

A Teoria da Regulação Responsiva e seus Aperfeiçoamentos na ANTT: uma abordagem no direito administrativo sancionador para a conformação de condutas fiscalizatórias

The Theory of Responsive Regulation and Its Improvements at ANTT: An Approach in Sanctioning Administrative Law for the Structuring of Supervisory Conducts

Submetido(submitted): 12 February 2025

Parecer(reviewed): 19 February 2025

Revisado(revised): 23 February 2025

Aceito(accepted): 27 February 2025

Augusto Rolim da Silva Neto*

<https://orcid.org/0009-0002-3620-2918>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To assess whether the Theory of Responsive Regulation is compatible with the application of Sanctioning Administrative Law aspects of cooperation, coordination, and the adoption of a reward policy in response to the conduct of ANTT's regulatory agents, thereby providing an updated overview of the measures being implemented by this agency in sanctioning oversight.

[Methodology/approach/design] To this end, in order to identify the actual performance of responsive regulation in the application of sanctions by ANTT, this study examines the extent to which the regulatory agency has promoted this theoretical approach through the analysis of Regulatory Impact Assessments (RIAs) produced by the Agency regarding the provisions of Resolution No. 4.071/2013 and Resolution No. 6.053/2024. This evaluation seeks to determine how—and if — responsive regulation principles are implemented, such as the compatibility of the sanctioning norms established in the resolution and whether these provisions ensure coordination and cooperation with regulated agents in light of the reward and incentive policy.

[Findings] The study aims to compare the Theory of Responsive Regulation with the institutional practices adopted by ANTT to demonstrate whether there is applicability and tangible effects within the scope of Sanctioning Administrative Law within this entity.

[Practical implications] In practice, it is observed that the inspection sectors within the regulatory agency's structure, as well as professionals in the regulatory field, may

*Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. É especialista em Prática Processual nos Tribunais Superiores pela mesma instituição. Atua no setor de infraestrutura rodoviária e no âmbito de processos sancionadores desde 2019. Advogado no escritório Dutra e Associados desde 2020. E-mail: augusto95.rolim@gmail.com.

benefit from this study in adopting behaviors more aligned with the principles of a so-called responsive approach.

[Originality/value] *The relevance of this article is multifaceted, as it contrasts with the traditional oversight model, favoring more effective, dynamic, and adaptive approaches to the complexities faced by regulatory agents in sanctioning processes.*

Keywords: *Responsive regulation. Sanctioning administrative law. ANTT. Regulatory impact assessment. Regulatory agent.*

Resumo

[Propósito] Verificar se há compatibilidade da Teoria da Regulação Responsiva na aplicação do Direito Administrativo Sancionador em relação aos aspectos de cooperação, coordenação e adoção de política de recompensas frente às condutas dos agentes reguladores da ANTT para, assim, apresentar um panorama atualizado acerca das medidas que vêm sendo implementadas pelo referido órgão em matéria de fiscalização sancionatória.

[Metodologia/abordagem/design] Para isso, com vistas a identificar a real performance da regulação responsiva na aplicação de sanções perante a ANTT, observando em que medida aquele ente regulador tem promovido essa lógica teoria por meio do estudo de Análises de Impacto Regulatório (AIRs) produzidas pela Agência voltada aos dispositivos da Resolução nº 4.071/2013 e da Resolução nº 6.053/2024, de modo a aferir como – e se – são implementados preceitos de regulação responsiva, tais como a compatibilidade das normas sancionadoras previstas na dita resolução, e se esses dispositivos garantem a coordenação e cooperação com os agentes regulados à luz da política de recompensas e incentivos.

[Resultados] Com efeito, pretende-se traçar um comparativo entre a Teoria da Regulação Responsiva e a prática institucional adotada pela ANTT para, assim, demonstrar se há aplicabilidade e efeitos no âmbito do Direito Administrativo Sancionador na esfera daquele ente.

[Implicações práticas] Na prática, vê-se que os setores de fiscalização dentro da estrutura da agência reguladora, assim como profissionais da área de regulação poderão se valer do estudo em epígrafe na adoção de comportamentos mais consentâneos aos primados previstos numa atuação dita responsiva.

[Originalidade/relevância do texto] A relevância deste artigo é multifacetada, pois se contrapõe ao modelo tradicional de fiscalização, voltada a prestigiar concepções mais eficazes, dinâmicas e adaptadas às complexidades enfrentadas pelos agentes reguladores em processos de aplicação de sanção.

Palavras-chave: Regulação responsiva. Direito administrativo sancionador. ANTT. Análise de impacto regulatório. Agente regulador.

INTRODUÇÃO

No âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o Direito Administrativo Sancionador se manifesta por meio da supervisão e regulação das atividades de transporte terrestre, incluindo a imposição de sanções às concessionárias que exploram a infraestrutura rodoviária federal concedida, o que é regulamentado atualmente pela Resolução nº 4.071/2013 (BRASIL, 2013).

Por sua vez, a literatura responsiva ganhou notoriedade com os estudos de Ayres e Braithwaite em 1992 (AYRES e BRAITHWAITE, 1992), marco teórico que se sobressaiu diante dos então existentes tradicionais debates sobre regulação e desregulação. Tal concepção desenvolveu contornos mais sólidos com o advento de uma noção que prioriza a cooperação e a autorregulação, mormente se mantenha a capacidade de punir sempre que necessário.

