



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A ATUAÇÃO REGULATÓRIA RESPONSIVA À LUZ DA ECONOMIA
COMPORTAMENTAL: O EXEMPLO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL**

LIZA FERNANDA FERNANDES RIBEIRO VILLAS-BÔAS AGRA

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade em Direito e Economia

LISBOA

2023

LIZA FERNANDA FERNANDES RIBEIRO VILLAS-BÔAS AGRA

**A ATUAÇÃO REGULATÓRIA RESPONSIVA À LUZ DA ECONOMIA
COMPORTAMENTAL: O EXEMPLO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade em Direito e Economia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra.

Orientadora: Professora Doutora Paula Vaz Freire.

LISBOA

2023

LIZA FERNANDA FERNANDES RIBEIRO VILLAS-BÔAS AGRA

**A ATUAÇÃO REGULATÓRIA RESPONSIVA À LUZ DA ECONOMIA
COMPORTAMENTAL: O EXEMPLO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade em Direito e Economia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Paula Vaz Freire (Orientadora)

À toda minha família, pelo apoio, e ao meu marido, João Naylor, e às minhas filhas, Maria Teresa e Maria Antônia, por serem amor, compreensão e esteio nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir ter saúde para concluir esta jornada acadêmica.

Ao meu marido, João, por partilhar cada momento de vida comigo e por embarcar nessa minha trajetória do Mestrado, enfrentando mudança de cidade e me ajudando a superar os desafios do dia a dia para a elaboração do presente trabalho.

À minha mãe e ao meu pai, por me educarem e ensinarem a buscar a realização dos meus sonhos e por me permitirem voar alto, mesmo que, a princípio, pareça um objetivo inatingível.

À minha orientadora, Professora Doutora Paula Vaz Freire, pelas orientações e por ser inspiração com sua trajetória acadêmica. Ao Professor Doutor Fernando Araújo, pelas aulas ministradas de Análise Econômica do Direito, as quais não apenas eram diferenciadas e incomparáveis, mas também por alargarem os horizontes do direito.

Aos meus colegas de profissão, os quais contribuíram com ideias, dicas, vídeos, palestras e palavras de incentivo.

A todos os meus familiares e amigos, com os quais pude contar com o apoio e o encorajamento necessários para a realização desta caminhada.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é investigar se a teoria da regulação responsiva pode ser aperfeiçoada à luz da economia comportamental, trazendo como exemplo casos do setor de telecomunicações no Brasil. A teoria da regulação discutida no presente estudo vem sendo recomendada por entidades internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além de aplicada por várias agências reguladoras no Brasil, entre elas a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A metodologia envolveu pesquisa bibliográfica e estudo de casos da Anatel. O estudo abordou os princípios da teoria da regulação responsiva, suas pirâmides, as principais críticas, em especial trazendo mais apontamentos sobre o diamante regulatório, e a teoria da regulação inteligente. Tratou-se também da economia comportamental e de suas premissas em contraste com a teoria da escolha racional, bem como da forma como se dá a tomada de decisão pelos indivíduos, o sistema dual, trazendo ainda ideia da arquitetura de escolhas e dos *nudges*. Foram analisados ainda a questão do paternalismo libertário proposto pela economia comportamental, seu debate ético, a forma que os indivíduos se desviam do padrão moral esperado, os principais equívocos sobre desonestidade, a relevância do método empírico e experimental, além de trazer experiências governamentais nacionais e internacionais da economia comportamental. A partir da análise das teorias, pretendeu-se refletir sobre a intervenção estatal, trazendo, em especial, convergências e divergências entre as teorias, bem como sobre a concepção sobre uma regulação responsiva comportamental. Por fim, foram apresentados casos de atuação responsiva da Anatel com o objetivo de trazer ideias para uma abordagem comportamental desta atuação.

Palavras-chave: regulação responsiva; economia comportamental; regulação responsiva comportamental; fiscalização regulatória; setor de telecomunicações.

