

## Regulação e Corrupção: o Efeito Dissuasor de Arquiteturas Regulatórias Eficientes

### *Regulation and Corruption: the Discouraging Effect of Efficient Regulatory Architectures*

#### **PEDRO NIEBUHR**

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com estágio de Doutorado (Capes) na Universidade de Lisboa, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito Público da UFSC, Advogado.

#### **ARTHUR RODRIGUES DALMARCO**

Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Visiting Researcher do Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance (CEENRG), junto ao Department of Land Economy, na Universidade de Cambridge (Reino Unido), Bacharel em Administração Empresarial pela Universidade do Estado de Santa Catarina, Membro-Colaborador do EMAE – Grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia e do Grupo de Pesquisa em Direito Público, ambos da UFSC, Advogado e Procurador da Câmara de Vereadores de Joinville (SC).

#### **LUIZ EDUARDO ALTENBURG DE ASSIS**

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Membro-Colaborador do Grupo de Pesquisa em Direito Público, da UFSC, Advogado.

**RESUMO:** O presente artigo parte da premissa estabelecida por pesquisas desenvolvidas no âmbito das Ciências Econômicas – como a de Stephen Knack e Philip Keefer, de Laura Langbein e Stephen Knack e, principalmente, de George R. G. Clarke, entre outros – que estabelecem uma relação de causalidade entre a ampliação do *framework* regulatório e o aumento na frequência da ocorrência de casos de corrupção. Considerando que o incremento na quantidade de regulação não é, necessariamente, suficiente para coibir a prática de atos de corrupção, reputa-se que as estratégias de combate à corrupção, no âmbito da regulação, devem, necessariamente, visar à redução do monopólio do poder, limitar a discricionariedade e aumentar a transparência. Trata-se, com isso, de desenhar um *framework* regulatório eficiente, apto a servir como forma de desestímulo aos agentes públicos e privados praticarem atos de corrupção. O presente artigo defende, a partir dessas premissas, que a atividade regulatória deve ser simplificada, racional, procedimentalizada e transparente, discorrendo sobre o conteúdo de cada um desses requisitos. A presente pesquisa é bibliográfica, com método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; corrupção; eficiência.

ABSTRACT: This article is based on the premise established by researches developed in the field of Economic Sciences – such the researches of Stephen Knack and Philip Keefer, of Laura Langbein and Stephen Knack, and especially by George R. G. Clarke, among others – that establish a causal relationship between the expansion of the regulatory framework and the increase in the frequency of cases of corruption. Considering that the increase in the amount of regulation is not necessarily sufficient to avoid the practice of acts of corruption, it is considered that anti-corruption strategies in the sphere of regulation must necessarily aim at reducing the monopoly of power, limit discretion and increase transparency. It is the matter of designing an efficient regulatory framework, capable of serving as a form of discouragement for public and private agents to commit acts of corruption. The present article argues, based these premises, that the regulatory activity should be simplified, rational, procedural and transparent, discussing the content of each of these requirements. The present research is bibliographical, with deductive method.

KEYWORDS: Regulation; corruption; efficiency.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de regulação no ordenamento brasileiro. Vantagens e problemas; 2 A relação entre regulação e corrupção. As contribuições das ciências econômicas para o enfrentamento do problema; 3 Rumo a uma regulação inteligente; 3.1 Simplificação; 3.2 Racionalização; 3.3 Procedimentalização; 3.4 Transparência; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar a relação entre a regulação e a corrupção. Pode soar intuitivo, para alguns, que a regulação – justamente por pretender conformar comportamentos e, do ponto de vista do Estado, por reduzir a margem de liberdade dos agentes administrativos – inibe a prática de atos de corrupção (aqui entendidos de forma ampla, como comportamentos causadores de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito).

O problema abordado no artigo coloca em perspectiva essa premissa, indagando se ela é, de fato, uma relação verdadeira. A hipótese trabalhada na presente investigação nega a validade apriorística da associação “mais regulação, menos corrupção”. Para tanto, parte-se de estudos conduzidos no âmbito das Ciências Econômicas, que admitem a possibilidade de que o aumento da atividade regulatória pode provocar o incremento das condições necessárias à prática de atos de corrupção.

Em vista desse cenário, intenta-se apontar qual seria a abordagem mais eficiente para reduzir a prática de atos de corrupção no âmbito da atividade regulatória: o desenho de um *framework* regulatório eficiente, inteligente. Um *framework* regulatório eficiente cria estímulos a comportamentos desejáveis e desestímulos a práticas indesejáveis, estas sim medidas aptas a reduzir a mar-

gem de custo/benefício de ações corruptas. Isso envolve a simplificação, racionalização, procedimentalização e transparência da regulação.

A pesquisa é desenvolvida em três seções. Inicia-se estabelecendo um acordo semântico em torno da expressão “regulação” no ordenamento brasileiro, bem como indicando algumas vantagens e problemas atinentes à atividade regulatória, que justificam a importância do estudo do assunto. Na seção seguinte, estudam-se as contribuições oferecidas por estudos oriundos das Ciências Econômicas sobre a relação entre a ampliação do *framework* regulatório e o incremento na ocorrência de atos de corrupção. A seção final parte da premissa de que um excessivo quadro regulatório pode induzir ou propiciar o aumento dos casos de corrupção para estabelecer quais devem ser os requisitos de um desenho regulatório eficiente, inibidor da ocorrência de casos de corrupção.

Os métodos de pesquisa utilizados são o dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

## 1 CONCEITO DE REGULAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. VANTAGENS E PROBLEMAS

O substantivo “regulação” é polissêmico. Numa de suas comuns acepções, a regulação é associada a um *modelo específico de organização do aparato administrativo estatal*, o modelo regulatório ou de Estado regulador. O modelo regulatório de Estado pode ser entendido como aquele que, orientado pela ideia de *subsidiariedade*, prefere a satisfação de interesses ou finalidades públicas de forma *indireta* pelo Estado. Em contraposição ao perfil de atividade administrativa típica do modelo de Estado prestacional, no modelo regulatório o Estado desincumbe-se da prestação direta daquelas mesmas atividades para se concentrar na tarefa de *regular, fiscalizar e sancionar* os agentes privados, sem praticar a gestão propriamente dita<sup>1</sup>.

O modelo regulatório estriba-se, em grande medida, na importância da tarefa de normatização, isto é, do estabelecimento de regras ou regulamentos que balizam o exercício da atividade econômica pelos agentes privados como forma de orientar a consecução de interesses ou finalidades públicas. Trata-se, essa tarefa, de uma segunda acepção corrente do termo regulação, que define o *objeto* da atividade estatal desempenhada. Regulação envolve a criação ou desenvolvimento de regras (jurídicas ou técnicas) que condicionam a licitude do desenvolvimento de atividades econômicas pelos agentes privados. Na acepção de André Saddy (2016a), a regulação é uma “espécie de interferência pública

---

1 No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. (Justen Filho, 2002, p. 21)

intencional que limita as escolhas dos privados e, até mesmo, do próprio Poder Público”<sup>2</sup>.