O objetivo do presente artigo é traçar um paralelo entre a prática institucional adotada pela ANTT em processos sancionadores e a teoria responsiva, notadamente para verificar se há aplicação de técnicas de cooperação, coordenação e adoção de política de recompensas para com os agentes regulados, observando em que medida aquele ente regulador tem promovido essa lógica teórica por meio do estudo de Análises de Impacto Regulatório (AIRs) produzidas pela Agência desde a promulgação da Resolução acima referenciada.

Para esse propósito, estruturou-se o presente artigo a fim de, inicialmente, sintetizar a origem e desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador perante a ANTT, demonstrando de que forma o ente regulador em questão atua perante eventuais infrações dos regulados.

Isso feito, passar-se-á a descrever as bases teóricas da regulação responsiva, descrevendo-se seus pressupostos e características para que o agente regulador atue dessa maneira, em contraste com a concepção tradicionalista do movimento de regulação e desregulação que antes predominava no Estado.

Em sequência, será invocada a forma como a teoria responsiva foi incorporada na mecânica jurídica brasileira, com destaque para a formulação de relatórios de análise de impacto regulatório pela ANTT sobre a aplicabilidade do Direito Administrativo Sancionador desde a edição da Resolução nº 4.071/2013.

Ao final, a partir de todas essas considerações, serão apresentadas as conclusões para responder o questionamento sobre a compatibilidade da atuação institucional da Agência em matéria sancionatória com os preceitos invocados pela Regulação Responsiva no setor de concessões rodoviárias, o que se adianta que levou à necessidade da formulação de novas previsões normativas capazes

de contribuir para um ambiente mais eficiente e adaptável à realidade da prática regulatória em matéria sancionadora.

O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NA ANTT

O Direito Sancionador

Para que se analise a estruturação do Direito Administrativo Sancionador perante a ANTT, necessário que, antes, faça-se um breve retrospecto acerca da origem do movimento de agencificação no Brasil e a gênese desse ramo tão caro à prática institucional da Agência.

No Brasil, o modelo de agências reguladoras¹ é relativamente novo e não pode ser considerado autêntico. Ele surgiu nos anos 1990, durante um período de reconfiguração do papel do Estado na economia. A implementação desse modelo aconteceu durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com a liderança de Luiz Carlos Bresser-Pereira (GUERRA, 2021, p. 39).

Enquanto parcialmente espelhado no modelo há muito tempo vigente nos Estados Unidos da América, o processo de agencificação nacional teve seu nascedouro com vistas à regulação da atividade econômica sobre o sistema ferroviário que então perpassava por vários estados brasileiros (GUERRA, 2021, p. 40-41). De um modo geral, as agências reguladoras atuam não somente para garantir ordem econômica, mas também para agir com certa discricionariedade sobre as atividades consideradas essenciais relativas à infraestrutura do País (VANELLI, 2019, p. 401-402)

Esse dever de regulação da atividade econômica é ainda mais acentuado quando se voltam os olhos para a fiscalização dos contratos públicos por meio da atuação estatal, sendo papel do Estado garantir a adequada prestação do serviço que, normativamente, é considerado como público (MOREIRA, 2022,

¹ Segundo Aranha (ARANHA, 2024), agência reguladora pode ser definida como uma instituição de regulação, geralmente setorial, que atua como mecanismo normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Essas entidades exercem funções de supervisão, fiscalização e normatização de atividades, destacando-se por sua especialização técnica e maior agilidade na implementação de políticas públicas. Além disso, representam um avanço na descentralização da Administração Pública, distinguindo-se por sua relativa autonomia frente a pressões políticas e pelo foco na proteção dos interesses dos usuários de serviços concedidos, permitidos ou fiscalizados.

p. 171). A esse respeito, afirma Maria João Estorninho (ESTORNINHO, 2005, p. 22):

Concessões nas quais o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução (Erfüllungsverantwortung) tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação (Gewährleistungsverantwortung) ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou fiscalização (Beobachtungsverantwortung).

Em outras palavras, assegura-se a efetiva prestação do serviço público adequado por intermédio da fiscalização, competência que fora atribuída ao Poder Concedente pela Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Egon Bockmann Moreira descreve assim a atividade fiscalizatória exercida pelo Estado (MOREIRA, 2022, p. 180):

O concedente supervisiona a atividade lícita do concessionário em vista do cumprimento dos preceitos da lei, dos regulamentos e do contrato de concessão. Se porventura detectar falhas, deve apontá-las tempestivamente, a fim de que sejam solucionadas em bom tempo – beneficiando os usuários e preservando a integridade do projeto concessionário. Assim o faz com lastro no vínculo jurídico de especial envergadura qualificador da relação administrativa especial posta entre a Administração Pública e o concessionário.

A fiscalização tem um alto custo para os cofres públicos, pois atinge projetos de alta complexidade como as concessões de serviços estatais, além de demandar a contratação de pessoal qualificado e em número suficiente (MOREIRA, 2022, p. 204-205).