ABSTRACT

The aim of this work is to investigate whether the theory of responsive regulation can be perfected in light of behavioral economics, using examples from the telecommunications sector in Brazil. The regulatory theory discussed in this study has been recommended by international entities such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and applied by various regulatory agencies in Brazil, including the National Telecommunications Agency (Anatel, acronym in Portuguese). The methodology involved literature review and cases study from Anatel. The study addressed the principles of responsive regulation theory, its pyramids, major criticisms, in particular bringing more notes on the regulatory diamond, and the theory of smart regulation. It was also about the behavioral economics and its premises in contrast to rational choice theory, as well as how decision-making occurs for individuals, the dual system, introducing the idea of choice architecture and nudges. The study also analyzed the concept of libertarian paternalism proposed by behavioral economics, its ethical debate, how individuals deviate from the expected moral standard, major misconceptions about dishonesty, the relevance of empirical and experimental methods, and brought national and international governmental experiences with behavioral economics. Through the analysis of these theories, it was intended to reflect on state intervention, particularly highlighting convergences and divergences between the theories, as well as conceptualizing behavioral responsive regulation. Finally, cases of responsive action by Anatel were presented with the goal of providing ideas for a behavioral approach to this regulatory activity.

Keywords: responsive regulation; behavioral economics; behavioral responsive regulation; regulatory oversight; telecommunications industry.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABJ – Associação Brasileira de Jurimetria
- AIL – Análise de Impacto Legislativo
- AIR – Análise de Impacto Regulatório
- Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
- API – Avaliação Prévia de Impacto
- ATO – *Australian Tax Office*
- BIT – *Behavioural Insights Team*
- CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal
- CGU – Controladoria-Geral da União
- CINCO – Coordenação de Ciências Comportamentais em Governo
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- DHS – *Department of Human Services*
- ENAP – Escola Nacional de Administração Pública
- ESDC – *Employment and Social Development Canada*
- IDA – Índice de Desempenho no Atendimento
- IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
- LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- OECD – *Organization for Economic Co-Operation and Development*
- PRIX – preço, regulação e informação
- RCT – Teste Controlado Randomizado
- RGC – Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações
- RTC – *Randomised Controlled Trials*
- SCPC – Serviço Central de Proteção ao Crédito
- SecexConsenso – Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos
- SENACON – Secretaria do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública
- SSC – Solicitação de Solução Consensual
- STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado
- TCU – Tribunal de Contas da União

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Pirâmide de constrangimento.....	27
Figura 2 – Pirâmide de estratégia regulatória.....	28
Figura 3 – Ator irracional, racional e virtuoso	29
Figura 4 – Pirâmides regulatórias de suporte e sanção.....	30
Figura 5 – Diamante regulatório	34
Figura 6 – Pirâmide tridimensional	36
Figura 7 – <i>Insights</i> e ferramentas comportamentais na regulação responsiva	81
Figura 8 – Duplo diamante de <i>design thinking</i>	84
Figura 9 – Relatório MindSpace	90
Figura 10 – Pirâmide regulatória da Anatel	98

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Acrônimos POUCOS e MUITOS	54
Quadro 2 – Tipos de processos de racionalização e de desengajamento moral	55
Quadro 3 – Resumo com equívocos sobre desonestidade.....	57
Quadro 4 – Comparativo da teorias	82
Quadro 5 – Acrônimo SIMPLES MENTE.....	83

