

idp

DEBATES EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

V. 03 N. 02

88

**SOFT REGULATION: FORMAS DE INTERVENÇÃO
ESTATAL PARA ALÉM DA REGULAÇÃO TRADICIONAL**

ANA PAULA ANDRADE DE MELO
FERNANDO BOARATO MENEGUIN

SOFT REGULATION: FORMAS DE INTERVENÇÃO ESTATAL PARA ALÉM DA REGULAÇÃO TRADICIONAL

ANA PAULA ANDRADE DE MELO¹

FERNANDO BOARATO MENEGUIN²

¹Mestre em Administração Pública pelo IDP. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pelo IBMEC. Bacharel em Direito. Escrivã de Polícia Federal. Subchefe Adjunta para Estudos Jurídicos, Revisão e Consolidação Normativa na Presidência da República.

²Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia – Berkeley. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Microeconomia Aplicada. Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Pesquisador do Economics and Politics Research Group – EPRG, CNPq/UnB. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Sócio da Pakt Consultoria e Assessoria.

IDP

O IDP é um centro de excelência no ensino, na pesquisa e na extensão nas áreas da Administração Pública, Direito e Economia. O Instituto tem como um de seus objetivos centrais a profusão e difusão do conhecimento de assuntos estratégicos nas áreas em que atua, constituindo-se um *think tank* independente que visa contribuir para as transformações sociais, políticas e econômicas do Brasil.

DIREÇÃO E COORDENAÇÃO

Diretor Geral

Francisco Schertel

Coordenador do Mestrado em Administração Pública

Caio Cordeiro de Resende

Coordenador do Mestrado em Economia

José Luiz Rossi

CONSELHO EDITORIAL

Coordenação

Paulo Alexandre Batista de Castro

Supervisão e Revisão

Renan Silveira Holtermann, Matheus Gonçalves, Mathias Tessmann, Milton Sobrinho, Alessandro Freire, Igor Silva

Projeto gráfico e diagramação

Juliana Vasconcelos

www.idp.edu.br

DEBATES EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Revista Técnica voltada à divulgação de resultados preliminares de estudos e pesquisas aplicados em desenvolvimento por professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação com o objetivo de estimular a produção e a discussão de conhecimentos técnicos relevantes na área de Administração Pública.

Convidamos a comunidade acadêmica e profissional a enviar comentários e críticas aos autores, visando o aprimoramento dos trabalhos para futura publicação. Por seu propósito se concentrar na recepção de comentários e críticas, a Revista Debates em Administração Pública não possui ISSN e não fere o ineditismo dos trabalhos divulgados.

As publicações da Revista estão disponíveis para acesso e download gratuito no formato PDF. Acesse: www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do IDP.

Qualquer citação aos trabalhos da Revista só é permitida mediante autorização expressa do(s) autor(es).

debates em administração pública

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DA INTERVENÇÃO ESTATAL	9
3. A REGULAÇÃO PRECISA SER MANDATÓRIA?	12
4. SOFT REGULATION	15
5. VANTAGENS DE SOFT REGULATION	20
6. EXPERIÊNCIAS COM O USO DE SOFT REGULATION	26
6.1 A matriz institucional da Finlândia	26
6.2 Guia de compliance do Cade	28
7. CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	33

RESUMO

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a análise de impacto regulatório que objetiva melhorar a qualidade regulatória e desestimular regulações desnecessárias, embora o Brasil ainda priorize soluções normativas. Esta pesquisa propõe um incentivo à intervenção estatal por alternativas diferentes das tradicionais, que estejam previstas no processo de AIR e sejam eficientes para minimizar um problema socioeconômico. O objetivo é delimitar um conceito de soft regulation, identificar aplicações e vantagens dessa escolha, para que possa ser aplicada de forma institucionalizada no Brasil visando promover a melhoria da performance regulatória, sem intervir demasiadamente no funcionamento da sociedade e do mercado. Espera-se trazer à tona novas possibilidades de intervenção que contribuam para a eficiência, a eficácia e a efetividade das ações, de modo a auxiliar o aumento da racionalidade do sistema regulatório do País e da matriz institucional. O intuito desta pesquisa é demonstrar que, numa avaliação ex ante como a AIR, a conclusão pode ser de que é melhor não regular ou conduzir a solução para uma alternativa eficiente, mas não impositiva: a soft regulation. A metodologia foi de pesquisa documental e bibliográfica. Como resultado espera-se suscitar o debate sobre regras mais simplificadas ou até menos regras para estimular a inovação e a competitividade do setor produtivo. Assim, com base no contexto propício, no conceito construído, no estudo da incipiente experiência brasileira e na experiência exitosa de outros países, será possível avaliar alternativas soft para serem consideradas como opção para enfrentamento do problema regulatório.

Palavras-chaves: soft regulation; análise de impacto regulatório; alternativas à regulação tradicional; matriz institucional.

ABSTRACT

The Declaration of Economic Freedom Rights introduced regulatory impact analysis into the Brazilian legal system to improve the country's regulatory quality and to discourage elaboration of unnecessary prescription forms, although Brazil still prioritizes normative solutions. This research proposes an incentive for state intervention through different alternatives which can be efficient in minimizing a socioeconomic problem. The objective is to delimit a concept of soft regulation, identify applications and the advantages of this alternative, so it can be applied in an institutionalized way in Brazil without intervening too much in the functioning of the society. It is expected to focus on new possibilities of intervention that contribute to efficiency, efficacy and effectiveness of actions, in order to promote a greater rationality of the country's regulatory system. The hypothesis is that, in an ex ante evaluation such as the RIA, the conclusion may be that it is better not to regulate or lead the solution to an efficient, but non-binding, alternative to pursue regulatory goals without resorting to additional rules or sanctions: soft regulation. The methodology consisted of documentary and bibliographic research. The result is to raise the debate on more simplified rules or even fewer rules to stimulate innovation and competitiveness of the productive sector. Based on the favorable context, on the constructed concept, on the study of the Brazilian incipient experience and on the successful experience of other countries, it will be possible to evaluate these soft alternatives to be considered as an option to deal with the regulatory problem.

Key words: soft regulation; regulatory impact analysis; alternatives to traditional regulation; economic freedom; institutional matrix.

1. INTRODUÇÃO

As normas têm o poder de afetar o comportamento dos cidadãos ao criar incentivos que moldam a maneira como as pessoas vivem em sociedade. São regras formais que afetam a todos e compõem o que a literatura econômica denomina de instituições (NORTH, 1990). A matriz institucional precisa funcionar adequadamente para contribuir com uma eficiente coordenação do sistema econômico e promover o desenvolvimento econômico.

Acemoglu e Robinson (2008) defendem que as instituições são a causa fundamental do crescimento econômico e das diferenças de desenvolvimento entre os países. Segundo os autores, os principais determinantes das diferenças de renda per capita entre os países são as diferenças nas instituições.

Por conta dos efeitos da matriz institucional é que se torna fundamental o cuidado com as ações oriundas do Estado. Leis que provocam distorções, que geram mais custos que benefícios sociais, surgem com frequência nos três níveis da federação. A proliferação legislativa acarreta grave insegurança jurídica com efeitos deletérios para o desenvolvimento econômico (MENDES, 2003, p. 57).

Essas dificuldades não são específicas do Brasil. Em nível internacional, o movimento chamado Better Regulation ganhou força nos anos 2000 e colocou holofote no problema da falta de qualidade do arcabouço regulatório mundial e na urgente necessidade de saneá-lo.

Nesse contexto propício é que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, quando se instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica³, em 2019, a análise de impacto regulatório - AIR, ferramenta de análise ex ante mundialmente difundida, que objetiva melhorar a qualidade regulatória e desestimular regulações desnecessárias ou desarrazoadas.

Pretende-se, então, trazer à tona alternativas a serem consideradas no momento da construção de uma nova norma, durante o processo de AIR. Trata-se do conceito conhecido na literatura internacional por soft regulation - regulação que acontece por meio de instrumentos não vinculativos que, embora advenham do poder público, não exigem

³ Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

monitoramento e fiscalização ostensivos por parte da administração pública (KOUTALAKIS; BUZOGANY; BÖRZEL, 2010; SHAFFER; POLLACK, 2009).