Um dos instrumentos do qual dispõe a fiscalização do Poder Concedente é a imposição de sanções. Ao se analisar o desenvolvimento histórico da teoria da sanção administrativa, percebe-se uma transição da pena administrativa, que antes estava vinculada ao Poder de Polícia, para o âmbito do Poder Sancionador (OSÓRIO, 2019, p. 85-86).

Frente a esse cenário, expandiu-se o espectro de atuação do Direito Administrativo com o advento da Constituição de 1988 para, com isso, abarcar as situações nas quais o particular se relaciona diretamente com a Administração Pública, de forma a tutelar o interesse público. Nesse sentido, afirmam José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 4-5):

A Constitucionalização expandiu o campo da legalidade administrativa formal e material (conforme os termos expressos do artigo 37, caput), na defesa da cidadania, mas fincou a relevância da plena associação umbilical e republicana entre as atividades do Estado e a realização dos interesses públicos. A legalidade material incorpora todas as normas constitucionais que devem demarcar a juridicidade da atividade administrativa, que se impõe como inabalável limite para o adequado delineamento, densificação,

implementação e efetividade dos interesses públicos, na forma singular ou pluralizada, em cada intervenção administrativa na vida social.

Sob este figurino constitucional, assiste-se desde então uma contínua progressão da atividade administrativa, o que trouxe consequências quantitativas e qualitativas no plano das normas de Direito Administrativo Sancionador, que se espalhou em diversas direções.

A partir da análise da teoria da regulação no Direito Administrativo Brasileiro, desenvolvida ao longo do surgimento e crescimento do fenômeno denominado “agencificação”, ou a criação de “autoridades administrativas independentes”, impulsionado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em 1995, e pelas reformas constitucionais e legais subsequentes, o Direito Administrativo Sancionador (DAS) no Brasil assistiu à criação de diversas autarquias com atribuições regulatórias. Dentro desse escopo amplo, essas entidades passaram a contar também com competências sancionatórias em setores significativos da vida social (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 9).

O conceito de sistema de responsabilização administrativa surge como uma abordagem mais geral e adequada para compreender a estrutura do DAS, que se constitui por diferentes esferas de responsabilização administrativa. Esse conceito é fundamental para entender a engrenagem estatal sancionatória, pois, ao considerar que o DAS atua em diversos setores e campos materiais, é possível reconduzir os diferentes regimes sancionatórios a essa categoria, esclarecendo com precisão o fundamento, a abrangência e os limites de cada sistema sancionador que compõe o DAS (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 20-21).

Segundo Alice Voronoff (VORONOFF, 2019, p. 115), o DAS deve focar na criação de modelos sancionatórios eficientes e adequados. A autora destaca que punir é caro, enquanto persuadir é mais barato. Com essa abordagem, Voronoff explora diferentes modelos sancionatórios, baseando-se nos princípios da escola de pensamento *Law and Economics*, em suas diversas vertentes doutrinárias, e concentrando-se especificamente no que ela chama de “modelo responsivo”, “modelo realmente responsivo” e “modelo de riscos”.

Foi, porém, a partir dos estudos sobre a principiologia constitucional – sobretudo as garantias do contraditório e da ampla defesa –, que exsurgiu a discussão acerca do *jus puniendi* estatal e, por consequência, da própria sanção administrativa (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 7-8).

Conjuga-se a sanção administrativa ao Direito Administrativo em sua vertente disciplinadora, o que acarreta a convergência das interfaces do DAS com o Direito Penal (OSÓRIO, 2019, p. 85). Nesse viés, a sanção administrativa é entendida como um mal que é aplicado pela Administração a um administrado como resposta a uma conduta tida como ilegal (OSÓRIO, 2019, p. 87).

Osório (OSÓRIO, 2019, p. 105) define a sanção administrativa como sendo:

Um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada.

Trazendo a questão para o foco do presente artigo, verifica-se que a ANTT foi criada pela Lei nº 10.233/2001 como autarquia de regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes, dotada de independência financeira, funcional e administrativa, com mandato fixo de seus dirigentes (GUERRA, 2021, p. 271).

O poder normativo para dispor sobre matéria sancionatória e regulamentar foi concedido à ANTT por meio do art. 24, XVIII, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001):

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:

(...)

XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

A despeito da concessão desse poder normativo ao referido ente regulador, as críticas sobre tal sistema decorrem da previsão constitucional no sentido de que as leis somente podem ser criadas pelas pessoas eleitas pelo povo, sendo tal função das agências usurpação de competência legiferante (GUERRA, 2021, p. 62).

Ora, os três ramos clássicos de divisão do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) possuem guarida constitucional, então como poderia ser admitido que agências reguladoras, por sua natureza e independência, possam exercer poderes alheios ao regime democrático consagrado na Constituição Federal (GUEDES, 2020, p. 368-369)?

Por outro lado, o argumento de quem defende a função normativa das agências é de que elas são criadas e supervisionadas por agentes eleitos, bem como que o processo de edição de normas conta com a participação da sociedade (GUERRA, 2021, p. 63). Nesse sentido, Néviton Guedes (GUEDES, 2020, p. 370) assinala que:

É certo que seus poderes não são ilimitados. O Congresso pode alterar a legislação delegada a uma agência. O presidente pode remover os seus dirigentes quando presente uma justa causa. Evidentemente, os tribunais podem declarar inconstitucionais os atos da agência, ou impugná-los como excessivos dos poderes concedidos pelo Congresso.