Nesse ponto, a regulação – isto é, a criação ou desenvolvimento de regramento relacionado ao exercício de atividades privadas – dá-se, precipuamente, por dois meios<sup>3</sup>. O ato emanado do Poder Legislativo, que cria ou extingue obrigações e direitos, é a forma tradicional.

É fato, contudo, que a atividade normativa tradicional, desempenhada por representantes eleitos nos parlamentos, não necessariamente possui a aptidão técnica e a responsividade necessária para fornecer soluções apropriadas a problemas cada vez mais complexos.

É característica própria do parlamento a pluralidade de interesses antagônicos ou discrepantes, inerentes ao jogo político. O debate que culmina com a edição de determinado diploma normativo é permeado por interesses divergentes, de grupos de pressão distintos que se fazem ouvir no parlamento. É por isso que, muitas vezes, determinado regramento que *a priori* haveria de ser preponderantemente técnico acaba sofrendo intervenções ideológicas inconvenientes à tarefa regulatória do Estado (Justen Filho, 2002, p. 42).

Noutro plano há, como aponta Justen Filho, o risco de que a matéria regulada, por remeter essencialmente a aspectos eminentemente técnicos de decisões, não receba aceitação popular. Como as decisões políticas nem sempre são norteadas pela realização do bem comum, mas também pela intenção de perpetuação no poder, soluções de cunho regulatório menos adequadas correm o risco de serem tomadas por pretenderem muitas vezes captar a simpatia do eleitor (2002, p. 42).

Diante desse quadro, surge como alternativa a transferência, do Legislativo para o Executivo, da prerrogativa da criação ou do detalhamento de normas técnicas e jurídicas a partir de uma permissão, genérica, concedida pelo primeiro ao segundo para aquele fim.

No Estado regulador, ganha destaque, assim, a atividade regulatória desenvolvida, com permissão genérica na lei, pela Administração Pública. A Administração Pública, antes prestadora direta de atividades vocacionadas à satisfação de interesses públicos, passa a ser dotada da prerrogativa, legalmente autorizada por lei, de intervir no âmbito privado para definir o modo pela qual

---

2 O conceito de regulação estatal, em Saddy, é o seguinte: “(i) trata-se de uma interferência pública intencional; (ii) por meio de normas jurídicas, decisões políticas, judiciais e administrativas; (iii) que indique, induza ou imponha, proíba ou permita as escolhas para quem a norma é dirigida; e (iv) que vise atingir e respeitar os mais diversos interesses públicos relacionados à interferência” (2016b, p. 33).

3 Defendendo uma noção mais ampla dos meios de regulação, Saddy (2016a) destaca a ocorrência de decisões regulatórias anteriores às normas jurídicas (decisões políticas, que definem a orientação governativa em debates parlamentares) e a função jurisdicional reguladora (exercida pelos Tribunais).

a atividade econômica deve ser exercida pelos agentes particulares. Essa intervenção, como aponta Odete Medauar, envolve a edição de normas, a fiscalização do seu cumprimento, a atribuição de habilitações, a aplicação de sanções e a medição de conflitos (2002, p. 127).

O ápice desse modelo é traduzido pelas agências reguladoras independentes. Trata-se, como aponta Luis Roberto Barroso, de “autarquias especiais, que desempenham funções executivo-administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências deferido por lei” (2002, p. 310).

Na percepção de Justen Filho, o advento das agências reguladoras independentes estriba-se na tentativa de superar o rompimento da linha lógica na produção normativa, causada pela temporariedade dos mandatos dos representantes políticos (2002, p. 359). Com as agências busca-se: a) a dinamização da produção normativa, tornando, em primeiro lugar, célere o processo decisório pela redução do interregno necessário ao debate e à edição de normas legislativas, assim como conferindo à decisão comprometimento com critérios técnicos, por congregar, em seu corpo, pessoal especializado nos conhecimentos relacionados aos temas de sua competência; b) a concentração de competências regulatórias, uma vez as agências estruturarem-se em órgãos permanentes e estáveis, o que significa uma linha de continuidade na produção regulatória; c) a ampliação do controle social sobre a atividade regulatória do Estado, através de imposição de deveres de transparência e publicidade de suas iniciativas, antes ofuscadas quando empreendidas pelo Legislativo e Executivo em face da vasta quantidade de providências tomadas por aquelas esferas; d) a possibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito da decisão regulatória, que, antes restrita ao controle de constitucionalidade do ato legislativo, passa a incidir sobre a congruência de fundamentos tecnológicos ou científicos à decisão propriamente dita; e) a produção de credibilidade política, consubstanciada na expectativa positiva sobre a sociedade decorrentes do desempenho satisfatório, equilibrado, imparcial e eficiente de determinada agência; f) produção de cooperação entre o Estado e a comunidade, fomentada pela continuidade de políticas e pela previsibilidade da forma de atuação do Estado, o que induz à adoção de condutas equivalentes pelos particulares; g) o fracionamento de poder e ampliação de controles, já que são as agências núcleos de poder, reduzindo o poder centralizado e ampliando instrumentos de acompanhamento e fiscalização de atividades estatais, através, inclusive, da participação e do acesso dos interessados no processo decisório (Justen Filho, 2002, p. 360-369).

Para Floriano Azevedo Marques Neto, uma das vantagens da atividade desenvolvida pelas agências repousa no controle. Segundo o autor, ao exercer as competências que lhes são próprias, as agências introduzem mecanismos que tendem a reduzir a atuação discricionária do Estado, na medida em que

são veiculadas, na edição de regulamentos, “condições, critérios, conceitos e parâmetros que o regulador adotará ao editar atos concretos no exercício de suas competências”, que, “antes de afrontar o princípio da legalidade, confere uma maior estabilidade à regulação na medida em que a edição destas normas serve para autolimitar a discricionariedade do regulador” (2011, p. 542-453).

Ocorre que também no âmbito da Administração Pública há desconexão regulatória. Nesse aspecto, sublinha-se o problema da composição e do preenchimento dos cargos de órgãos, de onde emanam decisões administrativas de cunho regulatório. Para atender a pressupostos de governabilidade, costumam-se, rotineiramente, arranjos políticos em cuja contrapartida ao apoio ao interesse do governo está a ocupação de postos estratégicos de órgãos governamentais. Conseqüentemente, o preenchimento de cargos a partir de critérios variáveis e o despreparo técnico dos agentes responsáveis pela regulação reflete nas decisões de natureza regulatória, haja vista que a composição dos postos de comando torna-se resultado de processo de barganha política, adequado, muitas vezes, a interesses privados e não da coletividade (Justen Filho, 2002, p. 42).

Toda essa sorte de fatores – de expansão da seara regulatória estatal e da edição de normas orientadas segundo critérios estranhos ao verdadeiro interesse público – acabou por conduzir a uma situação de normatização excessiva, desconexa, que impede a obtenção de melhores resultados. Ademais, a multiplicação de agências e comissões tornou a disciplina contraditória, a ponto de existirem centenas de regras sobre um mesmo assunto, muitas inúteis e outras incompatíveis entre si (Justen Filho, 2002, p. 43). É de se suspeitar, diante desse quadro, que haja uma conexão direta entre regulação e corrupção.