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	REGULAÇÃO RESPONSIVA	17
2.1	A mudança cultural do modelo de comando e controle.....	17
2.2	Aspectos gerais da teoria da regulação responsiva	21
2.3	Princípios da teoria da regulação responsiva	24
2.4	As pirâmides regulatórias da regulação responsiva	27
2.5	Críticas à regulação responsiva e as propostas de evolução da teoria	30
2.6	Apontamentos sobre o diamante regulatório e a teoria da regulação inteligente .	34
3	ECONOMIA COMPORTAMENTAL	37
3.1	Introdução à economia comportamental	37
3.2	As premissas da teoria da escolha racional e da economia comportamental	39
3.3	A tomada de decisões e o sistema dual (Sistema 1 e Sistema 2)	41
3.4	Arquitetura de escolhas e <i>nudges</i>	48
3.5	O desvio ao padrão moral esperado	50
3.6	Principais equívocos sobre a desonestidade.....	53
3.7	Aplicação da economia comportamental no âmbito estatal.....	59
3.8	O paternalismo libertário e as críticas à economia comportamental.....	63
4	REFLEXÕES SOBRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO	66
4.1	O estudo da legística e a regulamentação da análise de impacto regulatório.....	67
4.2	A jurimetria	73
4.3	Críticas ao consequencialismo decisório	74
4.4	A alternativa da regulação responsiva comportamental.....	76
4.5	Ferramentas para a aplicação da economia comportamental	82
4.6	Como aplicar a economia comportamental às políticas públicas	88
4.7	Considerações	91
5	POSSÍVEIS APLICAÇÕES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL À REGULAÇÃO RESPONSIVA ADOTADA PELA ANATEL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	94
5.1	Dados sobre as reclamações dos usuários contra as prestadoras de serviços de telecomunicações	94
5.2	A regulação responsiva como alternativa para a melhoria da regulação do setor de telecomunicações no país	95

5.3	Os casos de fiscalização regulatória no âmbito da Anatel.....	99
5.3.1	Análise dos casos à luz da economia comportamental.....	103
5.4	Da possibilidade de aplicação da economia comportamental para adequação da notificação do processo sancionatório da Agência	107
5.5	Da possibilidade de aplicação da economia comportamental aos procedimentos consensuais.....	110
5.6	As soluções não sancionatórias aplicadas pela Anatel	113
5.7	Considerações finais sobre a aplicação da economia comportamental à atuação responsável da Anatel	114
6	CONCLUSÃO	116
	REFERÊNCIAS	122

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo encontra-se dentro da temática “a regulação de serviços públicos e a economia comportamental”, na qual se aborda especificamente a teoria da regulação responsiva, recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e adotada pelo Brasil, assim como os avanços recentes da economia comportamental.

A presente pesquisa, portanto, analisa se, diante dos avanços na economia comportamental, o modelo de regulação responsiva proposto por Ian Ayres e John Braithwaite¹ pode se beneficiar das suas recentes descobertas, pretendendo contribuir para um possível aperfeiçoamento da abordagem responsiva.

Trata-se de uma pesquisa por meio da qual se busca perceber se as teorias podem ser interrelacionadas ou utilizadas de forma conjunta para aperfeiçoar a atuação regulatória. O problema desta investigação é saber se seria possível aperfeiçoar o modelo de regulação responsiva, levando em consideração as recentes descobertas da economia comportamental.

A hipótese é a de que a teoria da regulação responsiva pode ser agregada à economia comportamental como mecanismo de aperfeiçoar a atuação do poder público de modo a proporcionar incentivos ao cumprimento de suas recomendações, gerando efetiva correção de falhas na prestação do serviço e, portanto, maior qualidade do serviço. Esta pesquisa explora a possível compatibilização da regulação responsiva e da economia comportamental.

Nesse contexto, o objetivo geral desta pesquisa consiste em compreender como a economia comportamental pode contribuir com a regulação responsiva. E os objetivos específicos são: entender os principais conceitos da regulação responsiva e da economia comportamental; comparar as teorias; identificar as principais divergências e convergências; buscar casos concretos de atuação responsiva da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); e compreender como a economia comportamental poderia ser aplicada aos casos.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre as teorias, bem como o estudo de casos em que a Anatel aplicou a regulação responsiva. Nesse sentido, foi realizado um levantamento dos casos em que foi aplicada a regulação responsiva pela Anatel, além de buscar outras informações sobre a atuação dessa agência reguladora de modo a exercitar a possibilidade de aplicação da economia comportamental em diversos âmbitos, a exemplo da notificação de processo sancionatório da Anatel, a fim de compreender como poderiam ser

¹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 61-70.

incorporados os conceitos da economia comportamental e como aperfeiçoar sua atuação regulatória.