A discussão a respeito do poder normativo das agências reguladoras hoje está superada pela doutrina e se encontra incorporada na Lei nº 10.233/2001

(BRASIL, 2001), sendo inclusive objeto de ADI já julgada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 5906).

Expressão do Direito Sancionador na ANTT

Na ANTT, a aplicação de sanções eventualmente impingidas contra as concessionárias que exploram a infraestrutura rodoviária foi por muito tempo regulamentada pela Resolução nº 4.071/2013, que veio a ser revogada pela Resolução 6.053/2024 (RCR 4), que entrou em vigor em janeiro de 2025². Por meio desse normativo, a Agência previu em grupos de infrações um espectro de penalidades a serem aplicadas em face do concessionário, de acordo com a etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCROFE), seguindo uma gradação de menor a maior potencial ofensivo conforme o grupo de enquadramento, que vai de 1 a 5 (BRASIL, 2013).

Seguindo essa lógica, o ato normativo em questão prevê unidades referenciais de multa (para as concessões de 1ª Etapa do PROCROFE) ou tarifa (para as concessões de 2ª Etapa do PROCROFE), fixando, desde já, as bases das sanções aplicadas em caso de infração, conforme se inferem dos artigos 2º e 3º:

Art. 2º As penalidades de multas para as Concessões da 1ª Etapa do PROCROFE serão calculadas tendo como base a Unidade de Referência de Tarifa - URT ou a Unidade de Referência de Multa - URM, conforme disposto nos Contratos de Concessão, com a seguinte gradação:

I - Grupo 1 - multa de 100 (cem) URTs ou URMs;

II - Grupo 2 - multa de 300 (trezentos) URTs ou URMs;

III - Grupo 3 - multa de 500 (quinhentos) URTs ou URMs;

IV - Grupo 4 - multa de 750 (setecentos e cinquenta) URTs ou URMs; e

V - Grupo 5 - multa de 1000 (mil) URTs ou URMs.

Art. 3º A partir das Concessões da 2ª Etapa do PROCROFE, as penalidades de multas serão calculadas tendo como base a Unidade de Referência de Tarifa - URT, conforme disposto nos Contratos de Concessão, com a seguinte gradação:

I - Grupo 1 - multa de 100 (cem) URTs;

II - Grupo 2 - multa de 165 (cento e sessenta e cinco) URTs;

III - Grupo 3 - multa de 275 (duzentos e setenta e cinco) URTs;

² A entrada em vigor do RCR 4 não prejudica a validade das ações de fiscalização e das penalidades aplicadas durante a vigência da Resolução nº 4.071, sendo a análise proposta no presente estudo focada nesses dois normativos.

IV - Grupo 4 - multa de 413 (quatrocentos e treze) URTs; e

V - Grupo 5 - multa de 550 (quinhentos e cinquenta) URTs.

Notadamente em razão do quinhão de legitimidade democrática das agências reguladoras mencionado acima, que impõe a certeza de que a ANTT seguirá os comandos normativos em sua atuação e, portanto, da vontade dos representantes do povo, verifica-se que os agentes fiscalizadores têm se apegado ao primado da legalidade para se ater exclusivamente ao que consta do texto legal (GUEDES, 2020, p. 372).

No entanto, indaga-se se o apego estritamente legal às previsões contidas na Resolução nº 4.071/2013 é suficientemente capaz de transpor a verdadeira finalidade da sanção administrativa, que não deve ser entendida como um mal necessário (VORONOFF, 2018, p. 104), devendo ser vista como instrumento para garantir o direcionamento das condutas numa ou noutra direção, para a realização de um fim público.

Indaga-se se a resposta para tal problema regulatório repousa na efetiva aplicação a Teoria da Regulação Responsiva, a qual passará a ser detalhada a seguir.

TEORIA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA

A literatura responsiva não deve ser interpretada restritivamente como sendo a mera representação da pirâmide de persuasão e punição e à noção de escalonamento de sanções, devendo ser também avaliada em relação ao quê a regulação deve ser responsiva (ARANHA e LOPES, 2021, p. 203).

A Teoria da Regulação Responsiva tem sua origem datada dos anos 1970 a partir de estudos sobre o papel do Estado na ordem social, mercadológica, estatal e corporativa, passando então a ser desenvolvida por Ayres e Braithwaite em 1992. Após passar por várias propostas de melhoria técnica, a literatura responsiva ganhou espaço – e segue ganhando – dentro das proposições regulatórias nos mais diversos setores da economia (ARANHA e LOPES, 2021, p. 204).

A Teoria da Regulação Responsiva surge como uma resposta à dicotomia entre desregulação e regulação mais rígida, adaptando-se à nova realidade de fluxo regulatório. Com supedâneo em estudos empíricos promovidos por John Braithwaite, chegou-se à conclusão de que quanto mais privatizado for o ambiente estatal, maior será a regulação (ARANHA e LOPES, 2021, p. 206).