## **2 A RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E CORRUPÇÃO. AS CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS ECONÔMICAS PARA O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA**

O debate sobre o tema regulação, no Brasil, muitas vezes debruça-se sobre falsas dicotomias<sup>4</sup>. Via de regra, tais dicotomias são ilustradas por discussões que visavam responder a perguntas como “se é necessário aprofundar a regulação, ou desregular completamente?”, ou “desregular parcialmente, ou aprimorar a regulação existente?”, entre outras.

---

4 Referimo-nos aqui a “falsas dicotomias” na medida em que a imposição de um debate superficialmente ideológico, comumente estereotipado, foi e continua sendo nocivo para a produção acadêmica a respeito do tema. Entendemos que o aprofundamento do tópico deve passar necessariamente por um processo de sofisticação do debate, que não gire exclusivamente em torno do binômio “liberdades individuais” x “interesse público”, ou “regulação” x “desregulação” – até porque, em não raras oportunidades, conceitos como o de “interesse público” são de tal modo polissêmicos, que se acaba por perder de vista o problema concreto que ensejou o debate em si.

Não obstante, a questão de fundo que deveria fundamentar o debate sobre o papel do Direito em face do fenômeno da corrupção deveria ser a seguinte: um *framework* regulatório mais abrangente (horizontal e verticalmente<sup>5</sup>) implica aumento na frequência de atos de corrupção?

Ao se colocar a questão dessa forma, é possível evitar riscos inerentes a perspectivas abstratas, trazendo o foco do estudo de volta aos agentes que, de fato, praticam atos de corrupção. Compreender, ponderar e mensurar os incentivos a que pessoas reais estão submetidas ao adotarem condutas ilícitas é, sobremaneira, mais relevante do que debater idealmente quais os melhores comportamentos possíveis em situações concretas. Sustenta-se aqui que identificar e eliminar tais incentivos, criando-se ambientes regulatórios desestimuladores dessas condutas, pode gerar, com maior grau de sofisticação, resultados positivos.

Tais premissas, como sabido, têm origem na teoria econômica, cujo paradigma dominante é a chamada Teoria da Escolha Racional<sup>6</sup>, que pressupõe que agentes econômicos buscam maximizar sua utilidade marginal em ocasiões nas quais uma tomada de decisão se impõe. Dito de outro modo, a teoria pressupõe que todo agente busca maximizar os resultados de suas escolhas, após ponderar os possíveis resultados das alternativas disponíveis, com as informações a que tem acesso.

A Teoria da Escolha Racional é, como se observa, extremamente útil como ferramenta complementar a análises jurídicas. Diferentemente de abordagens normativas, ela permite avaliar, com boa condição de clareza, as preferências reveladas dos agentes. Desse modo, para sua utilização, não é necessário indagar quais os motivos subjetivos que levam algum indivíduo a agir de determinada forma – antes, a teoria fornece uma perspectiva interessante para que se possam compreender os motivos que levam um indivíduo a optar racionalmente por adotar um comportamento “corrupto”, sejam quais forem suas motivações ocultas.

Não por acaso, Susan Rose-Ackerman<sup>7</sup>, uma das referências mundiais no tema, faz uso reiterado de tal premissa em suas análises. Como o objetivo da

---

5 Utilizam-se os termos “horizontal” e “vertical” para designar, respectivamente, as manifestações do poder estatal que condicionam de modo imperativo (i) larga quantidade de searas de interação social (como marcos regulatórios de setores econômicos e (ii) segmentos específicos, em nível micro, à exaustão (como o setor bancário, subconjunto do sistema financeiro).

6 A Teoria da Escolha Racional é diretamente derivada do conceito de razão instrumental, estando alicerçada sobre o pressuposto de que toda ação humana é uma expressão da racionalidade dos agentes, em um processo consciente de compatibilização entre fins objetivados e meios escassos para atingir tais fins.

7 Susan Rose-Ackerman é a *Henry R. Luce*, Professora de Direito e Ciência Política da Universidade de Yale. Sua maior obra no campo, até o momento, é a festejada *Corruption and government: causes, consequences and reform*, a qual recorreremos para demonstrar a aplicabilidade de certos elementos da teoria econômica na análise dos fenômenos da regulação e da corrupção.

presente abordagem não é desenvolver argumentos em favor de métodos específicos, importa apenas pontuar que tal premissa de racionalidade, nos termos expostos, é essencial para uma análise razoavelmente realista do comportamento esperado de agentes, ao serem submetidos a determinados incentivos jurídico-regulatórios.

Estabelecidas tais premissas, toma-se o que Rose-Ackerman afirma ao analisar um tipo específico de corrupção (pagamentos de propinas) envolvendo agentes privados (firmas ou indivíduos) e agentes estatais:

Uma vez que tempo é dinheiro, firmas e indivíduos pagarão para evitar atrasos. Em muitos países, um telefone, um passaporte ou uma carteira de motorista não podem ser obtidos rapidamente sem o pagamento de propinas. Há vezes em que o serviço está disponível apenas para o cidadão corrupto, mas não para o paciente e honesto. [...] Um estudo sobre a economia informal na Ucrânia listou os níveis de propinas para uma variedade de serviços necessários ao setor privado. A maior parte das firmas informaram o pagamento de “taxas” para importação e exportação. Linhas telefônicas invariavelmente envolviam um “pagamento informal”. [...] O custo de lidar com agentes de Estado por meio de propinas induz muitas firmas a operar no setor informal, e muitas outras a subfaturar vendas, custos e ou o pagamento de propinas. As perdas para o Estado são grandes e, adicionalmente, o nível dos pagamentos desencoraja investimentos e a entrada de novas firmas. (2016, p. 53-54, tradução própria)

Os exemplos são inúmeros e, embora fossem necessários estudos empíricos específicos para cada tipo de comportamento legalmente considerado como corrupção, caso se opte pela análise dentro do instrumental econômico proposto, é possível concluir que a tomada de decisão, também nesses casos, transita por um simples cálculo de custo-benefício por parte dos agentes envolvidos.

Ao se dissecar os interesses a serem maximizados em um cenário simulado, tem-se: (i) um agente privado disposto a auferir um benefício imediato (*i.e.*, pagamento de propina para obtenção de uma licença ambiental) ou mediato (favorecimento em futuros contratos administrativos com o Estado, por exemplo); (ii) agentes estatais que estejam igualmente dispostos a auferir um benefício imediato (como receber contraprestação pecuniária pelo comportamento ilegal) ou mediato (a exemplo de favorecimentos em futuras indicações para cargos superiores ou promoções); (iii) um *framework* regulatório<sup>8</sup> falho, que

---

8 Aqui se refere a *framework* regulatório como o conjunto de estruturas jurídico-administrativas legais e infralegais que estruturam o ambiente jurídico de tomada de decisão de agentes, sejam estes públicos ou privados.

crie obstáculos aos mecanismos de punição<sup>9</sup>, gerando baixos custos e elevados benefícios para quem pratica atos de corrupção.