Portanto, considerado o recente direcionamento dado pelo Estado brasileiro que exige a avaliação ex ante, por meio da AIR, bem como o lastro de experiências internacionais exitosas (e práticas nacionais que, embora não catalogadas como soft regulation, se comportam como tal), entende-se que há um espaço promissor para se promover a soft regulation no Brasil, com consequências positivas para a racionalização do ordenamento jurídico, a dinamização do crescimento econômico e o incremento do bem-estar social.

Neste artigo, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, serão analisados materiais publicados pelo poder público e pela academia com o objetivo de construir novas soluções regulatórias para o cenário brasileiro.

Este texto procura suscitar o debate sobre soft regulation, como possibilidade para uma redução da carga administrativa do setor público, com regras mais simplificadas ou até menos regras, e para o estímulo à inovação e à competitividade do setor produtivo, por meio de indução à mudança de comportamento dos agentes.

Reforça-se que medidas não cogentes, desde que não ultrapassem os limites das previsões legais, podem ser propostas sem formalismos procedimentais (próprios do processo de construção da norma) e prescindem de fiscalização estatal ou de aplicação de penalidades em caso de descumprimento. Então, o custo para sua implementação há de ser menor que o de uma regulação tradicional.

Sobre esse contexto, no Estudo sobre Conformação Regulamentar apoiada em Modelagem Regulatória por Incentivos, ponderou-se com propriedade que “a melhor recomendação normativa para a adoção de postura responsiva é a de simplificação do arsenal regulatório” (ARANHA et al., 2020, p. 31).

O desenvolvimento dessas ideias introduzidas encontra-se dividido nas seguintes seções: na segunda, há a motivação da presente pesquisa, enfatizando a premência de melhores intervenções estatais; na terceira é apresentada discussão sobre desnecessidade de cogência das regulações; na quarta, constrói-se a conceituação de soft regulation; na quinta, discorre-se sobre as vantagens da soft regulation; na sexta, para ilustrar a aplicação do tema, traz-se dois casos concretos de utilização de soft regulation e, por fim, na sétima seção, tem-se as conclusões do estudo seguidas das referências bibliográficas.

2. NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DA INTERVENÇÃO ESTATAL

A motivação para o estudo da soft regulation vem da necessidade de que o Estado conduza melhor suas intervenções na sociedade, promovendo um ajuste mais adequado dos incentivos de maneira a facilitar o atingimento de objetivos sociais.

A falta de efetividade do ordenamento jurídico tanto pode ser atribuída ao seu tamanho expressivo, como ao distanciamento entre a realidade social e o idealismo legislativo. É cediço que o Direito não pode estar apartado dos fatos e o Estado Regulador precisa se atualizar sempre para conseguir ser tão rápido quanto a mudança dos interesses da sociedade.

Acertadamente, Binenbojm (2014, p. 35), ao analisar a necessidade de adequação da atuação estatal frente aos novos desafios das democracias constitucionais contemporâneas, traz que é “fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral”.

A sensação de insegurança jurídica causada pelo desconhecimento da legislação induz à inobservância das normas. As regras do jogo não estão claras àqueles a quem elas se dirigem, nem quanto aos direitos, nem quanto às obrigações que carregam. Isso acarreta perda de credibilidade do direito positivado e, conseqüentemente, em descrédito nas instituições.

Entende-se por anomia, segundo Meneguim e Melo (2020, p. 4), “a condição de ausência de normatização ou, na vertente mais comum, de existência de normas que não causam o efeito desejado ou não ganham aderência dos indivíduos por se mostrarem confusas ou pouco esclarecidas”. Nesse sentido, pode-se concluir que o Brasil está há muito tempo num estado de anomia, não pela falta, mas pela confusão causada pelo excesso de normas.

No Manual de Boas Práticas Regulatórias da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2018, p.7), é destacado que “o excesso de regras, a falta de clareza, a complexidade da linguagem e a ausência de atualização das normas produzem um ambiente deletério à segurança jurídica, ao setor regulado, aos usuários de serviços e ao próprio Estado de Direito”.

Um ambiente regulatório-normativo inchado é nocivo ao ambiente de negócios, já que dificulta investimentos pela falta de regras claras; encarece e burocratiza o

empreendedorismo e o estímulo à inovação; e eleva o Custo Brasil⁴, diante do elevado custo de transação para compreendê-lo e, por isso, torna o País menos competitivo no cenário mundial.

É relevante destacar alguns dados que demonstram as consequências econômicas, diretas e indiretas, dessa realidade:

a) No relatório Doing Business 2020⁵, do Banco Mundial, o Brasil piorou sua colocação⁶ e está na 124ª posição, entre 190 países, no ranking de facilidades de fazer negócios, classificação que considera o ambiente regulatório como um dos critérios;

b) O Brasil continua sendo o país onde se gasta mais tempo para calcular impostos: 1.501 horas por ano em média⁷, sendo que a dos países da OCDE é 158,8 horas;

c) A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP⁸ concluiu que as empresas gastam R\$ 137 milhões por dia para acompanhar as modificações da legislação;

d) Dados do WJP Open Government Index 2020⁹ colocam o Brasil em 38º no ranking mundial (que considera os dados governamentais disponíveis, o direito à informação e as leis publicadas e de fácil acesso), atrás de países como Índia, Botswana e China;

e) Conforme o Global Competitiveness Report 2017-18¹⁰, o Brasil é um dos piores países do mundo em relação ao peso de sua carga regulatória, ocupando a 137ª posição. Entre as principais causas para perda da competitividade brasileira, pelo menos quatro estão diretamente ligadas às normas: instabilidade normativa, regulações trabalhistas, ineficiência da burocracia e regulações tributárias; e

⁴ Medida que se refere aos custos desnecessários ou desproporcionais que tornam os processos mais lentos, caros e ineficientes, dificultando o desenvolvimento e a competitividade.

⁵ Relatório do Banco Mundial Doing Business 2020. Disponível em: Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁶ Em 2019, o Brasil estava em 109º no ranking, conforme relatório Doing Business 2019. Disponível em: DOING BUSINESS 2019. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁷ Relatório Doing Business 2020 – Region Profile Latin America & Caribbean. Disponível em: <https://portugues.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Profiles/Regional/DB2020/LAC.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁸ Disponível em: Brasil sem burocracia. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁹ O WJP Open Government Index é o primeiro esforço para medir a abertura do governo com base nas experiências e percepções do público em 102 países. O Índice do Governo Aberto considera quatro dimensões: leis divulgadas e dados do governo, direito à informação, participação cívica e mecanismos de reclamação. O relatório 2020 está disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-open-government-index/global-scores-rankings>. Acesso em: 19 nov. 2020.

¹⁰ Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

f) Segundo o Ministério da Economia¹¹, estima-se que o item “atuar em um ambiente jurídico-regulatório eficaz” impacta o Custo Brasil em R\$ 160 a R\$ 200 bilhões.

A relevância da atuação do Estado Regulador não afasta os questionamentos quanto à qualidade das regulações. Segundo Meneguín e Saab (2020, p. 1), as perguntas que devem pautar a atuação estatal são, basicamente: “será que o desenho da norma consegue gerar efeitos que eram realmente os esperados? Será que os custos impostos pela regulação superam os benefícios gerados para a sociedade?”.

Nesse sentido é que o desenho dos marcos regulatórios e das políticas públicas deve ser cuidadosamente pensado, pois ele cria incentivos e altera a matriz institucional, favorecendo ou dificultando o desenvolvimento econômico. Também aqui se tem a sustentação teórica para o desenvolvimento da pesquisa: averiguar a utilização da soft regulation, no âmbito da AIR, para se pensar em soluções que contenham os corretos incentivos para a sociedade, possibilitando intervenções estatais mais eficientes.