O pressuposto fundamental está na ideia de que as melhores oportunidades para desenvolver alternativas no desenho regulatório surgem no espaço de interação e influência mútua entre a regulação estatal e a privada, superando a discussão polarizada entre regular e desregular. Uma premissa

essencial da teoria em questão é o reconhecimento de que, frequentemente, tanto os reguladores quanto os regulados escolhem estratégias ineficazes. Por isso, essa teoria propõe uma abordagem de atuação estatal contínua, que busca novas estratégias quando o regulador enfrenta fracassos repetidos, assumindo que a maioria das iniciativas regulatórias não obtém sucesso na maior parte dos contextos de aplicação (ARANHA e LOPES, 2021, p. 207).

Segundo Braithwaite (BRAITHWAITE, 1985, p. 86), "o poder de punir reforça a legitimidade dos reguladores que buscam persuadir". Para a Teoria da Regulação Responsiva, persuadir implica em negociar, abrindo mão da aplicação rígida de punições para valorizar o comportamento cooperativo dos regulados e, assim, aumentar os impactos da regulação (ARANHA e LOPES, 2021, p. 207).

É dizer, a boa regulação inclui saber quando e como impor sanções aos regulados, uma vez que ciente de que a aplicação indiscriminada de penalidades tem aptidão de menoscabar a capacidade de persuadir da fiscalização (BRAITHWAITE, 1985, p. 119).

A regulação responsiva atua na interseção entre as análises de escolha racional e as análises sociológicas. Ela parte da premissa de que as abordagens econômicas da regulação, ao reduzir o comportamento do regulado a uma constante racional, enfraquecem a força moral do direito, tornando mais difícil alcançar a detecção e a dissuasão em contraste com o legalismo. A regulação responsiva também assume que, embora o economicismo tenha um papel relevante na regulação dos negócios, ele é limitado em suas contribuições voltadas ao passado, ao passo que o legalismo, como modelo punitivo de comando e controle, não parte da suposição de que os negócios sempre agem racionalmente, o que permite prevenir práticas prejudiciais antes que ocorram (BRAITHWAITE, 1981/1982).

A diversidade de personalidades dos regulados leva a comportamentos que respondem a diferentes motivações, o que significa que eles só podem ser efetivamente controlados por uma estrutura regulatória robusta e uma estratégia adequada, originada da teoria dos jogos e aplicada no dilema do prisioneiro, conhecida como estratégia regulatória de retaliação equivalente, ou seja, "toma lá, dá cá" (GOETTENAUER, 2019, p. 136).

Ao se fundamentar na teoria dos jogos, a teoria da regulação responsiva assume uma ação estratégica regulatória, visando o comportamento desejado, que depende da experiência empírica. Em outras palavras, ela não se baseia em suposições *a priori*, mas na interação real entre os envolvidos (SCHELLING, 2002, p. 162-163).

A abordagem regulatória de retaliações equivalentes parte do princípio de que a regulação ideal não deve ser exclusivamente punitiva, nem

inteiramente persuasiva. Ela leva em consideração a personalidade do regulado no contexto específico, seja ele motivado pelo lucro, pela responsabilidade social ou por princípios de negócios. Ao incorporar a ideia de pirâmide regulatória, a Teoria da Regulação Responsiva ressalta a importância da transição entre abordagens cooperativas e punitivas. Isso se fundamenta na premissa de que o regulador que utiliza uma escalada estratégica de medidas regulatórias possui uma vantagem comparativa sobre aquele que não adota essa prática (BRAITHWAITE, 1985, p. 142).

A teoria em debate também tem como pressuposto o fato de que a regulação cooperativa se torna mais viável à medida que aumentam a dimensão ou a intensidade de três elementos fundamentais: a) a utilização de uma estratégia de barganha com retaliação equivalente; b) a estrutura hierárquica que organiza uma variedade de sanções e estilos regulatórios interventores nas pirâmides de constrangimento; e c) a altura da pirâmide, que reflete a gravidade da sanção mais severa e sua capacidade de gerar pressão (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4).

A primeira característica do regulador responsivo, que é apontada por Aranha e Lopes (ARANHA e LOPES, 2021, p. 214-215), se refere à inovação em relação ao rol de medidas que respondem problemas regulatórios, devendo serem tratados os agentes regulados com isonomia em relação aos seus comportamentos. É nesse contexto que surge a política de recompensas, aqui não recomendadas as recompensas formais, mas aquelas não previstas, como elogios e reconhecimento.

Assim, considerando que é da associação entre medidas intrusivas e medidas de incentivos regulatórios que se resulta no formato responsivo da regulação (ARANHA e LOPES, 2021, p. 215-216), é que se representou o escalonamento de formas de intervenção do Estado na pirâmide de constrangimento normativo (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 19-53), cujo caráter gradual de constrangimentos possíveis reforça a cooperação entre regulador e regulado, que é justamente a marca distintiva da Regulação Responsiva (PATERNOSTER e SIMPSON, 1996).

Em resumo, Ayres e Braithwaite (AYRES e BRAITHWAITE, 1992, p. 4-100) definem a pirâmide regulatória como um conceito central na Teoria da Regulação Responsiva, com orientações específicas para sua implementação. Primeiramente, defende-se que punições severas devem estar no topo da pirâmide, pois sua eficácia aumenta com a distância entre a base e as sanções mais duras. A pirâmide também deve incluir uma hierarquia de sanções e estratégias regulatórias de diversos níveis de intervenção. Além disso, a teoria sugere que o controle cidadão, baseado no tripartismo republicano, é fundamental para garantir maior adesão aos objetivos regulatórios, prevenir a

corrupção e promover a democracia. A confiança na escalabilidade das punições é crucial para que o regulador possa, com segurança, adotar medidas menos invasivas e mais flexíveis, mantendo a responsabilidade pública. Por fim, a escalada não se restringe apenas a punições formais, mas também abrange outros mecanismos de controle, como fiscalização frequente e monitoramento, que aumentam a percepção do regulado sobre o fortalecimento do controle e a ameaça de sanções.