Embora o item (iii) aparente ilustrar o óbvio, larga parcela de juristas, excessivamente dogmáticos, perdem referidas assertivas de vista ao analisarem problemas de natureza complexa exclusivamente sob lentes jurídicas. Ora, havendo (a) uma arquitetura regulatória que declara que determinados comportamentos são juridicamente inaceitáveis e, portanto, ilícitos; (b) juristas excessivamente preocupados com abordagens normativas (como os agentes deveriam ser e agir, em contraposição a como de fato são e agem); e (c) um resultado sistêmico que contradiz a declaração em (a) e indica sérios problemas na abordagem utilizada em (b), resta retornar às afirmações mais evidentes e dela partir para novas direções.

Nesse sentido, importantes pesquisas oriundas do campo da Ciência Econômica procuram investigar se existe uma relação de implicação causal entre “mais” regulação e atos de corrupção.

Com objetivo semelhante em vista, George R. G. Clarke<sup>10</sup> desenvolveu estudo empírico em que indagou se “regulação excessiva gera corrupção”, analisando dados de mais de 30 mil empresas, em 100 países com renda considerada como média ou baixa pelos padrões do Banco Mundial. O objetivo de sua pesquisa, diga-se, é esclarecer a potencial relação de causalidade entre regulação e corrupção, questão que, via de regra, orbita o campo da retórica em estudos puramente jurídicos. Afinal, seria a corrupção gerada pelo excesso de regulação, ou a própria corrupção produziria incentivos para mais regulação?

Entre os resultados encontrados pelo economista, um é particularmente interessante: o aumento no tempo que empresários gastam lidando com exigências regulatórias, considerando-se os percentis 25 e 75 da série de dados como parâmetro, importam aumento na probabilidade média em favor do pagamento de propinas da ordem de 42%.

Embora seja intuitivo supor que uma maior extensão da atividade regulatória possua uma correlação forte com atos de corrupção, testes estatísticos de causalidade são muito mais criteriosos que aqueles de mera correlação. Assim, apenas um estudo robusto poderia avaliar se a criação de novos espaços de interação entre reguladores e regulados favorece, ou não, atos de corrupção.

A temática sob a presente perspectiva, no entanto, não é nova. Desde Knack e Keefer (1995) é sabido que a atividade regulatória é mais onerosa em

---

9 Mecanismos de punição devem ser compreendidos como o aparato de instituições e conjunto de institutos jurídicos que permitem a apuração e responsabilização por atos considerados ilícitos – no presente caso, atos de corrupção.

10 Professor Associado de Economia na Universidade do Texas A&M e ex-Pesquisador sênior do Banco Mundial.

países corruptos do que em outros menos corruptos. Nesse sentido e a título de exemplo, mais recentemente Langbein e Knack (2010) demonstraram, com base em relatórios de *experts*, que os níveis de corrupção envolvendo atividades estatais são mais elevados em países que possuem arquiteturas regulatórias mais “onerosas” – seja por sua complexidade, burocracia ou demora em concluir procedimentos administrativos. Não por acaso, níveis elevados de corrupção também são fortemente correlacionados com outras variáveis relevantes: em países onde o tempo para operacionalização de novos negócios e empresas é elevado, tem-se o mesmo cenário (Svensson, 2005).

Embora essas sejam afirmações gerais embasadas em estudos empíricos, convém ater-se aos detalhes que ensejaram a conclusão do autor acerca do assunto. Tais detalhes são importantes em razão do dilema anteriormente exposto: se regulação pode provocar corrupção, o contrário é também uma possibilidade. Casos mencionados por Clarke (2014) descrevem agentes estatais que criam novas regulações a esmo com o objetivo exclusivo de extraírem, *a posteriori*, propinas dos agentes privados; ou, ainda, meramente atrasarem o desenvolvimento regular de trâmites administrativos com o mesmo objetivo, entre outros. Nesse cenário, como isolar a causalidade em um sentido (regulação > corrupção) ou em outro (corrupção > regulação)?

Primeiro, importa estabelecer que o conceito de corrupção empregado por Clarke (2014) é definido com base na preocupação quantitativa de estimar, monetariamente, quanto é gasto pelas firmas para atender pedidos de propinas por parte de agentes públicos. Em função de seu histórico de pesquisas para o Banco Mundial, o autor é assertivo ao dissecar a estrutura do questionário empregado para levantar informações relevantes para sua modelagem. A questão chave, envolvendo os aspectos regulatórios, foi formulada da seguinte maneira: “Em uma típica semana dos últimos 12 meses, qual percentual de tempo de diretores sêniores foi gasto lidando com requerimentos impostos por regulações governamentais?”.

Descartando a possível endogeneidade estatística do estudo ao refinar as respostas dos diretores de empresas<sup>11</sup>, Clarke elaborou duas regressões estatísticas separadas, com a finalidade de definir (i) em que ponto as empresas estarão inclinadas a pagar propinas e (ii) quanto estarão dispostas a pagar de propina, uma vez que se atinja o nível de (i).

---

11 Clarke, basicamente, fez uso de dois instrumentos distintos para refinar as respostas obtidas. A primeira foi o número de vezes que autoridades inspecionaram as firmas como um indicador do fardo regulatório – firmas que se recusam a pagar propinas podem adotar a postura de evitar, sempre que possível, contato com setores públicos que as exigem. O segundo instrumento, utilizado como indicador de robustez do estudo, é a média obtida a partir das respostas de diretores de outras firmas, na mesma cidade, setor e tamanho do grupo econômico.

Sem adentrar nos detalhes matemáticos do estudo, importa dizer que entre as variáveis dependentes utilizadas pela regressão, consideradas pelo autor, tem-se características como o tamanho das empresas, número de sócios, idade e *performance* (contábil-financeira).

Quanto aos resultados obtidos por Clarke (2014, p. 7), podem-se destacar, entre os mais relevantes, os seguintes: (a) diretores que gastam mais tempo lidando com o cumprimento de exigências regulatórias são mais propensos ao pagamento de propinas; (b) ademais, esses mesmos diretores têm a propensão de pagar quantias maiores do que aqueles que passam menos tempo cumprindo as mesmas exigências; (c) na média, diretores têm uma chance de 13% de pagarem propinas a agentes públicos, quando se encontram no 25º percentil em termos de tempo gasto com cumprimento de exigências regulatórias; (d) de forma contrastante, diretores possuem uma probabilidade de 23% de pagarem propinas quando se encontram no 75º percentil da amostra estudada; (e) segundo o estudo, para cada 1% de aumento no tempo gasto com o cumprimento de exigências regulatórias, tem-se o aumento de 0,1% na quantia paga em propinas por diretores.

Os resultados encontrados são consistentes com estudos anteriores, como o de Goel (2008). Neste, o autor identificou que o número total de regulações, bem como o número de procedimentos e o tempo médio envolvido no cumprimento de exigências em quatro categorias (abrir uma nova empresa, licenciamentos, registro de propriedade e tributação) produzem cenários de maior corrupção. Dado importante, incrementos na regulação das áreas “abertura de novas empresas” e “registro de propriedade” são os que produzem o maior aumento na frequência de atos de corrupção.

Dos relevantes estudos expostos, o que se pode extrair com algum grau certeza é que não apenas há uma forte correlação entre o tamanho e a qualidade do fardo regulatório e a ocorrência de atos de corrupção, como há uma comprovada relação de causalidade entre a ampliação do *framework* regulatório e um aumento na frequência de tais atos – podendo ser potencializada, a depender do setor regulado.