¹¹ Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2019/11/decreto-orienta-revisao-e-consolidacao-de-atos-normativos-da-administracao-publica-federal. Acesso em: 19 nov. 2020.

3. A REGULAÇÃO PRECISA SER MANDATÓRIA?

Senden (2005) esclareceu que o uso de alternativas à regulação tradicional tem sido discutido desde 1990 no âmbito da União Europeia em todos os eventos que tratam de simplificação e melhoria do ambiente regulatório. Novas políticas e culturas regulatórias começaram a ser temas de debate desde então e permanecem na agenda mundial como prioridade.

A realidade e a complexidade da sociedade contemporânea apontam para insuficiência da atuação estatal cogente para a solução das questões que se arvoram.

Os setores econômicos e sociais possuem intenso dinamismo e complexidade, com interesses jurídicos diversos e divergentes - por vezes, conflitantes - que exigem do poder público soluções também dinâmicas e contextualizadas. As intervenções regulatórias precisam ser bem estudadas e adequadas à realidade. Portanto, quanto mais opções existirem, mais possibilidade há de que sejam coerentes e de consequências sistêmicas adequadas.

A institucionalização da AIR no Brasil foi a porta de entrada para reflexões que permitem trazer opções ao poder público - para além da regulação tradicional, com foco em diminuir as assimetrias informacionais e propiciar, de forma mais racional, eficiência nas intervenções:

[...] a AIR não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade e/ou da qualidade da regulação estatal. Em verdade, a própria decisão quanto à necessidade de instituição da regulação é discutida na AIR. Durante o processo, as alternativas à regulação direta (ex.: subsídios, disponibilização de informação ao público, instituição de taxas, autorregulação etc.) devem ser ponderadas para eleger a melhor decisão para o setor. (OLIVEIRA, 2015, p. 260).

Ao corroborar desse entendimento, no Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório, elaborado pela Casa Civil, destaca-se a possibilidade de que a regulação tradicional pode não ser a melhor alternativa:

A AIR não deve ser entendida como uma mera comparação entre alternativas de intervenção. Antes disso, a AIR deve buscar entender a natureza e a magnitude do problema regulatório, definir quais os objetivos

pretendidos pelo regulador e analisar se algum tipo de intervenção é de fato necessária. Somente após esta reflexão inicial, parte-se para a identificação e análise de possíveis alternativas de ação, de modo a permitir que a melhor escolha possível seja feita. Após o exame de todas as informações e considerações relevantes, a AIR pode inclusive indicar que não regular é a melhor alternativa possível. (BRASIL, 2018, p. 24).

“Não regular” tanto pode ser entendida como uma inação do Estado, quanto como uma intervenção não cogente que possa minimizar os efeitos do problema regulatório, sem necessidade de uma solução normativa. Defender a inação não é o objetivo, logo, a alternativa que se apresenta neste artigo é a soft regulation – formas que induzem a um modelo regulatório não embasado em processo sancionador, com utilização de opções não cogentes que nem, sequer, necessitem de fiscalização ostensiva.

Assim, conclui Oliveira (2015, p. 202) que “em determinadas hipóteses, a aplicação da sanção tipificada em lei pode frustrar a efetividade dos resultados esperados pela legislação que poderiam ser implementados por outras vias alternativas[...]”.

Como é possível constatar, a atual estrutura normativa brasileira que disciplina a elaboração de normas, em especial as que tratam de AIR, não veda a implementação de modelo regulatório com uso de formas não cogentes. Pelo contrário, há expresso estímulo à prática.

Diante do fundamento permissivo, o intuito, conseqüentemente, é trazer para a discussão a possibilidade de se utilizar soft regulation como opção eficiente ao Estado, até mesmo antes do caminho regulador. “Não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação” (OLIVEIRA, 2015, p. 203-204).

O caráter de generalidade e abstração de que são dotados os atos normativos os fazem tratar de forma semelhante e indiscriminada, situações desiguais e, por vezes, geram situações economicamente insustentáveis a alguns e contrariam princípios basilares à administração pública, como o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

Aranha et al. (2020, p. 19) concluíram que buscar opções que minimizem problemas e que gerem adesão discricionária e voluntária, com menor custo ao Estado e mais incentivos ao mercado, parece não só razoável, como necessário para a consolidação de um ambiente de mais segurança jurídica e institucionalização de estratégias responsivas. O paradigma da consensualidade e a busca por modelagens regulatórias flexíveis e que

atendam às complexidades do setor regulado são legítimos, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União analisado no referido estudo.

Essa busca já vem sendo observada no âmbito das agências reguladoras que seguem a Teoria da Regulação Responsiva¹².

Em sentido semelhante, a Teoria da Regulação Inteligente prescreve uma “estratégia de regulação que inclui não somente formas convencionais de regulação direta (comando e controle, por exemplo), mas também formas mais flexíveis e inovativas de controle social” (MÉLO FILHO, 2020, p. 152).

Não implica dizer que uma solução prepondera sobre a outra. E sim que o “caráter repressivo do Direito convive com o caráter preponderante fomentador e regulador. Em vez de sanções, o Estado deve criar condições jurídicas e materiais para que os indivíduos promovam seus interesses” (OLIVEIRA, 2015, p. 54).

Evitar as falhas de governo, especialmente o paternalismo estatal, que reduz a autonomia dos indivíduos e do mercado e pressupõe excesso de intervenções com consequente asfixia regulatória, e focar na qualidade da intervenção é o pressuposto que conduz à legitimidade da soft regulation. Ou, “talvez não seja o caso de suplantiar os métodos tradicionais de definição de direitos positivados, mas de somar-se a eles” (NEIVA, 2008, p. 33).

¹² Teoria fundamentada no clássico de Ayres e Braithwaite – Responsive Regulation: transcending the deregulation debate, publicado em 1992. Segundo Mélo Filho (2020, p. 150), citando Aranha (2019), “Ayres e Braithwaite propõem a regulação responsiva (responsive regulation), segundo a qual a efetividade da regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado”.

4. SOFT REGULATION

Cientes dos possíveis efeitos colaterais que a regulação tradicional pode trazer, tem ganhado peso no âmbito da União Europeia, como maneira para se conseguir mais legitimidade e efetividade das políticas públicas, a consideração de formas de regulação menos rígidas entre o setor público e os agentes privados (SABEL e ZEITLIN, 2010). Tal forma de regulação passou a ser conhecida como soft regulation.

O termo soft regulation deriva do debate entre soft law e hard law no Direito Internacional.

Os tratados e as convenções internacionais processados, aprovados e ratificados no contexto interno do país são denominados de hard law, de maneira que seu cumprimento pode ser exigido e as punições pelo descumprimento aplicadas. Por outro lado, as declarações, os códigos de conduta, as diretrizes e as outras promulgações de órgãos políticos do sistema das Nações Unidas, por exemplo, são chamados de soft law, que se equivale a algo que não tem força legal ou vinculante.

Em contrapartida, a soft regulation ainda não tem uma definição sedimentada, nem na literatura internacional, nem na doutrina pátria e, embora demande por clareza e adequação conceitual e epistemológica, é necessário um construto para compreender a sua natureza multifacetada e a sua aplicabilidade, para depois concluir uma definição contextualizada.

Ao tratar de abordagens para além daquelas de comando e controle, Gunningham (2010, p. 131), citando ele mesmo e Grabosky (1999), traz o conceito de “smart regulation” para se referir às formas mais flexíveis, imaginativas e inovadoras de controle social. Como exemplo de “regulação inteligente”, o autor cita as espécies co-regulation e self-regulation.

Luo, Iyengar e Venkatasubramanian (2016, p.3) propõem o seguinte conceito para soft regulation:

um novo paradigma regulatório que combina recursos de controle suave e aprendizagem suave e que busca um equilíbrio entre o excesso e a falta de regulação, embasado no aprendizado coletivo onde os agentes têm a liberdade de escolher atuar conforme seu discernimento individual ou com o conhecimento social. (Tradução nossa).