A escolha pela atuação da Anatel tanto advém de uma motivação profissional e da facilidade de acesso ao material estudado, já que a autora é servidora do quadro efetivo da Anatel, como também pelo fato de que a agência foi uma das primeiras no Brasil a adotar a abordagem responsiva, razão pela qual justifica sua importância e uma possível maior experiência entre as instituições que já utilizaram a abordagem.

Ademais, como se verá adiante, as empresas de telecomunicações encontram-se entre as maiores litigantes demandadas pelos consumidores, tanto na plataforma administrativa criada pela Secretaria do Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça e Segurança Pública quanto no âmbito judicial, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que faz da escolha do setor uma decisão ainda mais acertada no sentido da importância em se refletir sobre as alternativas possíveis para aperfeiçoar a intervenção regulatória.

Dessa maneira, em que pese a existência de debate sobre qual é a melhor forma de atuação estatal, se por meio da dissuasão ou da persuasão, atualmente há uma tendência a eleger a regulação responsiva na administração pública federal brasileira como uma via intermédia deste debate.

A dissuasão seria o modelo baseado na prescrição, monitoramento e punição das condutas que se desviam do padrão esperado, enquanto a persuasão seria o modelo baseado na cooperação, prevenção e conciliação. A persuasão baseia-se, assim, na ideia de que o agente é racional e reage a incentivos próprios ou externos, a fim de cooperar com o regulador².

As alternativas de regulação responsiva, portanto, são consideradas com a finalidade de abarcar comportamentos dinâmicos de troca entre a administração pública e os agentes e entre os próprios agentes, de modo a escalar o comportamento de punição apenas a atores não cooperativos.

No Brasil, as agências reguladoras, incluindo a Anatel, já vêm implementando as diretrizes da teoria da regulação responsiva no seu a dia a dia regulatório.

² BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. *Guia para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)*. Brasília: Ministério da Economia, 2021. p. 33-34. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_guia_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

De acordo com a teoria da regulação responsiva, proposta por Ayres e Braithwaite, a regulação bem-sucedida deve estabelecer um equilíbrio entre punição e persuasão, e o comportamento dos entes regulados deve ser considerado em um modelo de pirâmide de constrangimento (*enforcement*)³.

A regulação responsiva destaca ainda que a teoria foi concebida com a finalidade de superar o debate entre aqueles que entendem ser necessária uma forte regulação estatal da atividade econômica e os defensores da desregulação⁴. Assim, a teoria da regulação responsiva prioriza analisar a motivação de os agentes não cumprirem com suas obrigações, buscando propor soluções para tais problemas, escalando-as conforme o comportamento dos regulados, e se são mais ou menos cooperativos.

Já a teoria da economia comportamental busca compreender como as pessoas costumam tomar decisões, para, a partir desta análise, incentivá-los a adotar o comportamento padrão esperado. Portanto, a economia comportamental parte do pressuposto de que as pessoas possuem uma racionalidade limitada, autocontrole limitado e interesse próprio limitado, diferentemente da economia clássica que tem como modelo o homem racional.

Dessa maneira, como o modelo de regulação responsiva visa à substituição da atuação baseada primordialmente em “comando e controle” por um modelo que incentive mais a prevenção e correção de condutas, questiona-se se uma mera adoção do modelo responsivo não seria ainda estar aquém dos resultados de estudos científicos dos últimos anos, visto que a teoria econômica comportamental tem se desenvolvido e pode trazer contributos importantes à atuação regulatória, em especial, no sentido de absorver um conceito mais realista das pessoas que serão reguladas.