Considerando-se todos os níveis em que a arquitetura regulatória se estabelece (seja legal ou infralegal), impondo novos fardos sobre firmas e indivíduos de setores variados, pode-se vislumbrar, ainda que de forma turva, a dimensão real do problema. Parece, portanto, que um debate sobre maior eficiência regulatória, enquanto caminho para contornar o problema da corrupção sistêmica, necessariamente pressupõe a disposição em se debater: (i) a simplificação, e por consequência redução, da amplitude do *framework* regulatório; e (ii) mecanismos que incorporem melhores práticas internacionais quanto à criação de novos desenhos regulatórios, independentemente dos setores envolvidos.

Não se defende, contudo, uma panaceia. A adoção de melhores práticas, como se sabe, raramente está adstrita ao mero exercício de revogação e criação de regras tipicamente administrativas (infralegais) – antes, pode envolver a alteração de marcos regulatórios inteiros, em nível normativo, para que se viabilize um posterior ajuste em nível operacional por agentes públicos e as instituições a que pertencem.

### 3 RUMO A UMA REGULAÇÃO INTELIGENTE

No tópico anterior, foram apresentados estudos empíricos embasados em métodos estatísticos que identificaram uma forte correlação entre a prática de atos de corrupção em setores regulados e o tamanho/qualidade do *framework* regulatório. A partir dessa constatação, é possível afirmar que a complexidade da regulação, a burocracia e a demora na conclusão de procedimentos são fatores que incentivam agentes econômicos a praticarem corrupção como subterfúgio às deficiências sistêmicas, ao passo que um *framework* regulatório melhor estruturado é também mais eficiente no combate à corrupção<sup>12</sup>.

Sob esse enfoque, surge a necessidade de identificar parâmetros objetivos que possam nortear a elaboração de um *framework* regulatório eficiente, que desestimule o recurso a “atalhos” por parte dos agentes econômicos para contornar “dificuldades” regulatórias e/ou institucionais, ao passo que também impeça que os agentes estatais imponham essas mesmas “dificuldades” para oferecer “facilidades”.

Pelo que já foi exposto, seria intuitivo, quase autoevidente, concluir que esses parâmetros perpassam pela simplificação do *framework* regulatório e pela redução da burocracia e da máquina estatal. É que, com a simplificação do *framework* regulatório, à luz dos estudos trazidos no tópico anterior, os agentes econômicos gastariam menos recursos com regulação e burocracia, tornando-se menos propensos à prática de corrupção.

O problema é que essa constatação, tomada isoladamente, desconsidera que a corrupção, segunda a conhecida fórmula de Robert Klitgaard (2000, p. 27), resulta da soma de monopólio do poder e da discricionariedade dos

---

12 Diferentemente de parcela preponderante da doutrina nacional, o presente estudo não tem a pretensão de identificar no ordenamento jurídico limitações legais e/ou constitucionais ao exercício da competência regulatória (legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade etc.). Tomando-se como pressuposto as limitações constitucionais à atividade regulatória, busca-se a definição de parâmetros gerais para concepção de sistemas regulatórios *eficientes* no combate à corrupção. Esses parâmetros, por certo, haverão de ser conciliados com outros parâmetros voltados à realização de objetivos setoriais igualmente legítimos e que, logicamente, influenciarão diretamente no desenho regulatório de cada setor. O combate à corrupção não é um fim em si mesmo, mas um meio para a realização do interesse público que justifica a intervenção estatal através da atividade regulatória, daí por que jamais será o único objetivo a nortear a edição de normas de conduta.

agentes estatais, menos transparência e responsabilidade<sup>13</sup> ( $C = M + D - A$ ). Disso resulta que toda estratégia de combate à corrupção deve necessariamente reduzir o monopólio do poder, limitar a discricionariedade e aumentar a transparência, sem perder de vista os custos diretos e indiretos da adoção de cada alternativa.

Sob tal perspectiva, logo se vê que a simplificação do *framework* regulatório não é tarefa fácil, já que o excesso de regulação nada mais é do que uma tentativa de limitar a discricionariedade dos agentes estatais, da mesma forma como a burocracia não tem outra finalidade senão o controlar o mercado regulado, inclusive no que diz respeito a práticas de corrupção. Ou seja, regulação e burocracia foram instituídos para aumentar a segurança jurídica e o controle nos setores regulados, e não para reduzi-los, muito embora acabem por favorecer a corrupção quando implementados em demasia, como constatado no tópico anterior.

Essas aparentes tensões entre excesso de regulação e discricionariedade e entre burocracia e falta de controle/transparência demonstram que uma solução que simplesmente remeta o regulador a uma redução irracional do tamanho do *framework* regulatório pode produzir resultado oposto ao pretendido, vale dizer: incentivar a corrupção a partir da concentração do poder nas mãos de uns poucos (aumento do monopólio do poder), cuja competência decisória já não estaria limitada e nem fiscalizada na mesma medida (aumento da discricionariedade e diminuição da transparência e do controle). Noutros termos, a supressão indiscriminada de regulamentos pode ser tão nociva quanto a multiplicação de regras para suprir deficiências conjunturais que contribui na complexidade do *framework* regulatório.

O grande desafio, portanto, consiste em identificar parâmetros de regulação que simplifiquem o *framework* regulatório sem aumentar substancialmente a competência discricionária dos agentes estatais, nem reduzir substancialmente o controle e a transparência das atividades reguladas. Esse processo de simplificação racional do *framework* regulatório exige uma maior preocupação com a qualidade da regulação, objetivamente aferida, em detrimento da complexidade do *framework* regulatório, principalmente quando se considera que são as regulações eficientes que previnem o desenvolvimento de um ambiente propício à corrupção. Em termos objetivos: o incremento da eficiência da regulação pode servir, em tese, como forte desestímulo aos agentes públicos e privados praticarem atos de corrupção.

---

13 Em verdade, a expressão *accountability*, contemplada na formulação de Klitgaard, possui um significado muito mais amplo, que remete à obrigação de prestar contas sobre determinada atividade com regularidade, transparência e responsabilidade, à sociedade civil e/ou aos órgãos de controle.

Entretanto, antes de se falar em regulação de qualidade, é preciso ter em mente que uma regulação pode ser considerada boa ou má sob diversos aspectos. É a advertência de Robert Baldwin (2012, p. 27), que elenca cinco critérios pelos quais um sistema regulatório pode ser avaliado: a) adequação à lei (legalidade); b) mecanismos de controle, fiscalização, responsabilização (*accountability*); c) procedimentos justos, acessíveis e abertos (devido processo legal); d) expertise dos agentes reguladores; e) eficiência (atingimento dos resultados fixados pelo legislador e/ou atingimento de resultados eficientes independentemente do critério estabelecido pelo legislador).