Para Kasa, Westskog e Rose (2018, p. 99), a diferença entre hard regulation e soft regulation é assim descrita:

Os instrumentos rígidos são aqueles que normalmente envolvem incentivos econômicos e/ou regulamentos legalmente aplicáveis que são acompanhados por um potencial para sanções em caso de descumprimento. Os instrumentos soft, por outro lado, são de uma espécie diferente; eles normalmente consistem em diretrizes não sancionáveis, recomendações ou códigos normativos de conduta (cf. Shaffer & Pollack, 2010). A distinção foi resumida por Koutalakis et al. (2010: 330) como se segue: 'soft regulation refere-se a uma ampla gama de instrumentos quase jurídicos que se diferem de hard law, pois carecem de efeitos diretos imediatos, uniformemente vinculativos, precisão e monitoramento claramente delineado, solução de controvérsias e autoridades de aplicação. (Tradução nossa).

Além da diferença relacionada ao grau de compulsoriedade e vinculação entre os instrumentos hard e os soft, é relevante destacar a distinção sobre as estratégias usadas para garantir o seu cumprimento. Para Kuruvilla e Verma (2006, p. 52), na chamada hard regulation basicamente se exige o cumprimento por meio do estabelecimento de sanções ou punições. Já na soft regulation há várias espécies de abordagens para assegurar sua observância, como por exemplo: persuasão moral, técnica de monitoramento e feedback, transparência, auditorias entre pares, comprometimento, elaboração de estudos e documentos conjuntos.

Sobre as regulações soft que induzem comportamentos, sem trazer imposições, é relevante trazer a reflexão de Oliveira (2015, p. 197):

Não se trata de afastar a autoridade e a repressão da regulação, mas sim de inserir, no cardápio de opções de atividades, a atuação por meio de incentivos ou recomendações que induzam o comportamento dos atores regulados, sem necessidade de coerção, naquilo que se convencionou denominar soft law (Direito branco ou suave).

É importante ressaltar que, a expressão “soft regulation”, embora difundida na Europa, não encontra unanimidade na doutrina internacional. Outras referências

encontradas na literatura, tais como non-regulatory approaches¹³ ou, por vezes, non-regulatory solutions¹⁴, apesar de serem mais genéricas, incluem, entre outras formas, o que se entende por soft regulation.

Em que pese as diferentes referências, as expressões denotam algumas espécies de abordagem estatal para resolver um problema regulatório que caberão ao modelo de soft regulation, a depender de como são veiculadas.

Em outras ocasiões, a literatura internacional utiliza-se das espécies de soft regulation para defini-la. Mas em toda essa diversidade de menções e nomenclaturas, há total consonância com o conceito de soft regulation que se propõe.

Ou seja, entre todas as alternativas à regulação tradicional, não normativas, não regulatórias ou não cogentes, há também espécies de soft regulation no cardápio de opções.

É relevante esclarecer que soft regulation está mais próxima do conceito de forma regulatória do que de desenho regulatório, que decorre da teoria da regulação responsiva. Mas o desenho regulatório, se fizer o uso de soft regulation entre as formas regulatórias, certamente, pode ser mais responsivo.

Dito isso, considerar-se-á, com base no entendimento doutrinário, nacional e internacional correlato, que soft regulation são formas regulatórias editadas pelo Estado que não exigem comando e controle e podem ou não ser apoiadas em incentivos.

São, portanto, formas regulatórias escritas que podem ser aplicadas por meio de diversos instrumentos sem força normativa cogente, desde que editados pelo poder público. Podem ser elaboradas com a participação direta dos interessados e ter abrangência nacional ou transnacional. E que antecedem, complementam, suplementam ou substituem a regulação tradicional, a depender da necessidade e do contexto, como mais uma alternativa para minimizar um problema regulatório.

Sobre as espécies não cogentes, no relatório da OCDE Alternatives to Traditional Regulation, que visa encorajar o uso desses instrumentos como opção ao poder regulamentar tradicional, destaca-se que:

O checklist da OCDE de 1995 para a tomada de decisões regulatórias afirma que: reguladores devem realizar, no início do processo regulatório, uma comparação

¹³ Abordagens não regulatórias (tradução nossa).

¹⁴ Soluções não regulatórias (tradução nossa).

fundamentada de uma variedade de instrumentos regulatórios e não regulatórios de políticas, considerando questões relevantes como custos, benefícios, os efeitos distributivos e os requisitos administrativos (p. 10, tradução nossa).

No mesmo relatório, os instrumentos não normativos são separados nas seguintes espécies (p. 5): market-based instruments; self-regulation approach; co-regulation approach; e information and education schemes.

O novo Guia para Análise de Impacto Regulatório (BRASIL, 2021, p. 33), de forma semelhante ao que propõe a OCDE, categoriza as alternativas não normativas assim:

1. autorregulação: quando um grupo organizado regula o comportamento de seus membros;
2. corregulação: regulação compartilhada;
3. incentivos econômicos: buscam alterar o comportamento dos agentes por meio de incentivos econômicos, como alteração de preço; e
4. informação e educação: instrumentos usados para corrigir assimetria de informações entre os agentes.

É relevante esclarecer que, embora todas as espécies colacionadas pelos guias da OCDE, e replicadas no guia do Brasil, se enquadrem em modelos de intervenções não normativas, logo soft, somente duas delas demandam ação estatal formalizada como uma forma regulatória não mandatária, e cabe no que se pretende propor: a corregulação e a informação e educação, quando dispostas em instrumento escrito editado pelo Estado.

O referenciado Guia (BRASIL, 2021, p. 33) traz o seguinte conceito de corregulação:

ocorre quando a indústria desenvolve e administra seus próprios padrões, mas o governo fornece o apoio legal para permitir que eles sejam aplicados. Em geral, o governo determina padrões ou parâmetros de qualidade ou performance, permitindo que os atores escolham a melhor forma de adequar seus produtos, processos, serviços ou tecnologia de modo a atender o desempenho esperado.

Uma vez que a correção está catalogada no Brasil entre as opções não normativas, é natural concluir, então, que os padrões e parâmetros determinados pelo Estado devem ser estabelecidos por meio de soft regulation. Já os instrumentos soft de informação e educação parecem estar mais relacionados ao conteúdo do que à forma. Portanto, se editados pelo Estado em instrumentos escritos, podem também se enquadrar no conceito de soft regulation.

Portanto, com base nos conceitos apresentados para definir co-regulation, pode-se inferir que o instrumento também é uma espécie de soft regulation com participação ativa e necessária dos interessados na solução. É uma soft regulation de caráter mais consensual e produzida não só pelo Estado Regulador.

O Governo da Austrália, no relatório *Optimal conditions for effective self- and co-regulatory arrangements*, definiu co-regulation como a combinação entre regulação não governamental e a regulação governamental.

Em síntese, toda soft regulation é um instrumento regulatório estatal não normativo, mas nem todo instrumento estatal não normativo é uma soft regulation.

Por exemplo, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, configura-se como sendo um instrumento de hard regulation porque estabelece regras, infrações e consequências sancionatórias ao seu descumprimento. Com fundamento no que dispõe a Lei, se as empresas instituem o seu programa de compliance com regras e diretrizes a serem cumpridas internamente de forma obrigatória, trata-se de uma self-regulation ou mais especificamente, uma co-regulation, já que o fundamento de validade em comandos estatais claros está explícito. Mas uma campanha educativa de utilidade pública sobre a importância e os benefícios de programas de compliance é certamente um instrumento regulatório não normativo (de informação e educação), consubstanciado em uma alternativa à regulação tradicional que visa induzir comportamentos desejáveis, mas não é uma forma regulatória. Agora, no mesmo intuito, o Guia editado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, que estabelece diretrizes não vinculantes para as empresas a respeito desses programas de compliance, especificando no que eles consistem, de que modo podem ser implementados e as vantagens em sua adoção, indubitavelmente, é uma soft regulation, também de caráter informativo e educativo. Percebe-se que, embora o conteúdo e o objetivo das duas últimas ações sejam os mesmos, a forma de veiculação as difere.