Apesar de ambas as teorias serem conhecidas, pouco se buscou estudá-las de forma conjunta ou interrelacioná-las, razão pela qual se justifica o presente estudo. Assim, entende-se ser relevante a pesquisa em razão de poucos estudos terem se dedicado à junção de ambas as teorias e pelo fato de o estudo ser de extrema relevância a uma atuação regulatória mais eficiente e realista. Isso porque, embora a regulação responsiva traga ganhos ao regulador, agregando maior flexibilidade na sua atuação, a partir da premissa do

³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 2012. p. 259-260; SANTANA, Mariana Bezerra Pedroza *et al.* *Análise de impacto regulatório: evolução do modelo de acompanhamento, fiscalização e controle*. Brasília: Agência Nacional de Telecomunicações, jul. 2016, p. 21. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?Yj72kUioo_z14_E1ere_NErKAAyPCDMsB4uhQFHnURzipPcpd66AiX0MZbgFzFVb7O7_sObYcHy9dSz4Aby3WFC65_1Xohuinf-F033Aum-d6McGbupayfOMr_95zrrf. Acesso em: 7 abr. 2023.

⁴ AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 61-70.

estabelecimento de uma escalada de atuação de acordo com a cooperação do regulado, admite-se que a regulação pode ser ainda mais eficiente ao incorporar os *insights* comportamentais.

Como implicação prática da junção das teorias, é possível citar que a economia comportamental pode trazer diversas soluções alternativas à punição, inclusive com a aplicação da ferramenta SIMPLES MENTE, elaborada pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e estudada no quarto capítulo do presente trabalho.

Sem dúvida nenhuma, a relevância social da pesquisa também pode ser notada em razão da possibilidade de aperfeiçoar a atuação da administração pública no âmbito regulatório, e, assim, uma atuação mais eficiente colherá frutos tanto de maior cooperação das prestadoras de serviços de telecomunicações como em soluções que, de fato, permitam as prestadoras de serviços de telecomunicações corrigirem as falhas dos serviços prestados aos usuários de serviços. Por conseguinte, uma melhor entrega na prestação dos serviços de telecomunicações pelas prestadoras é esperada com a inserção de *insights* comportamentais à regulação responsiva adotada pela Anatel.

Dessa forma, o presente estudo encontra-se estruturado da seguinte forma:

No segundo capítulo, são abordados: a teoria da regulação responsiva, destacando a mudança cultural do modelo de comando e controle para um modelo de persuasão regulatória; os aspectos gerais da regulação responsiva; os princípios da teoria; as pirâmides regulatórias; as principais críticas à regulação responsiva; alguns apontamentos sobre o diamante regulatório; e a teoria da regulação inteligente.

O terceiro capítulo traz os principais pontos da teoria econômica comportamental, quais sejam: principais conceitos da economia comportamental; premissas da teoria da escolha racional e da economia comportamental; como se dá a tomada de decisão pelos indivíduos e o sistema dual apontado por Daniel Kahneman; o que é a arquitetura de escolhas e os *nudges*; o desvio ao padrão moral esperado; os principais equívocos sobre a desonestidade; a aplicação da economia comportamental em âmbito estatal; e o paternalismo libertário e o debate ético sobre a economia comportamental, bem como as críticas à economia comportamental.

No quarto capítulo, pretende-se refletir sobre: a intervenção estatal; as contribuições do estudo da legística; a jurimetria; os apontamentos críticos acerca do consequencialismo decisório; a alternativa da regulação responsiva comportamental; algumas ferramentas de aplicação da economia comportamental; e como aplicar a economia comportamental às políticas públicas.

No quinto capítulo, foram trazidos alguns dados sobre: as reclamações de usuários no setor de telecomunicações; como a Anatel tem buscado melhorar sua regulação; um levantamento de casos de fiscalização regulatória tratados pela Anatel; as reflexões quanto à adequação da notificação do processo sancionatório da agência reguladora; e a possibilidade de implementação de aplicação da economia comportamental a procedimentos consensuais, trazendo em todos os casos as possíveis contribuições da economia comportamental.

2 REGULAÇÃO RESPONSIVA

2.1 A mudança cultural do modelo de comando e controle

O termo “regulação” pode possuir diversos significados, a depender do ramo científico que pretende utilizá-lo, além de refletir os aspectos ideológicos dos autores⁵. Para Freire, a regulação pressupõe “[...] a utilização de instrumentos normativos, emanados de uma estrutura de poder, dotada de força coercitiva e orientada, designadamente, para a prossecução de objetivos de política económica e social”⁶.