Diante desse panorama, observa-se que a Teoria Responsiva agrega uma série de recomendações para a atuação responsiva do agente regulador. Segundo Aranha e Lopes (ARANHA e LOPES, 2021, p. 218-219):

A teoria da regulação responsiva fornece um arcabouço teórico e recomendações práticas que demonstram formas recomendadas de regular inspiradas no mecanismo regulatório responsivo de transposição de funções regulatórias, governança empresarial, reforço do fluxo regulatório e integração das técnicas de regular em uma pirâmide de punições e de incentivos.

Entretanto, para que a estratégia regulatória de retaliações equivalentes seja implementada no Brasil, é necessário um esforço de adaptação jurídica. A aplicação dessa estratégia no contexto jurídico brasileiro, que é cético quanto à discricionariedade e submete os servidores públicos a uma constante ameaça de responsabilização, com ônus da prova invertido, exige, como pressuposto da teoria responsiva, a criação de regimes jurídicos específicos para comportamentos cooperativos e adversariais (ARANHA e LOPES, 2021, p. 221).

PERFORMANCE RESPONSIVA DA ANTT EM MATÉRIA SANCIONADORA: O RCR-4

Como visto, na regulação responsiva, o DAS deve buscar: a) uma combinação eficaz e flexível entre instrumentos persuasivos e punitivos; b) a consideração da cultura, das práticas e do histórico do setor regulado, além de sua resposta aos incentivos; e c) a avaliação da criação e da implementação adequada de pirâmides sancionatórias. Esse modelo é marcado por um jogo regulatório dinâmico, exigindo uma estratégia regulatória que seja ao mesmo tempo adequada e flexível, capaz de adotar medidas persuasivas contextualizadas para promover a cooperação dos regulados, além de medidas repressivas, onde a punição se torna estratégica, sem descartar a possibilidade de perdoar infrações quando justificado (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 32).

Nesse panorama, tem o gestor público a discricionariedade necessária para escolher, dentre o rol de opções disponíveis, a mais adequada ao interesse público, mediante o exercício de um juízo de conveniência e oportunidade.

Note-se que não há, nessa função, extrapolação das previsões normativas correlatas à atuação do regulador, de forma que não estará o agente público agindo de forma desmedida.

Contudo, ao se analisar a fundo as previsões contidas na Resolução nº 4.071/2013, verifica-se que não há espaço para que o agente regulador tome decisões além do que está previsto no texto normativo, limitando-se a aplicar as penalidades então colimadas sem qualquer análise que envolva os primados de uma Regulação Responsiva.

Assim, a fiscalização da Agência encontra o impasse de, ou seguir a referida resolução de maneira estrita ou adotar um posicionamento inovador, a partir de análises que consagrem a cooperação e a coordenação com os regulados, com o risco de sofrer um processo de responsabilização futuro.

Isso porque, o modelo responsivo demanda do regulador (ou das autoridades administrativas sancionadoras) habilidades de comunicação e credibilidade, ou seja, precisa demonstrar “invencibilidade” na execução de suas funções. Além disso, leva em consideração as motivações dos sujeitos regulados, que podem ser orientados pela maximização do lucro ou pela responsabilidade social. Esse modelo opera com pirâmides regulatórias e admite variações nas formas de institucionalização da regulação. A pirâmide estratifica desde formas menos invasivas até as mais rígidas: autorregulação, autorregulação forçada, regulação com discricionariedade e regulação vinculada (OLIVEIRA e GROTTI, 2020, p. 32).

A Resolução nº 4.071/2013, no entanto, prevê apenas as hipóteses em abstrato de irregularidades e a resposta da fiscalização que, necessariamente, deverá se dar por meio de advertência ou multa. Quando muito, o agente regulador poderá fazer o sopesamento de circunstâncias agravantes e atenuantes que, todavia, não se encontram inteiramente previstas no texto normativo.

E esse receio do agente em implementar medidas não previstas decorre, essencialmente, do denso grau de detalhes previstos nos contratos, além da dinâmica estabelecida entre Agência e órgãos de controle que, com destaque no controle de custos em momentos de revisão contratual, desaguaram em uma situação de rigidez técnica e dificuldade de implementação de medidas inovadoras no âmbito regulatório (FREIRE, WACHHOLZ e ET, 2022, p. 211).

Para analisar as escolhas regulatórias oriundas das decisões colegiadas das agências reguladoras, incluso a ANTT, há metodologia estruturada que se denomina de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que cuida de mapear as consequências favoráveis ou desfavoráveis que podem resultar de uma resposta regulatória sobre importantes temas, como é o DAS (GUERRA, 2021, p. 233-234).

