante.

A partir das recomendações da doutrina relativas aos programas de leniência antitruste e anticorrupção apresenta-se o que entendemos ser necessário para o estabelecimento de um programa leniência regulatória a ser desenvolvido pelas agências reguladores setoriais.

Primeiramente, destacamos que não se propõe aqui uma lei geral de leniência regulatória aplicável a todas as agências, mas que cada agência desenvolva um programa de leniência regulatória adequado a sua realidade e necessidades.

De maneira geral, é fundamental para o êxito de um programa de leniência que a adesão à autodenúncia espontânea seja atraente para o infrator, oferecendo benefícios superiores àqueles decorrentes da continuidade das práticas infratoras. Porém, o programa de leniência não poderá ser o generoso a ponto de não desincentivar as práticas ilícitas (CANETTI, 2019, p. 50). Assim, as diretrizes aqui apresentadas devem ser ponderadas e customizadas para cada subsistema regulatório específico e para cada tipo de ilícito que se pretende reprimir.

A primeira diretriz é que os infratores tenham de fato medo da prática ilícita ser descoberta. Isto é, o órgão regulador deve ter estruturado seu órgão de fiscalização e este deve estar capacitado para encontrar os infratores.

Os programas de leniência até hoje estruturados estão baseados nos paradigmas da teoria da escolha racional. Em outras palavras, essa teoria econômica parte da premissa de que seres humanos são maximizadores de suas preferências e tendem adotar as decisões que melhor

atendam essas preferências. Assim, as leis aplicáveis possuem um papel importante para incentivar ou desincentivar um comportamento (KOROBKIN, 2000, p. 44). Nesse contexto, para que os infratores se sintam incentivados a reconhecer suas infrações e deletar seus comparsas, os agente regulados devem ter o verdadeiro receio de que podem ser descobertos e que as punições superam os benefícios da atividade ilícita, caso contrário a conduta infratora se mostrará mais vantajosa do que os benefícios do programa.

A ideia do programa de leniência parte da premissa, portanto, de que o infrator, no momento de decidir se pratica o ilícito ou se procura as autoridades, faz uma avaliação da probabilidade de ser pego e a intensidade da pena que pode ser imposta.

Nos preocupa, nesse sentido, o percentual baixo de multas arrecadadas da maioria das agências reguladoras, apresentado na Tabela 1 da seção 2 deste artigo, uma vez que isso demonstra uma baixa efetiva cobrança de multas de algumas agências reguladoras. No entanto, é necessário dizer com base no mesmo dado, que o baixo percentual de multas arrecadadas pelo CADE não se tornou impedimento ao sucesso do programa de leniência do CADE, que já tem quase 100 acordos de leniência antitruste assinados até setembro de 2019¹⁴.

Para provocar o temor de ser descoberto nos infratores, a agência reguladora deverá utilizar diversos métodos conjugados para identificar o ilícito, além das atividades investigativas ostensivas tradicionais (ATHAYDE, 2019, p. 65).

Uma das mais eficazes estratégias é estabelecer uma ouvidoria e uma linha especial de denúncias que protejam o anonimato do denunciante.

Outra estratégia é realizar a divulgação pedagógica do programa de leniência e dos danos causados pela atividade ilícita na sociedade para os públicos alvos do programa de leniência.

Estabelecer protocolos de cooperação com outros órgãos reguladores e de investigação que tenham potencial de identificar a conduta ilícita também faz parte do plano de intensificar as práticas investigativas.