5. VANTAGENS DE SOFT REGULATION

O objetivo principal do uso de soft regulation, segundo o relatório da OCDE *Alternatives to Traditional Regulation*, é “minimizar algumas das principais deficiências da regulamentação tradicional” (tradução nossa), por meio do uso de instrumentos regulatórios que possuam como base o desempenho e os incentivos.

A soft regulation visa, ainda, contribuir para um sistema regulatório menos inflado e, conseqüentemente, de maior compreensão pelos entes regulados, com redução dos custos de transação.

A escolha do uso de soft regulation está diretamente ligada aos objetivos e à necessidade do mercado e cabe ao gestor, após fazer a AIR sobre o problema que se pretende minimizar, sopesar a solução mais adequada. Não é necessariamente uma gradação, já que há sempre a opção de se iniciar o processo com uma regulação tradicional.

Sobre a falácia dessa possível gradação entre soft regulation e hard regulation, e a pretensão de que aquela seja sempre preparatória a essa, é importante citar Kuruvilla e Verma (2006, p. 53) que, ao analisarem os padrões normativo com natureza de soft regulation usados para corrigir lacunas deixadas pela regulação tradicional, destacam a relevância desses mesmo quando não transformados em hard.

Esse crescente ganho de espaço pela soft regulation como ferramenta de governança aconteceu em decorrência da complexidade das questões regulatórias e da pressão por resultados desejáveis, considerada a interdependência entre atores públicos e privados na formulação de políticas regulatórias (Trubek e Trubek, 2005). O baixo grau de vinculação da soft regulation pode facilitar o aprendizado e o atingimento dos objetivos da regulação em oposição aos regulamentos rígidos e hierárquicos.

Ramajoli (2016, p. 68), ao discorrer acerca da vantagem do uso dos instrumentos soft, assevera que:

a soft-regulation desempenha uma função de orientação, com o propósito de coordenação, para com os reguladores nacionais e função de orientação pedagógica para com os regulados, apresentando indiscutível vantagem de garantir a flexibilidade e rapidez necessárias em mercados financeiros caracterizados por uma evolução constante. (Tradução nossa).

Ademais, para complementar o debate acerca das vantagens de o Estado poder intervir na iniciativa privada por meio de soft regulation, há que se acrescentar à discussão a abordagem comportamental, que não é exclusividade dos instrumentos soft, mas que converge para o mesmo objetivo.

The Behavioural Insights Team¹⁵, unidade associada ao Governo Britânico, vem há tempos estudando como a Economia Comportamental pode contribuir para melhorar a tomada de decisão por parte dos governos.

Lunn (2014, p. 10) esclarece que “a maioria dos casos em que a economia comportamental foi aplicada à política refere-se à política regulatória ou, frequentemente, a uma tentativa de buscar objetivos regulatórios sem recorrer a regras ou sanções adicionais” (tradução nossa).

Em suma, a Ciência Comportamental propõe a utilização de novas ferramentas que permitem o alcance dos resultados desejados com menos custos ou menos efeitos colaterais, quando comparados com os conseguidos por meio da regulação estrita. Nesse contexto, os governos estão utilizando cada vez mais informações comportamentais para projetar, aprimorar e reavaliar políticas e serviços. O objetivo é adotar uma visão mais realista do comportamento humano, para propor soluções mais assertivas e eficientes em políticas públicas (HALLSWORTH et. al., 2018).

Ainda sobre as vantagens da soft regulation, para Kasa, Westskog e Rose (2018, p. 99):

As práticas de soft regulation apresentam várias vantagens. Elas são conhecidas por sua adaptabilidade às circunstâncias locais, sua capacidade de influenciar as motivações de atores importantes e sua adequação para lidar com questões regulatórias complexas, como política de saúde (Fredriksson, Blomqvist, & Winblad, 2011), padrões de trabalho (Kuruvilla & Verma, 2006) e políticas ambientais (Koutalakis et al., 2010). (Tradução nossa).

Então, a literatura defende como vantagens dos instrumentos de soft regulation: adaptabilidade e flexibilidade às situações que se impõem; rapidez e menos custo para elaboração e implementação; mais assertividade e eficiência diante do problema regulatório;

¹⁵ Disponível em: <https://www.bi.team/>. Acesso em: 5 set. 2020.

capacidade de influenciar e orientar pedagogicamente os regulados a comportamentos desejados.

Já a OCDE, em seu relatório *Alternatives to Traditional Regulation*, em que pese reconheça a possível eficácia dos instrumentos alternativos, deixa claro que a pretensa vantagem tem de ser avaliada caso a caso:

Os instrumentos alternativos de políticas públicas muitas vezes podem atingir os objetivos da política a um custo mais baixo e mais eficaz do que os instrumentos tradicionais de “comando e controle”. Podem, portanto, ser um meio de reduzir os encargos administrativos impostos às empresas e a terceiros. Frequentemente, porém, os instrumentos alternativos não são totalmente considerados ou são considerados tarde demais no processo de formulação de políticas para que sejam opções viáveis. Os instrumentos alternativos nem sempre são a melhor resposta a uma questão política; eles apresentam desvantagens e vantagens e, portanto, os méritos dos instrumentos alternativos precisam ser avaliados caso a caso. (Tradução nossa).

Koutalakis, Buzogany e Börzel (2010, p. 329), ao estudarem a efetividade de medidas de soft regulation, concluíram que:

a eficácia na aplicação de instrumentos soft de política pública depende em grande parte de fortes capacidades cognitivas, materiais e políticas de reguladores estatais e atores industriais envolvidos na formulação de políticas regulatórias. Na falta dessas condições, a aplicação de soft regulation, legalmente não vinculativa, pode levar a efeitos adversos, como o não cumprimento e o ‘esvaziamento’ dos sistemas de licenças ambientais para indústria. No médio prazo, tais desenvolvimentos podem minar a autoridade normativa do EU. (Tradução nossa).

A conclusão do mencionado trabalho empírico é surpreendente na medida em que partiu da hipótese, de acordo com as expectativas do senso comum, de que a soft regulation pudesse ser um instrumento mais eficiente e de implementação menos onerosa que a regulação tradicional. Porém, restou demonstrado que quanto mais fraca é a base industrial e econômica do país (com recursos limitados para implementar padrões de alto custo), mais ele precisa desses instrumentos de soft regulation, entretanto, maiores são as

deficiências econômicas e administrativas para aplicá-los e monitorar os resultados, o que prejudica sua pretensa eficácia.

Entretanto, é importante esclarecer que, embora a conclusão do estudo tenha sido pela provável ineficácia dos instrumentos não cogentes em países menos desenvolvidos, a própria pesquisa afirma que **as dificuldades operacionais desses países são as mesmas para fazer valer a regulação tradicional**. Os pesquisadores reforçam que “embora as capacidades administrativas e políticas sejam determinantes cruciais da eficácia do monitoramento e da aplicação de hard law, elas são cada vez mais necessárias para fazer os instrumentos soft de políticas públicas funcionarem”.

Nessa discussão, o custo regulatório torna-se uma relevante métrica a ser considerada nessa equação quando estão sendo computadas as vantagens em se optar por uma abordagem soft em que não há exigências e sim recomendações de melhores práticas a serem cumpridas e, conseqüentemente, não necessitam de fiscalização de cumprimento, embora exijam monitoramento dos resultados alcançados.

Uma vez que as regulações, além dos benefícios esperados, geram custos tanto para a administração pública, quanto para o setor privado, no Guia para Elaboração de AIR (BRASIL, 2021, p. 17), reforça-se a necessidade de regulações com o menor impacto financeiro possível para a sociedade e que garantam mais eficiência e efetividade para as atividades dos regulados e dos reguladores. O que se espera é que na alternativa de intervenção estatal escolhida, os benefícios superem os custos¹⁶ e haja potencialização dos ganhos esperados e diminuição da extensão dos efeitos indesejados.

Além disso, é relevante deixar claro que os autores Koutalakis, Buzogany e Börzel (2010, p. 340) não excluíram de sua conclusão a hipótese e a importância de a soft regulation reforçar e complementar o conteúdo da legislação tradicional, ao invés de tentar substituí-la.