Em que pese a pluralidade de critérios, estudos empíricos e métodos comparativos têm identificado determinadas características comuns às regulações eficientes, tal como o fez a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, ao recomendar a adoção de doze princípios que devem nortear a boa regulação, nomeadamente: (i) assunção do compromisso no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo; (ii) respeito aos princípios de um governo aberto (transparente e participativo); (iii) estabelecimento de mecanismos e instituições para supervisão dos procedimentos regulatórios; (iv) integração da Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) a todas etapas de novas propostas de regulação; (v) constante revisão do estoque regulatório em relação aos objetivos definidos pela política; (vi) publicação de relatórios de desempenho da atividade regulatória; (vii) desenvolvimento de políticas que fortaleçam as funções e a confiança nas agências reguladoras; (viii) assecuração da efetividade dos sistemas de revisão da legalidade e imparcialidade processual das regulações, além da aplicação de sanções; (ix) aplicação de instrumentos de avaliação, gestão e estratégias de comunicação dos riscos para a concepção e implementação das regulações; (x) coordenação de diferentes níveis de governo para promover coerência regulatória; (xi) desenvolvimento da capacidade de gestão e desempenho regulatório nos níveis subnacionais; (xii) consideração de todos os padrões internacionais relevantes e as estruturas de cooperação na mesma área<sup>14</sup>.

Naturalmente, nenhum desses princípios deve ser considerado isoladamente. A boa regulação deve reunir a todas essas características, em maior ou menor grau, a partir de uma análise de custo-benefício que deve ser efetivada a partir de um processo racional de simplificação do *framework* regulatório que não descuide da qualidade da regulação. De maneira geral, com base nesses

---

14 De modo semelhante, após implementar importantes estudos sobre o tema, também o Banco Mundial sugere seus próprios princípios da boa regulação (2004, p. 92): (i) simplificar e desregular mercados competitivos; (ii) assegurar direitos de propriedade; (iii) expandir o uso da tecnologia; (iv) reduzir a interferência dos tribunais em matéria de negócios; (v) implementar um processo de reforma continuada. Ainda, vale destacar os princípios adotados pela Better Regulation Task Force – órgão pioneiro criado pelo Governo Britânico para melhorar a atividade regulatória: (i) proporcionalidade; (ii) *accountability*; (iii) consistência; (iv) transparência; (v) adequação (BRTF, 1997, p. 1).

princípios, pode-se dizer que a atividade regulatória deve ser simplificada, racional, procedimentalizada e transparente.

### 3.1 SIMPLIFICAÇÃO

Para que esse processo racional de simplificação seja efetivado em uma regulação já existente, antes de tudo, é imprescindível que se realize uma avaliação criteriosa de todo o conjunto de normas, a fim de identificar quais regulamentos podem ser eliminados, quais podem ser simplificados e quais exigem maior efetividade (Rose-Ackerman, 2016, p. 584).

Não se descarta que qualquer avaliação mais ampla do *framework* regulatório encontrará dificuldades para lidar com a quantidade infindável de atos normativos, que não raro fazem remissão a outros atos normativos já revogados ou que se encontram materialmente ultrapassados. Para mitigar esse problema, pode-se recorrer a um processo de compilação e, a depender de condições políticas, de consolidação<sup>15</sup> dos diversos atos normativos vigentes em um mesmo diploma normativo, o que possibilita visão global que também auxilia na simplificação do *framework* regulatório.

No Brasil, o processo de compilação e consolidação regulatória é previsto no art. 13 da Lei Complementar nº 95/1998, cujo § 1º estabelece que “a consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados”. O dispositivo também se aplica aos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, no que se refere à consolidação de seus respectivos atos normativos em nível infralegal<sup>16</sup>.

No âmbito da consolidação normativa, o § 2º do art. 13 da Lei Complementar nº 95/1998 admite a implementação de alterações para simplificar a legislação consolidada, como a fusão de disposições repetitivas ou de valor normativo idêntico; atualização da denominação de órgãos e entidades da Administração Pública; atualização de termos antiquados e modos de escrita ultrapassados; atualização do valor de penas pecuniárias, com base em indexação

---

15 Nos termos do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 95/1998, “a consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados”.

16 Dispõe o art. 16 da Lei Complementar nº 95/1998 que “os órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, assim como as entidades da administração indireta, adotarão, em prazo estabelecido em decreto, as providências necessárias para, observado, no que couber, o procedimento a que se refere o art. 14, ser efetuada a triagem, o exame e a consolidação dos decretos de conteúdo normativo e geral e demais atos normativos inferiores em vigor, vinculados às respectivas áreas de competência, remetendo os textos consolidados à Presidência da República, que os examinará e reunirá em coletâneas, para posterior publicação”.

padrão; eliminação de ambiguidades decorrentes do mau uso do vernáculo; homogeneização terminológica do texto; supressão de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (observado o art. 52, X, da Constituição Federal); indicação de dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal e declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores.

Com efeito, muito embora a compilação e consolidação dos atos normativos, por si só, não reduza materialmente o tamanho do *framework* regulatório, é fora de dúvida que simplifica a sua complexidade<sup>17</sup> e viabiliza o exame proposto por Rose-Ackerman sobre quais regulamentos devem ser eliminados, simplificados e melhorados a partir de uma análise sistêmica do arcabouço regulatório. Trata-se de estratégia que produz resultados de curto prazo e encontra menos obstáculos de ordem política, já que não produz modificações reais no conteúdo normativo do *framework* regulatório.

### 3.2 RACIONALIZAÇÃO

O resultado esperado com a racionalização é impedir a intervenção ilógica, abusiva e arbitrária do ente regulador. Para tanto, uma visão pragmática sobre a funcionalidade da estrutura regulatória é imprescindível, de modo que qualquer projeto de reforma (abrangente ou setorial) não poderia ser sustentado meramente por “palpites” ou impressões pessoais – por maior que seja a autoridade de seus interlocutores. Na esteira dos argumentos de Cass Sunstein<sup>18</sup>, tarda a hora em que reguladores terão que incorporar decisivamente fundamentos empíricos no processo de avaliação e mudanças regulatórias.

Não por outra razão, Sunstein utiliza o exemplo anedótico do aclamado *Moneyball*<sup>19</sup> para sugerir que a atividade regulatória é semelhante à revolução esportiva narrada pelo *best-seller*: tornou-se imprescindível realizar uma avaliação rigorosa sobre custos e benefícios, frequentemente baseada na ciência estatística, ou mesmo na economia comportamental, para produzir boa regulação. Nas palavras do autor:

---

17 De acordo com o relatório do Banco Mundial, “consolidações servem ao interesse dos cidadãos, das autoridades administrativas e dos agentes econômicos, ao prover um arcabouço regulatório mais acessível e tem a vantagem de fazer com que a lei seja mais compreensível” (2010, p. 28).

18 Cass R. Sunstein é o Robert Walmsley University, Professor na Universidade de Harvard. De 2009 a 2012, serviu a gestão Obama como Administrador do *Office of Information and Regulatory Affairs*, órgão executivo do governo estadunidense que supervisiona a redação (estruturas legais e infralegais) e implementação de regulações (como veículos de políticas públicas) em nível federal, nos Estados Unidos. É também fundador e diretor do Programa em Economia Comportamental e Políticas Públicas na *Harvard Law School*.

19 O referido livro, de Michael Lewis, relata a história de Billy Beane e Paul DePodesta, pioneiros na utilização de ferramentas estatísticas na *baseball*, substituindo uma tradição de dogmas e intuições por uma abordagem estritamente empírica.