Para o estabelecimento do programa de leniência regulatória, no âmbito de cada setor regulado, será necessário identificar aqueles delitos que conjuguem um maior potencial de danos sociais relevantes e uma grande dificuldade de detecção da conduta infratora (CANETTI, 2019, p. 62). Já mencionamos aqui a necessidade de utilizar a leniência para aqueles ilícitos de difícil verificação, uma vez que não seria razoável ser generoso com aquelas infrações que são facilmente identificáveis. Igualmente, o programa de leniência deve mirar em dismantlar

¹⁴ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 22/11/2019.

infrações que possam ter forte impacto social. A título ilustrativo destacamos aqui como potenciais alvos de programas leniência regulatória aquelas atividades de ilícitas que possam impactar a segurança e o bem-estar das pessoas, como aquelas que envolvem a alimentação, saúde, o meio ambiente e a segurança de usuários, consumidores e da força de trabalho, assim como pode objetivar identificar que gerem graves impactos aos cofres públicos, tais como aquelas que frustram o pagamento de participações governamentais de concessões.

Assim, em razão da alta lesividade desses ilícitos é necessário que a regulação estabeleça severas penas para essas atividades ilícitas. Esse com certeza será um fator determinante para a atratividade do programa de leniência.

Como já pôde ser depreendido, o sucesso do programa de leniência depende da conjugação de ameaças – risco de ser identificado e punições severas - e recompensas – benefícios obtidos com a autoincriminação. Portanto, é indispensável que os tipos ilícitos objeto do programa de leniência possuam punições elevadas, especialmente financeiras. Estamos tratando aqui do ambiente de regulação econômica de atividades lucrativas, portanto um dos principais incentivos para dissuadir empresas de práticas ilícitas são pesadas multas, para que os órgãos executivos das empresas precifiquem o potencial custo daquela atividade.

Portanto, o programa de leniência deve ser atrativo, não porque oferece prêmios, mas porque a alternativa à cooperação seria a imposição de castigos severos pelas agências reguladoras.

A depender do caso, junta-se ao processo responsabilização empresarial também, os processos de responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas na atividade, o que abordaremos no próximo capítulo.

É igualmente indispensável para o programa de leniência que exista previsibilidade do processo a ser seguido. Isso implica em não apenas existirem normas expressas e claras sobre os ilícitos, i.e., penas e os potenciais benefícios, mas também acerca do roteiro a ser seguido pelo agente regulado, isto é: Quem são as autoridades responsáveis? Qual tratamento será conferido as informações durante as tratativas? Quais são as etapas até a decisão final? Qual é o prazo estimado de negociação? (CANETTI, 2019, p. 72)

A procedimentalização e previsibilidade inclusive servirá de balizador para as regras do jogo aplicáveis a todos os infratores assegurando que haja isonomia tratamento entre os potenciais delatores.

Além da previsão nas normas regulatórias é recomendável que as agências reguladoras

divulguem “guias” do programa de leniência, tal qual já é feito pelo CADE¹⁵ e pela CGU¹⁶.

O programa de leniência também não pode gerar no agente receios maiores do que aqueles preexistentes a cooperação. Logo, o sigilo das tratativas é outro fator essencial para um programa de leniência atrativo. As informações divulgadas pelo delator devem ser acessíveis apenas a uma pequena equipe que é responsável pelo programa de leniência e distante de agentes políticos. Deve ser regulamentado previamente o acesso de órgãos de controle devem ter ao procedimento, pois embora necessária o conhecimento de órgão de controle não deve tumultuar as tratativas e gerar insegurança no delator.

O sigilo será útil até mesmo para o estado como uma cautela para garantir que outros integrantes da mesma organização ou outros infratores em colusão destruam provas da atividade ilícita.

É indispensável dizer, que o programa de leniência regulatória deva estabelecer que as informações trazidas pelo infrator devem ser novas e úteis para a agência (CANETTI, 2019, p. 98-99). É extremamente difícil pré-estabelecer *a priori* um nível ideal ou ótimo de evidências apresentadas, mas é certo que as provas apresentadas devem ser suficientes para demonstrar com clareza como a atividade ilícita funcionava e/ou a participação de seus comparsas, quando couber.

Não há, portanto, direito subjetivo a celebração do acordo de leniência regulatória, em que pese existir previsibilidade acerca do roteiro da leniência, a autoridade reguladora deve ter certa discricionariedade para avaliar a qualidade das provas apresentadas e o enquadramento dos fatos narrados ao programa de leniência.