Corvaglia e Marschner (2013), ao analisarem a harmonização para a coexistência de instrumentos soft e hard para regulação das contratações públicas, concluem que os instrumentos de soft regulation, como complementos a acordos de hard regulation, podem

¹⁶ O Decreto nº 10.411, de 2020, estabelece no art. 7º que “na elaboração da AIR, será adotada uma das seguintes metodologias específicas para aferição da razoabilidade do impacto econômico: análise multicritério, análise de custo-benefício, análise de custo-efetividade, análise de risco, ou análise de risco-risco”. Mas destaca que, além dessas, “o órgão ou a entidade competente poderá escolher outra metodologia, desde que justifique tratar-se da metodologia mais adequada para a resolução do caso concreto”. Os métodos são explicados no Quadro 7 do Guia para Elaboração de AIR (BRASIL, 2021, p. 36).

atuar como soluções regulatórias viáveis para encontrar um equilíbrio entre a falta de diretriz e as legítimas preocupações políticas à luz das características intrusivas de regulamentos tradicionais.

No relatório da Australian Communications and Media Authority - ACMA (2015, p. 10), elenca-se as vantagens que a soft regulation pode apresentar quando comparada às tradicionais regulações de comando e controle: maior flexibilidade e adaptabilidade; menor custo administrativo e de conformidade; capacidade de aproveitar o conhecimento e a experiência da indústria para lidar com questões específicas do mercado em que atua; mecanismos de mais baixo custo e celeridade para tratamento das reclamações e resolução de conflitos.

Ao tratar do aumento do uso dos instrumentos de soft regulation na seara trabalhista, Jacobsson (2004, p. 356, apud KURUVILLA e VERMA, 2006, p. 53) conclui que:

o aumento do uso de soft regulation, para reger as relações transnacionais, pode ser devido ao aumento da força e da maturidade do sistema internacional - nem todas as relações precisam ser regidas por lei, mas algumas podem ser deixadas para etiqueta, discurso social e compromissos informais. (Tradução nossa).

Para Kuruvilla e Verma (2006), a soft regulation também atinge melhor seus objetivos porque seu formato flexível e adaptável permite às partes negociar com mais facilidade e, conseqüentemente, chegar a uma resolução mais simplificada quando houver qualquer conflito de interesses, seja na sua elaboração ou na implementação.

Em uma regulação tradicional, na qual, por vezes, se estipula punições, o Estado precisa se valer de seu poder de polícia e atuar de forma cogente e unilateral para assegurar o cumprimento. Não significa dizer que essa solução não seja democrática, uma vez que seu pressuposto de validade é que ela respeita ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Mas, uma solução coordenada pode ser mais colaborativa, cooperativa e de resultados mais efetivos por conseguir ponderar interesses e envolver mais aqueles a quem ela se direciona, o que gera mais engajamento quanto ao cumprimento da medida.

Os instrumentos de soft regulation podem, ainda, induzir práticas que caracterizam uma responsabilidade social corporativa¹⁷, que consistem em políticas internas

¹⁷ “Responsabilidade Social Corporativa é o comprometimento permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, melhorando simultaneamente a

que privilegiem, por exemplo, redução da emissão de carbono para mitigar as mudanças climáticas, melhoria das políticas trabalhistas, participação em doações a organizações não governamentais e promoção de esforços voluntários para melhorar a sociedade por meio de investimentos social e ambientalmente conscientes.

A responsabilidade social corporativa, em diversos países, não é exigida por meio de estatutos ou regulamentos (ou seja, *hard law*), no entanto, mesmo assim, é vista como obrigatória pela maioria das empresas devido às expectativas dos consumidores e em função de normas institucionais.

Assim, observa-se que as empresas buscam determinadas condutas a partir de incentivos que não são necessariamente obrigatórios. Esses exemplos de atitudes empresariais que promovem responsabilidade social corporativa podem ser concretizados por meio do correto desenho de incentivos na matriz institucional, sem haver imposição regulatória, o que demonstra mais uma vantagem do uso dos instrumentos de *soft regulation*.

Em suma, a elaboração de uma solução *soft*, precedida e procedimentalizada também pela AIR, pode ainda garantir legitimidade democrática para a intervenção já que carece de menos formalidades legalmente previstas e possibilita uma participação ativa e consensual da sociedade para uma formulação mais adequada aos interesses sociais. Não se trata de um contrato de adesão. Trata-se de uma solução contextualizada e que pode até ser mais participativa e menos *top-down*, como costumam ser as soluções impositivas.

qualidade de vida de seus empregados e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo". Conceito do Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, citado na obra de Melo Neto e Froes (1999, p. 87).

6. EXPERIÊNCIAS COM O USO DE SOFT REGULATION

Além dos instrumentos que estimulam o uso de opções não cogentes, alguns exemplos do uso de soft regulation foram estudados pela literatura, dos quais destaca-se um internacional e um nacional que foram analisados para que sirvam de motivação ao gestor e se tornem parte de um arsenal disponível para melhores práticas regulatórias.

6.1 A matriz institucional da Finlândia

A Finlândia é conhecida pelo seu ambiente político e social favoráveis aos negócios e ao empreendedorismo. Strand et al. (2015, apud OLKKONEN e QUARSHIE, 2019, p. 38) reputam que os países nórdicos estão entre os mais avançados do mundo em termos de regulamentação ambiental e social, além de estarem nas primeiras posições quando o assunto é competitividade e liberdade econômica¹⁸.

Ao mencionarem Waddock (2008) e Scherer e Pazzo (2011), Olkkonen e Quarshie (2019, p. 37) atribuem o sucesso da Finlândia à estabilidade de sua matriz institucional e mencionam que “a infraestrutura institucional para CSR dentro do país é moldada tanto por leis rígidas quanto por regulamentações voluntárias não vinculativas e iniciativas por parte do governo” (tradução nossa).

Nesse contexto, como exemplo de aplicação de soft regulation, é possível citar o país que aplica largamente formas de regulamentação e co-regulamentação para incentivar o engajamento de empresas e empreendedores em melhores práticas corporativas (OLKKONEN e QUARSHIE, 2019).

Um dos exemplos trazido pelos autores refere-se à canalização de recursos públicos para startups que atuem em negócios socialmente responsáveis - CSR¹⁹, por meio

¹⁸ Global Competitiveness Index 2017-2018 do World Economic Forum, 2018, disponível em: The Global Competitiveness Report 2017-2018 | World Economic Forum. Acesso em: 11 set. 2021.

¹⁹ Corporate Social Responsibility - CSR, ou em português Responsabilidade Social das Empresas - RSE - era conhecida como uma forma de autorregulação como parte de uma política organizacional ou estratégia ética corporativa para que as empresas fossem estimuladas por objetivos sociais e filantrópicos. Mas, nos últimos tempos, essa política passou a fazer parte de leis e diretrizes máximas de diversos países, como é o caso da Finlândia.

da promoção de incentivos para o desenvolvimento de organizações com esse direcionamento, sem haver imposição positivada.

Responsabilidade Social das Empresas - RSE, refere-se à forma como as empresas se organizam para garantir que as suas atividades afetem positivamente a sociedade. As políticas de RSE objetivam assegurar que as empresas trabalhem com ética, considerem os direitos humanos, bem como os impactos sociais, econômicos e ambientais de seu negócio.

Sobre o tema, embora não haja na Finlândia uma lei especificamente editada para regulamentar a prática de responsabilidade social das empresas no país, a conduta é estimulada pelos guias e pelas diretrizes internacionais da União Europeia, que são espécies de soft regulations²⁰.

Ciente da importância das previsões trazidas pela soft regulation para direcionar a ação voluntária e socialmente responsável das empresas finlandesas, o Ministro da Economia e Emprego da Finlândia fez uma declaração para apoiar a observância das normas e diretrizes internacionais de RSE, tais como o “OECD Guideline for Multinational Enterprises”, o “United Nations Global Compact and Guiding Principles on Business and Human Rights”, e as declarações da Organização Internacional do Trabalho - OIT²¹.