A esse respeito, oportuna a observação feita por Ana Margareth Moreira Mendes Cosenza (COSENZA, 2022, p. 116):

Aplicar o Direito deixou de ser mera atividade declaratória da única solução selecionada pela lei, para reconhecer que a melhor solução para cada caso concreto dependerá da análise dos resultados práticos de cada uma das interpretações plausíveis dentro do quadro da legalidade.

Nessa linha, ao se analisar os relatórios de AIR produzidos pela Agência em relação à Resolução nº 4.071/2013, percebe-se que, apenas recentemente, o ente regulador dispôs a respeito da matéria, conforme se verifica da AIR produzida no seio do Processo nº 50535.001700/2018-99 (BRASIL, 2024a).

De qualquer sorte, merece detalhar-se a referida AIR para que seja possível analisar minimamente a performance da Agência diante de situações nas quais se demanda do agente regulador escolhe, dentre as opções disponíveis, a que melhor atenda o interesse público na perspectiva responsiva.

Segundo o que consta da referida análise, um dos principais desafios para que o sistema de fiscalização seja adequadamente projetado e atinja o equilíbrio entre eficiência e eficácia foi a falta de outros instrumentos, além do típico exercício de comando e controle regulatórios que incentivem a efetividade fiscalizatória, questão que se apontou como sendo decorrente de uma falha regulatória (BRASIL, 2024a).

As possíveis causas apontadas no relatório para essa celeuma foram: a) a falta de planejamento regulatório; b) o fato de as normas e contratos não preverem regime diferenciado para o tratamento das concessionárias; e c) a utilização de procedimentos superados de penalização (BRASIL, 2024a).

O assunto identificado para essas causas pelo AIR é um “déficit de responsividade” por parte da ANTT, sendo reconhecido pela própria Agência que o melhor caminho para o atingimento do interesse público seria a aplicação da Teoria Responsiva na imposição de sanções. Ao esmiuçar o tema, o relatório destaca que é necessário o máximo de compreensão acerca do comportamento das concessionárias de rodovias para que, assim, viabilize-se a distinção entre as que têm um perfil cooperativo e as que não o possuem (BRASIL, 2024a), destacando os seguintes objetivos em relação ao tema:

Adotar fiscalização em níveis, baseando-se em evidências, incentivos, parâmetros de desempenho e comportamento dos regulados na fiscalização.

Assim, em vista da insuficiência de normatização capaz de resolver esse problema regulatório, a ANTT tomou a iniciativa de propor uma formulação normativa capaz de, em tese, resolver tal celeuma. Com efeito, em 31 de outubro de 2024, a Agência editou a Resolução nº 6.053/2024 (BRASIL, 2024b), conhecida como o Regulamento das Concessões Rodoviárias (RCR-4).

Por meio desse Regulamento (BRASIL, 2024b), introduziu-se normas correlatas a controle regulatório, com a definição de critérios específicos para a responsabilização por infrações ao contrato e parâmetros proporcionais para a imposição de sanções. Assim o fez mediante a previsão dos seguintes instrumentos: a) inspeções periódicas e auditorias técnicas; b) indicadores de qualidade e desempenho (IQD); c) relatórios regulatórios obrigatórios; e d) sistemas de monitoramento remoto.

Além disso, o RCR-4 cuidou de estabelecer uma gama de penalidades que poderá fazer uso o agente regulador diante do nível de gravidade da infração e do perfil do regulado, o que está em sintonia com o modelo de pirâmide regulatória que deve ser estruturada de modo a prever um vasto arsenal de medidas intervencionistas de constrangimento. Até porque “é na gradação de sanções que reside a força de uma regulação responsiva” (ARANHA e LOPES, 2021, p. 227).

Portanto, a Resolução nº 6.053/2024 foi capaz de marcar um progresso no exercício do poder sancionatório nas concessões rodoviárias federais ao prever instrumentos padronizados de fiscalização, com a definição de critérios mais claros para a aplicação de sanções. Entretanto, a eficácia desse novo normativo dependerá da implementação efetiva e correta por parte da fiscalização da Agência, que tem o importante papel de equilibrar, de um lado, o poder sancionador da ANTT e, do outro, a preservação de um ambiente sustentável no setor de infraestrutura rodoviária.

CONCLUSÃO

A análise da Teoria da Regulação Responsiva no contexto do Direito Administrativo Sancionador aplicado pela ANTT demonstrou que há desafios e oportunidades na adoção desse modelo regulatório. O estudo revelou que a ANTT ainda mantém um modelo predominantemente punitivo, baseado na Resolução nº 4.071/2013, o que pode limitar a efetividade da regulação ao não promover um diálogo mais cooperativo com os regulados.

A Regulação Responsiva propõe um equilíbrio entre sanções e incentivos, promovendo cooperação e engajamento dos agentes regulados. Contudo, a pesquisa identificou que a ANTT enfrenta dificuldades na implementação desse modelo devido à rigidez normativa e à ausência de mecanismos estruturados para incentivar a autorregulação e a colaboração. O modelo atual restringe a atuação discricionária dos reguladores, dificultando a adoção de estratégias mais flexíveis e eficazes.