[...] sem uma análise conclusiva das consequências (da criação de novas regulações) – seus custos e benefícios – nós estaremos em uma péssima posição para obtermos conhecimento novo [...]. Nós precisamos de um *Moneyball* Regulatório, não porque ele resolverá todos os nossos problemas, mas porque ele resolve muitos deles, ao passo em que ajuda a esclarecer por que as respostas a algumas questões (regulatórias) são mais difíceis. (Sunstein, 2013, p. 150)

Também, para que seja eficiente, a simplificação normativa deve ser integrada em um processo mais amplo de avaliação e revisão contínua do *framework* regulatório. Observam-se, nesse sentido, as recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico:

Revisões devem estar preferencialmente programadas para avaliar sistematicamente toda a regulação ao longo do tempo, melhorar a consistência e coerência do estoque regulatório, reduzir encargos regulatórios desnecessários e garantir que potenciais consequências não intencionais da regulação sejam identificadas. Deve ser dada prioridade à identificação de regulações ineficazes e com significativos impactos econômicos sobre os usuários e/ou na gestão de riscos. Deve ser considerada a adoção de algum mecanismo de revisão permanente dentro das normas, como cláusulas de revisão nas leis primárias e de expiração na legislação secundária. (2012, p. 14)

Seguindo-se a isso, talvez o instrumento melhor difundido na busca por uma simplificação racional do *framework* regulatório seja a Análise de Impacto Regulatório (AIR), enquanto “ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões podem ter” (OCDE, 2008, p. 62). Apenas mais recentemente a Análise de Impacto Regulatório tem merecido a devida atenção no Brasil, com especial destaque à sua implementação na Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel<sup>20</sup>.

Sem adentrar em especificidades, é possível identificar os principais elementos desse procedimento na Resolução nº 540/2013 da Aneel<sup>21</sup>, que prevê que a Análise de Impacto Regulatório deve conter, no mínimo, as seguintes informações: (i) identificação do problema que se quer solucionar; (ii) justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência; (iii) objetivos desejados com a intervenção regulatória; (iv) prazo para início da vigência das alte-

20 Existe um processo de consulta pública perante a da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República (SAG), relativo a duas propostas para a criação de Diretrizes Gerais e de um Guia Orientativo de Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR (Consulta Pública nº 01/2017).

21 À míngua de previsão normativa, nada impede que o AIR seja adotado pelos órgãos e entidades da Administração Pública com fundamento direto na Lei Federal nº 9.784/1999 e no princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

rações propostas; (v) análise dos impactos das opções consideradas e da opção eleita; (vi) identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos em vigor em função do novo regulamento pretendido; e (vii) identificação de formas de acompanhamento dos resultados.

A racionalização também envolve a adoção de outras medidas que dificultem o acesso a vias escusas, incrementem os riscos decorrentes da prática de atos de corrupção e instituem mecanismos para que os agentes privados possam resistir legitimamente a eventuais achesques de agentes estatais.

Sob esse prisma, Susan Rose-Ackerman sugere a adoção de estratégias regulatórias que aumentem os riscos e custos da corrupção e os ganhos marginais da honestidade (ex.: benefícios aos agentes de reputação ilibada, recompensas e proteção contra represálias para os delatores) e reduzam os ganhos marginais da corrupção (ex.: multas atreladas aos ganhos obtidos com a prática de corrupção e não somente a os prejuízos sofridos pelo Estado). A criação de órgãos independentes de fiscalização e a implementação de mecanismos que facilitem a transparência e o acesso à informação são igualmente fundamentais para desestimular a corrupção. A discricionariedade, a seu turno, pode ser limitada pela introdução de regras objetivas e previsíveis, insuscetíveis, portanto, de interpretações dúbias em desfavor do particular que sirvam de subterfúgio para a exigência de vantagens indevidas (1997, p. 51).

Em essência, para Rose-Ackerman (2016, p. 132), “esquemas de incentivos, desde que propriamente concebidos, representam não uma desregulação, mas um redesenho regulatório que permite uma maior efetividade na consecução dos objetivos estatutários”. Esses incentivos podem ser estendidos, inclusive, aos agentes que eventualmente participaram da prática de atos de corrupção, desde a colaboração viabilize a constatação, apuração e desmantelamento de esquemas de desvio. No Brasil, esses mecanismos foram institucionalizados por meio das delações premiadas<sup>22</sup> e dos acordos de leniência<sup>23</sup>.

---

22 A possibilidade de redução da sanção penal para o partícipe que denuncia o esquema criminoso consta no parágrafo único do art. 8º da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990); no § 2º do art. 25 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986); no parágrafo único do art. 16 da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/1990) e no § 5º do art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), entre outras disposições correlatas. A colaboração premiada, enquanto instituto assim designado, foi positivada nos arts. 3º e seguintes da Lei nº 12.850/2013. Em comentários ao dispositivo, Alexandre Moraes da Rosa anota: “Ao final, é possível perceber que a ideia de delação, o seu fundamento, é encontrada na dinâmica de incentivos e ganhos. A delação é dispositivo que oferece um incentivo para sua aplicação, mediante concessão de vantagens. É mecanismo baseado na ideia do sujeito racional maximizados de suas recompensas, ou seja, por si só contém características que fomentam um comportamento traidor, inescrupuloso, tolerável pelo Estado porque se está falando de trair criminosos e de ser inescrupuloso com comparsas de relações ilícitas. É um preço que o Estado decide pagar para ampliar controle social. A partir do momento em que se autorizou a negociar na seara penal, o Estado também assume riscos, dentre os quais o de conceder benefícios a partir de informações cuja prova não será possível. Este parece ser o ponto fulcral, afinal, numa negociação, não se pode ganhar sempre; há perdas decorrentes” (2018, p. 337).

23 Previsto inicialmente no art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), foi recentemente estendido para toda infração relacionada à corrupção pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

O importante é que todas essas reformas sejam efetivadas em face de uma visão sistemática do *framework* regulatório e sempre através de um procedimento racional que avalie criteriosamente os custos e benefícios na adoção de cada alternativa à luz dos princípios característicos da boa regulação.

### 3.3 PROCEDIMENTALIZAÇÃO

A racionalização – que exige do regulador a exposição motivada e justificada das variáveis consideradas no ato de regulação, a explicação da necessidade da criação da regra, a avaliação dos cenários, a concepção de medidas de orientação de condutas, o acompanhamento dos resultados e a abertura à transparência – impõe uma apropriada procedimentalização do ato de produção normativa regulatória, especialmente na esfera administrativa. Vale recordar que a regulação, cujo produto, nessa esfera (administrativa), é um ato administrativo, não surge de um passe de mágica<sup>24</sup>, ou é fruto de uma descoberta iluminada da melhor solução possível por parte da autoridade reguladora. Antes disso, regulação deve ser técnica, desenvolvida em etapas logicamente articuladas entre si, voltadas à maior aquisição, possível, de elementos de informação, com objetivo de compor de modo adequado todos os interesses em jogo<sup>25</sup> e viabilizar a tomada de decisões melhores informadas.