O programa de leniência pode ofertar uma extinção integral ou parcial da sanção administrativa, tal como já prevê a leniência antitruste e anticorrupção, respectivamente. A calibração dos benefícios ofertados ao autodenunciante deve ser objeto de muito estudo das agências reguladoras, pois ela deve ser suficiente para gerar uma corrida pela leniência pelos infratores, mas não pode ser demasiada o suficiente para não desincentivar a conduta ilícita.

Também é recomendável que os benefícios oferecidos para redução ou extinção das penalidades administrativas devem ser proporcionados apenas aos primeiros autodenunciantes o que poderá incentivar ainda mais essa corrida pela leniência. Nas palavras de Rafaela Canetti:

“O elemento da primazia, em que o agente ou é o único premiado por ser o primeiro a colaborar nos termos demandados pela norma, ou é premiado de forma muito mais

¹⁵ Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf. Acesso em 22/11/2019.

¹⁶ Disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 22/11/2019.

intensa que os demais colaboradores subsequentes – costuma ser apontado como da essência para a configuração do dilema do prisioneiro nos acordos de leniência. É ele o que garante que o ofensor terá pressa na propositura de um acordo com o Estado.” (CANETTI, 2019, p. 101)

O programa de leniência regulatória, contudo, podem prevê não apenas a redução das sanções pecuniárias, mas também podem contemplar ainda obrigações de fazer e medidas compensatórias ao dano gerado. Outro mecanismo que pode estar presente no programa de leniência deve ser o estabelecimento de período de monitoramento e exigência de estruturação de programas de conformidade regulatória à semelhança do que ocorre com os programas de *compliance* anticorrupção.

5. Considerações finais

O objetivo desse artigo foi apresentar a possibilidade de sistematização de um programa de Leniência regulatória no âmbito das agências reguladoras setoriais, uma vez que se coloca o problema de a regulação voltar-se a utilização de mecanismos de atuação eficiente e consensuais para obter a conformação dos comportamentos desejáveis pelos agentes regulados.

Existe uma alta complexidade na regulação setorial, que torna difícil a detecção de ilícitos regulatórios. Além da dificuldade da identificação das atividades infratoras, verificou-se também um baixíssimo índice de cobrança de multas aplicadas pelas agências reguladoras, conforme levantamento do TCU.

Observou-se ainda que o ambiente da regulação é propício a implementação a programas de leniência devido a busca de equilíbrio sistêmico e consensualidade.

Nesse contexto, foram apresentados os objetivos e as diretrizes para instituição de um programa de leniência na regulação setorial.

Por fim, não é o propósito deste artigo apresentar a leniência regulatória aqui delineada como uma panaceia para solução dos problemas de fiscalização dos agentes regulados. O que se propôs foi a sistematização de mais um instrumento para conformação de comportamentos regulados com baixo custo e eficiência.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

- ATHAYDE, Amanda. *Manual dos Acordos de Leniência no Brasil teoria e prática: teoria e prática CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência: Fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2019.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum. 2009.
- GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre escolhas administrativas*. 5ª.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.
- KOROBKIN, Russell B. *Behavioral Analysis and Legal Form: Rules vs. Standards Revisited*. Oregon Law Review : Vol. 79, No. 1, 2000, p. 023-060.
- MAJONE, Giandomenico. *As transformações do Estado Regulador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8898/7807>>. Acesso em: 27 de julho 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8898>.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Forum. 2009.
- MARQUES NETO, Floriano De Azevedo e DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Juridicidade E Controle Dos Acordos Regulatórios: O Caso Tac Anatel, 2019*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf . Acesso em: 21/11/2019.
- MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. 1ª ed. Malheiros. São Paulo, 2015- 1 ed./2015.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. e HOLMES, Stephen. *O Custo dos Direitos – Porque a liberdade depende dos impostos*: tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p, 23-26.