Os sítios governamentais da Finlândia²² divulgam e estimulam as boas práticas por meio da disponibilização dos guias e das diretrizes que podem auxiliar as empresas a se tornarem socialmente responsáveis. O governo finlandês considera que “as diretrizes e os princípios reconhecidos internacionalmente constituem a espinha dorsal da responsabilidade social corporativa”.

É notório que o reconhecimento e a chancela do governo quanto à importância dos guias, os fez ganhar adesão.

Influenciado pelo conteúdo desses instrumentos de soft regulations, o governo finlandês publicou planos de ação específicos para o avanço da responsabilidade social das empresas conforme o contexto do país.

Obviamente o desenvolvimento histórico da Finlândia foi decisivo para a sua realidade atual, mas demonstra que é possível seguir diretrizes e envolver os atores

²⁰ Guias e informações disponíveis em: [Corporate social responsibility & Responsible business conduct](#) e o [Key guidelines on CSR - Ministry of Economic Affairs and Employment](#). Acesso em: 10 out. 2021.

²¹ Informações disponíveis em [Corporate social responsibility \(CSR\) - Ministry of Economic Affairs and Employment](#). Acesso em: 10 out. 2021.

²² Disponível em: [Key guidelines on CSR - Ministry of Economic Affairs and Employment](#). Acesso em: 10 out. 2021.

econômicos em práticas socialmente desejáveis sem que seja necessário impor sanções para sua observância.

O modelo finlandês intercala formas de soft regulation com hard regulation e incentivos governamentais direcionados especificamente para as empresas que desenvolvem soluções sustentáveis e socialmente responsáveis (OLKKONEN e QUARSHIE, 2019, p. 40) de maneira que, ao se complementarem, os instrumentos permitem ao governo atingir objetivos de forma eficiente.

Em 2016, por exemplo, a Lei de Contabilidade da Finlândia passou a exigir que algumas empresas relatassem sua responsabilidade social. A obrigação de reporte aplica-se, prioritariamente, a grandes empresas que são entidades de interesse público.

Entretanto, a mencionada legislação, mesmo diante de sua natureza impositiva, estabeleceu um elemento de flexibilidade da medida uma vez que, embora se exija a apresentação de informações, as próprias empresas podem decidir a forma como será feita. A legislação não determina as informações que as empresas devem fornecer, nem indica qualquer formato de relatório a ser seguido. O objetivo é que seja adaptável, estimule a responsabilidade social e funcione o melhor possível em diferentes setores, uma vez que os desafios da RSE podem ser muito diferentes de um setor para o outro²³.

6.2 Guia de compliance do Cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade - publicou em 2016 o Guia Programas de Compliance²⁴, para estabelecer definições, sugestões e diretrizes não-vinculantes para as empresas no âmbito da defesa da concorrência.

A iniciativa, na forma de um “menu de opções”, visa auxiliar as empresas a adotarem programa de compliance para evitar condutas anticompetitivas, por meio de esclarecimento passo a passo para facilitar a implementação da conduta desejável.

O estímulo é feito por meio da demonstração das vantagens da adoção do programa de forma adaptável à realidade de cada organização. Assim, o Cade, guiado pelas

²³ Disponível em: <https://tem.fi/en/csr-reporting>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁴ *Compliance* vem do inglês “to comply” e significa, simplificada, estar de acordo com, agir de acordo com, cumprir. Consta do Guia do Cade (2016, p. 9) que “compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis (...)”.

práticas que estão sujeitas à sua função repressiva, trouxe, de forma inovadora, opções educativas e preventivas que visam impedir que as empresas violem a Lei de Defesa da Concorrência²⁵ e sofram penalidades.

Para Oliveira (2021) “a publicação, pelo Cade, em 2016, do ‘Guia para programas de compliance’, pretendeu, aparentemente, de fato, institucionalizar um certo incentivo oficial para adoção desses programas no País”.

Misale (2019, p. 18) reforça que o contexto brasileiro, com a edição da Lei nº 12.529, de 2011, favoreceu o robustecimento de “um ambiente regulatório de fortalecimento de medidas, iniciativas e políticas institucionais propício para a promoção da autorregulação corporativa como ferramenta complementar à disciplina da regulação pública da concorrência”. Diante dessa realidade favorável, os programas de compliance, estimulados pelo Guia do Cade, surgem como ferramentas complementares à política pública da concorrência.

Não se pode olvidar, nesse caso, que programas de integridade podem equalizar as diferenças informacionais, dando aos agentes econômicos mais clareza quanto às regras do jogo para evitar descumpri-las.

Portanto, claramente, não só o Guia do Cade, mas todos os programas de compliance estimulados por autoridades públicas se configuram como opções que se amoldam perfeitamente ao conceito de soft regulation.

²⁵ Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

7. CONCLUSÃO

São tantas as mudanças que permeiam a realidade regulatória do Brasil, que as formas de intervenção estatal se tornaram tema recorrente nas discussões sobre a boa gestão voltada para entrega de resultado com valor condizente ao interesse público e aos preceitos constitucionais.

Nesse processo, surgem mais construções teóricas e normativas, resultado de acaloradas discussões e de boas intenções, embasadas na valorização das melhores práticas internacionais. É um verdadeiro frenesi para reafirmar o óbvio: a ineficiência da matriz institucional brasileira. Mas ainda há pouca construção de soluções eficientes para enfrentamento do problema, por isso ainda é tão difícil encontrar casos que possam ser analisados como referências de sucesso, pela baixa adesão ao uso de espécies diferentes da regulação tradicional que contribuiu até aqui para o robustecimento do contexto caótico.

É de notório conhecimento o surgimento de diversas iniciativas veiculadas por meio de constantes publicações de editais, avisos e chamamentos para sandbox regulatórios²⁶, para contratação de consultorias para implementação de AIR e, especialmente, para pesquisa de opções não-normativas como solução a um problema regulatório²⁷. O foco ainda é em busca de soluções.

Entre as pretensas inovações brasileiras para adequação ao cenário mundial está a previsão de um novo ilícito: o abuso do poder regulatório²⁸. Criou-se, portanto, mais um limite claro à administração pública para exercer o seu poder regulatório que, entre outras coisas, não pode “aumentar os custos de transação sem demonstração dos benefícios”, nem “introduzir limites à livre formação de atividades econômicas”.

Ao que parece, buscar punir o excesso na atuação estatal ainda não saneia o problema de falta de opções para evitá-lo.

Então, o que se espera da realidade regulatória do Brasil não é um aumento do abismo entre a teoria e a prática interventiva estatal. Não há mais espaço para novas teorias e mais leis com pretensas novidades. O foco deve ser na busca por mudanças de cenário e

²⁶ Informações disponíveis em: [Sandbox Regulatório — Português \(Brasil\)](#). Acesso em: 17 out. 2021.

²⁷ A exemplo do Aviso de Manifestação de Interesse nº 25/2021, disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/aviso-de-manifestacao-de-interesse-n-25/2021-309484533>. Acesso em: 17 out. 2021.

²⁸ Previsões dispostas nos incisos V e VII do **caput** do art. 4º da Lei nº 13.874, de 2019.

por resultados efetivos direcionados à verdadeira liberdade e, conseqüentemente, à melhoria da eficiência da matriz institucional.

Conforme ponderou Aranha (2013, p. 58), a “desregulação nunca foi, entretanto, projetada como uma ode contra a regulação. Pelo contrário, o alvo da desregulação dirigiu-se aos excessos da regulação”.

A soft regulation não detém uma só forma para todos os fins e não é uma panaceia para todo problema que carece de intervenção estatal. A forma é funcional e adaptável ao caso concreto por meio de medidas não intrusivas que podem anteceder, substituir ou complementar a regulação tradicional ou ser um fim em si mesmas.