Não se defende, com isso, a edição de normas rígidas de procedimentos em matéria de produção regulatória, mas a necessidade da prévia definição das etapas necessárias para assegurar a objetividade, a participação, a adequada motivação e o controle nesse âmbito. A definição do procedimento regulatório pode, inclusive, ser casuística, variar de acordo com a natureza da atividade regulada, mas deve sempre ser orientada pela necessária transparência e assegurar a participação dos *stakeholders* como forma, inclusive, de legitimação do produto ou da solução final. A procedimentalização, em certa medida, ressalta a importância para o modo como a solução é construída.

### 3.4 TRANSPARÊNCIA

O *iter* da atividade regulatória deve ser fortemente orientado pela máxima transparência possível, inclusive como forma de reduzir espaços para a prática de atos de corrupção. Espera-se que todos os procedimentos regulatórios, por envolver informações sempre de interesse coletivo ou geral, estejam ininterruptamente

24 Na feliz acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 497).

25 Em matéria de processos administrativos, Massimo Severo Giannini trata das ideias de livre introdução de interesses e da máxima apreensão de fatos, para concluir que “[...] il procedimento amministrativo, sotto l’aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la ‘compresenza degli interessi’” (Giannini, 1993, p. 160).

tamente disponíveis ao público<sup>26</sup>, inclusive na rede mundial de computadores<sup>27</sup>. Isso envolve a ampla e irrestrita disponibilização de todos os atos praticados na atividade regulatória, como regra, não só nas atividades de normatização, mas, inclusive, na fiscalização do setor regulado.

Convém também que a transparência alcance os espaços e momentos nos quais ocorrem os diálogos público-privados, notadamente entre o agente regulador e o setor regulado. Essa circunstância reforça a importância da regulamentação de grupos de pressão em sede de relações governamentais, vulgarmente reconhecidas como *lobby*. O projeto de lei atualmente em trâmite no Congresso Nacional (Projeto de Lei nº 1.202, de 2007, do Deputado Carlos Zarattini) (i) impõe a necessidade de prévio cadastramento de pessoas físicas e jurídicas que intentem influenciar a tomada de decisão administrativa ou legislativa, vedado o cadastramento de representantes que tenham, nos doze meses anteriores ao requerimento, exercido cargo público ou participado de produção legislativa objeto de sua intervenção profissional; (ii) veda que os lobistas influenciem a apresentação de proposta com propósito de virem a ser contratados para influenciar a aprovação ou rejeição dela no Poder Legislativo; (iii) admite a possibilidade de os lobistas participarem de audiências públicas; (iv) veda a apresentação de proposição por parte de agentes públicos que tenham consultado lobistas sem propiciar igual oportunidade à parte contrária ao interesse atendido ou prejudicado pela matéria; (v) exige apresentação de relatório anual de atividades dos lobistas; (vi) exige arquivo da documentação das atividades de *lobby* pelo prazo de cinco anos, para prestação de contas, entre outras medidas.

Esses são, resumidamente, alguns pressupostos que, quando atendidos, podem desestimular a prática de atos de corrupção no âmbito da atividade de regulação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se, neste artigo, que a quantidade de regulação não age, necessariamente, como fator de inibição à adoção de atos de corrupção; pelo contrário, foram apontados estudos que demonstram haver incremento nas práticas de corrupção diante de setores excessivamente regulados. Melhor, portanto, que ampliar de modo excessivo ou desconexo a regulação, seria criar/consolidar ambientes regulatórios desestimuladores da prática de atos de cor-

---

26 O acesso de qualquer cidadão a informações de interesse coletivo ou geral é direito fundamental, de acordo com o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição da República. Referido direito é assegurado, no plano infraconstitucional, pelos procedimentos estatuidos na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

27 No âmbito federal, o Decreto nº 8.539/2015 instituiu a obrigatoriedade dos processos administrativos (no que se inserem os processos administrativos normativos e fiscalizatórios) tramitarem em meio eletrônico até outubro de 2017.

rupção. Isso deve, por pressuposto, levar em conta as circunstâncias que levam os agentes a se corromperem.

A criação/consolidação de ambientes regulatórios desestimuladores da prática de atos de corrupção depende, entre outros fatores, da criação de um *framework* regulatório eficiente e inteligente, consistente, entre outras variáveis, em um ambiente de regulação simplificado, racional, procedimentalizado e transparente.

A simplificação permite a exata compreensão das regras vigentes, além de reduzir espaços de interpretação da normatização que podem ser manipulados como “dificuldades” pelo agente corrupto para venda de “facilidades”. A racionalização impede intervenção ilógica, abusiva e arbitrária do ente regulador; impõe técnica, exige motivação, estabelece mecanismos de acompanhamento de resultados. A procedimentalização esclarece as regras do jogo, confere previsibilidade, permite maior abertura, garante a ponderação motivada dos interesses em jogo, viabiliza adoção de soluções melhor informadas. A transparência elimina a obscuridade na relação público-privado, antecipa conflitos, viabiliza o controle e a repressão a desvios.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, v. 229, p. 285-312, 2002.
- BETTER REGULARION TASK FORCE. *Principles of good regulation*. London, 1997.
- CARVALHO, Cristiano Rosa. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CLARKE, George R. G. *Does over-regulation lead to corruption?* College Station: Texas A&M International University, 2014.
- \_\_\_\_\_. Firm characteristics, bribes, and the burden of regulation in developing countries. *Journal of Academy of Business and Economics*, v. 14, p. 21-26, 2014.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. San Francisco: Addison-Wesley, 2016.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, v. 2, 1993.
- GRÜNE-YANOFF, Till. Paradoxes of the Rational Choice Theory. In: ROEASER, Sabine; HILLERBRAND, Rafaela; SANDIN, Per; PETERSON, Martin. *Handbook of risk theory: epistemology, decision theory, ethics, and social implications of risk*. New York: Springer, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*. Econometrica, 1979.
- KLITGAARD, Robert. *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*. Washington: World Bank, 2000.
- KNACK, Stephen; KEEFER, Philip. Institutions and economic performance: cross-country tests using alternative institutional measures. In: *Economics and Politics*, v. 7, 1995, p. 207-227.
- LANGBEIN, Laura; KNACK, Stephen. The Worldwide Governance Indicators: six, one, or none? *Journal of Development Studies*, v. 46, p. 350-370, 2010.
- MANKIW, Gregory. *Principles of economics*. Boston: Cengage Learning, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Discricionariedade e regulação setorial – O controle dos atos de concentração por regulador setorial. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. *Revista de direito administrativo*, v. 228, p. 123-128, 2002.
- OCDE. *Guiding principles for regulatory quality and performance*. Paris, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. Paris, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Principles for the Governance of Regulators*. Paris, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- \_\_\_\_\_. The political economy of corruption. In: Kimberly Ann Elliott (ed.). *Corruption and the global economy*, Washington: DC: Institute for International Economics, 1997.
- SADDY, André. Elementos e características essenciais da concepção de regulação estatal. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 11, p. 1-33, 2016.
- SADDY, André. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SUNSTEIN, Cass. *Simpler: the future of government*. New York: Simon and Schuster, 2013.
- SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, p. 19-42, 2005.
- WORLD BANK. *Better regulation for growth: governance frameworks and tools for effective regulatory reform*. Washington: World Bank, 2010.

Data de submissão: 12 de janeiro de 2018

Data de aceite: 16 de junho de 2018