Além disso, a análise de impacto regulatório (AIR) voltada ao regime sancionador da ANTT, produzida pela própria Agência, revelou lacunas na avaliação da efetividade das sanções aplicadas. A inexistência de normas de

conduta que aplicassem a Teoria da Regulação Responsiva demonstrou a necessidade de aprimoramento contínuo das práticas regulatórias da agência, o que poderá a vir a ocorrer, com a edição da Resolução nº 6.053/2024 (RCR-4), que entrou em vigor em janeiro de 2025 e em razão do curto transcurso de tempo ainda carece de análise quanto a sua aplicação.

Resta, saber, no entanto, se os agentes que integram a fiscalização da Agência se valerão desse novo regramento para tornar sua atuação mais condizente com o comportamento esperado de uma regulação considerada responsiva.

Conclui-se que a implementação de um modelo mais responsivo na ANTT demandou revisões normativas e a criação de instrumentos que permitissem maior flexibilização, proporcionalidade na aplicação de sanções e análise do comportamento dos regulados. A adoção de políticas de incentivo, reconhecimento de boas práticas e aprimoramento da análise regulatória podem contribuir para um ambiente mais eficiente e adaptável às complexidades do setor de infraestrutura, o que dependerá, tão somente, das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: fundamentos de direito regulatório. 9ª Edição. ed. London: Laccademia Publishing, 2024.

ARANHA, M. I.; LOPES, O. D. A. Estudo Sobre Teorias Jurídicas da Regulação Apoiadas em Incentivos. **Pesquisa e Inovação Acadêmica em Regulação apoiada em incentivos na Fiscalização Regulatória**, Brasília, 2021.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation**: Transcending the Desregulation Debate, Oxford, 1992. Disponível em: <<https://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>>. Acesso em: 3 jan 2025.

BRAITHWAITE, J. **The Limits of Economism in Controlling Harmful Corporate Conduct**, p. 481-504, 1981/1982. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Limits_Economic_1981.pdf>. Acesso em: 3 jan 2025.

BRAITHWAITE, J. **To Punish or Persuade**: Enforcement of Coal Mine Safety., Albany, 1985. Disponível em: <[http://johnbraithwaite.com/wp-](http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Limits_Economic_1981.pdf)

content/uploads/2016/03/To_Punish_Or_Persuade.pdf>. Acesso em: 3 jan 2025.

COSENZA, A. M. M. M. **Direito Administrativo Responsivo: medo e governança pública eficiente**, a partir de Nonet e Selznick. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

ESTORNINHO, M. J. Concessão de serviço público: que futuro? In: LÓPEZ-MUNIZ, J. L. M.; QUADROS, F. D. **Direito e Justiça: VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

FREIRE, A. L. M.; WACHHOLZ, R. N. C.; ET, A. O Regulamento das Concessões Rodoviárias: Proposta de Aperfeiçoamento da Regulação Normativa, Brasília, 2 fev 2022. Disponível em: <<https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3075>>. Acesso em: 4 jan 2025.

GOETTENAUER, C. Regulação Responsiva e a Política de Segurança Cibernética do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, 5, n. n. 1, mai 2019. 131-146.

GUEDES, N. A Legitimidade do Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: FONSECA, R. S. D.; COSTA, D. C. G. D. (.). **Direito Regulatório: desafios e perspectivas para a Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GUERRA, S. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 2ª Edição. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MOREIRA, E. B. **Direito das Concessões de Serviço Público: concessões, parcerias, permissões e autorizações**. 2ª Edição. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, J. R. P.; GROTTI, D. A. M. Direito Administrativo Sancionador Brasileiro: Breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, 22, n. Ano 22, jan./fev. 2020. 27-61.

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 84-85 p.

PATERNOSTER, R.; SIMPSON, S. Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime. **Law & Society Review**, 30., n. n. 3., 1996. 549-584.

NETO, A. R. da S. N. *A Teoria da Regulação Responsiva e seus Aperfeiçoamentos na ANTT: uma abordagem no direito administrativo sancionador para a conformação de condutas fiscalizatórias*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 11, n° 1, p. 306-324, maio de 2025.

SCHELLING, T. C. **The Strategy of Conflict**. 18ª Edição. ed. Cambridge: Harvard University, 2002.

VANELLI, V. H. P. Limites das Atribuições Sancionatórias do CADE Frente às Definições Técnicas das Agências Regulatórias. In: JUSTEN FILHO, M.; SILVA, M. A. D. B. (.). **Direito da Infraestrutura**: estudos de temas relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 399-414.

VORONOFF, A. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VORONOFF, A. Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 278, n. 1, jan./abr. 2019. 107-140.

Normas e julgados

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Lei Geral de Concessões**., Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. **Lei de criação da Agência Nacional de Transportes Terrestres**., Brasília,DF, 6 jun 2001.

BRASIL. Resolução nº 4.071, de 3 de abril de 2013. **Regulamenta as infrações sujeitas às penalidades de advertência e multa por inexecução contratual na exploração da infraestrutura rodoviária federal concedida**., Brasília,DF, 05 abr 2013. Disponível em: <https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00004071&seqAto=000&valorAno=2013&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=392&cod_menu=7220#>. Acesso em: jan 2025.

BRASIL. Análise de Impacto Regulatório. **Agência Nacional de Transportes Terrestres**, Disponível em:. Acesso em 5 fev 2025., 2024a.

BRASIL. Resolução nº 6.053/2024. **Regulamento das Concessões Rodoviárias (Norma 4)**, Brasília, 31 out 2024b.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>