Soft regulation é uma forma regulatória que pode compor um desenho regulatório e dar a ele um caráter mais responsivo. Como forma regulatória, vários instrumentos podem ser usados pelo poder público para veiculá-la, tais como programas de incentivos, guias orientativos e procedimentais, que não carreguem força cogente, mas que sejam editados pelo Estado de maneira a envolver os interessados na construção de um desenho regulatório mais adaptável à realidade, com os incentivos certos, mas sem excluir o uso de outras ferramentas a depender do perfil comportamental dos regulados e da situação que se pretende melhorar.

Nas diretrizes da Legística é que se encontra o fundamento de validade para essas novas abordagens regulatórias. A arte de fazer boas normas está intimamente ligada ao caráter subsidiário da normatização. Uma norma por si só pode até parecer adequada para minimizar um problema. Mas um arcabouço normativo inchado e confuso torna a matriz institucional inadequada e ineficiente.

É necessário que o Brasil, na linha do que acontece nos países mais avançados no movimento Better Regulation, desenvolva seu próprio kit de opções normativas e não normativas de maneira a facilitar a escolha do gestor e garantir uma matriz institucional que esteja mais próxima de garantir a liberdade.

A conclusão desta pesquisa é que, de modo a não forçar a regulação tradicional como única solução a um problema e acabar por gerar ineficiências contrárias aos objetivos que impulsionaram a ação do Estado, é viável, vantajoso e eficiente que no processo de AIR se chegue à conclusão de que é melhor não regular ou conduzir a solução para uma alternativa não impositiva: a soft regulation.

Em um contexto propício para mudança, esta pesquisa também, além de suscitar o debate, não só do problema, mas de possíveis soluções, certamente terá aplicação direta

para a administração pública na medida em que abriu um leque maior para que o gestor público, na etapa da AIR, considere o levantamento de alternativas possíveis e de menor custo para o enfrentamento do problema regulatório.

Seguem, por fim, de maneira a contribuir com o desenvolvimento do tema, perguntas relevantes para direcionar futuras pesquisas: como engajar as pessoas para aderirem às diretrizes veiculadas por soft regulation? Como estabelecer um modelo de AIR em que a soft regulation seja uma opção ao regulador?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. The Role of Institutions in Growth and Development. Commission on Growth and Development. Working Paper n. 10. World Bank, Washington, DC. 2008.

ACMA. Optimal conditions for effective self- and co-regulatory arrangements, 2015. Disponível em: Optimal conditions for effective self- and co-regulatory arrangements. Acesso em: 28 nov. 2020.

ARANHA, M. I. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório. Scotts Valley: CreateSpace, 2013.

ARANHA, M. I. et al. Estudo sobre conformação regulamentar apoiada em modelagem regulatória por incentivos: relatório técnico. Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da Universidade de Brasília. Brasília, 2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7Hks0VzNfpQoGpTDKy7bK3IlpWxpGl-WyEskcHAKOABxCpcpkhkOoWrtmbB8xE5vR82yRaSP8Rez1EN_G1zoi8. Acesso em: 22 mar. 2021.

BINENBOJM, G. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Advocacia-Geral da União - AGU. Manual de Boas Práticas Regulatórias, 2018. Disponível em: Coerência Regulatória_AGU.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais et al. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/referencias-e-bibliografia-guia-air/guia-de-air_vfinal_150421.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para programas de compliance. 2016. Disponível em: guia para programas de compliance. Acesso em: 5 out. 2020.

CORVAGLIA, M. A.; MASCHNER, L. The complementarity of soft and hard law in public procurement: between harmonization and resilience. Working Paper nº 2013/10. NCCR Trade Regulation, 2013. Disponível em: THE COMPLEMENTARITY OF SOFT AND HARD LAW IN PUBLIC PROCUREMENT:. Acesso em: 11 set. 2021.

GUNNINGHAM, N. Enforcement and compliance strategies. The Oxford handbook of regulation, v. 120, p. 131-135, 2010.

HALLSWORTH, M.; EGAN, M.; RUTTER, J.; MCCRAE, J. Behavioural Government: Using behavioural science to improve how governments make decisions. The Behavioural Insights Team, 2018.

JACOBSSON, K. Soft regulation and the subtle transformation of state: the case of EU employment policy. Journal of European Social Policy. Vol 14 (4), p. 355-370. London, 2004.

KASA, S.; WESTSKOG, H.; ROSE, L. E. Municipalities as Frontrunners in Mitigation of Climate Change: Does soft regulation make a difference? Environmental Policy and Governance. V. 28, p. 98-113, 2018.

KOUTALAKIS, C.; BUZOGANY, A.; BORZEL, T. A. When soft regulation is not enough: The integrated pollution prevention and control directive of the European Union. Regulation and Governance, 4(3), 2010.

KURUVILLA, S.; VERMA, A. International Labor Standards, Soft Regulation, and National Government Roles. Journal of Industrial Relations. 48 (1), p. 41-58, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0022185606059313>. Acesso em: 29 mar. 2021.

LUO, Y.; IYENGAR, G., VENKATASUBRAMANIAN, V. SOFT REGULATION WITH CROWD RECOMMENDATION: Coordinating Self-Interested Agents in Sociotechnical Systems under Imperfect Information. Public Library of Science - PLoS ONE, 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/298420612>. Acesso em 14 mar. 2021.

LUNN, P. Regulatory Policy and Behavioural Economics. OECD Publishing, 2014. Disponível em: Regulatory Policy and Behavioural Economics | READ online. Acesso em: 12 set. 2021.

MÉLO FILHO, M. A. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. Journal of Law and Regulation, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 144–163, 2020. Disponível em: DA REGULAÇÃO RESPONSIVA À REGULAÇÃO INTELIGENTE | Journal of Law and Regulation. Acesso em: 25 set. 2021.

MENDES, G. F. O ordenamento jurídico brasileiro e o instituto da consolidação. In: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia, p. 57-71. Belo Horizonte, 2003.

MENEGUIN, F. B.; SAAB, F. Análise de Impacto Regulatório: perspectivas a partir da Lei da Liberdade Econômica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fev. 2020 (Texto para Discussão nº 271).

MENEGUIN, F. B.; MELO, A. P. A. Análise de Impacto para Além das Regulações. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, out. 2020 (Texto para discussão nº 286).

MISALE, G. T. C. Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel. 2019. 395 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

NEIVA, M. M. Análise jurídica do segundo Acordo da Basiléia: a regulação do mercado bancário internacional por meio de instrumentos de soft law e sua legitimidade democrática. 2008. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

NORTH, D. C. Institutions, institutional change and economic performance. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD REPORT. Alternatives to traditional regulation. OECD Regulatory Policy Division. Disponível em: ALTERNATIVES TO TRADITIONAL REGULATION: DRAFT OUTLINE. Acesso em: 18 mar. 2021.

OLIVEIRA, A. F. de. Papo reto: vale a pena investir em programas de compliance antitruste no Brasil? WebAdvocacy. Nº 1, Brasília, 2 mar. 2021. Disponível em: Papo reto: vale a pena investir em programas de compliance antitruste no Brasil? Amanda Flávio de Oliveira Na minha coluna de e. Acesso em: 4 de mar. 2021.

OLIVEIRA, R. C. R. Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLKKONEN, L.; QUARSHIE, A. The Public Sector: Hard and Soft Regulation. In: Corporate Social Responsibility in Finland: Origins, Characteristics, and Trends. Palgrave Pivot, Cham, p. 37-43, 2019.

RAMAJOLI, M. Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari. Rivista della Regolazione dei mercati, Fascicolo 2, p. 53-71, 2016.

SENDEN, L. SOFT LAW, SELF-REGULATION AND CO-REGULATION IN EUROPEAN LAW: Where Do They Meet? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, jan. 2005.





SHAFFER, G.; POLLACK, M. A. Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review* 94, p. 706–799, 2009.

TRUBEK, D.M.; TRUBEK, L. G. Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: The Role of the Open Method of Co-ordination. *European Law Journal* 11, 343–364, 2005.



idp

SGAS Quadra 607 - Módulo 49
Via L2 Sul, Brasília-DF
CEP: 70200-670

  /sejaidp
 (61) 3535-6565
 idp.edu.br