Marcio Aranha afirma que o objetivo do Estado Regulador seria a preservação das condições necessárias para a fruição de direitos fundamentais:

O pressuposto do Estado Regulador, portanto, é a compreensão da intervenção estatal como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, sejam elas prestações de serviços públicos ou privados, sobre as quais se aplica a insígnia da regulação, ou sejam elas outros tipos de atividades, tais como o exercício do poder de polícia, atividades de fomento e prestações positivas tradicionais de índole concreta e normativa⁷.

Nesse contexto, o mercado seria um bem jurídico a ser protegido porque decorre do direito à igualdade, sendo o objeto do direito regulatório a igualdade de condições concorrenciais⁸.

Dessa maneira, a regulação seria não um método de alcance da competição inexistente em certo ambiente, mas sim uma demanda do próprio direito, por ter criado a pessoa jurídica, que é imortal e sobrevive mais que o homem, pessoa física, e, por isso, o direito necessita reequilibrar a relação existente entre pessoa jurídica e física, já que a primeira teria mais vantagens competitivas que a segunda. E, por conseguinte, a regulação decorreria da necessidade de preservar as pessoas físicas e apenas, indiretamente, a pessoa jurídica e o mercado. Nas palavras de Marcio Aranha:

Por detrás das limitações à atuação das corporações empresariais, encontrava-se a compreensão de que a progressiva atribuição de personalidade jurídica a tais empreendimentos desequilibraria o esquema de forças dos atores económicos em

⁵ ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019. p. 39.

⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 24.

⁷ ARANHA, *op. cit.*, p. 11, grifo do autor.

⁸ *Ibid.*, p. 7-8.

prol de pessoas jurídicas com vantagens competitivas não usufruíveis por seres humanos, por definição finitos no tempo e com capacidade de investimento limitada. Assim, o controle regulatório sobre pessoas jurídicas não surgiu, em sua origem, por razões de preservação do mercado, dos preços, ou mesmo para defesa dos consumidores, mas por um fundamento inerente à igualdade, pois a mera existência das pessoas jurídicas empresariais constitui um fator desequalizador das relações econômicas ao introduzir seres desumanizados em um ambiente de acumulação de capital e técnica impossível de ser alcançado por suas contrapartes humanas, dotadas de tempo finito de vida e fadadas à responsabilização pessoal por seus atos⁹.

Esse termo também pode significar não apenas o resultado da intervenção estatal, apoiada em movimentos de regulação estatal, mas também em autorregulação privada e organizacional¹⁰.

A verdade é que, além de esse termo poder assumir significados distintos, o método jurídico-regulatório também pode ser percebido de forma distinta a depender de como as teorias enxergam o próprio direito. Assim, para aquelas que enxergam o direito como coerção extrínseca, este se realiza apenas quando descumprido, ideia da qual advém a técnica de regulação denominada “regulação por comando e controle”¹¹. Para Marcio Aranha, a modalidade “comando e controle” refere-se a uma forma de direção do comportamento do regulado por meio do Estado¹².

Já a regulação por incentivos, por outro lado, seria resultante de uma coerção interna, apoiada em redes, descentralizada, por meio da qual o regulador buscaria de uma forma mais flexível o cumprimento normativo¹³. Nas palavras de Marcio Aranha:

Tais teorias econômicas sobre o funcionamento da regulação não tomam partido, *a priori*, pelas formas regulatórias, seja por comando e controle, seja por incentivos. A modalidade de comando e controle apresenta-se como uma **forma do regulador dirigir o comportamento do regulado via microgerenciamento da atuação privada, em especial empresária**, enquanto a modalidade de regulação por incentivos, mesmo que por meio de orientações estatais impositivas, é uma **forma de regular que abre espaço a que os meios e os fins escolhidos para o cumprimento da ordem estatal o sejam via opções de racionalidade do negócio regulado**. A regulação por comando e controle apoia-se no exercício da autoridade do Estado, enquanto a regulação por incentivos aplica métodos de amenização do conflito de interesses entre sociedade e regulado, buscando o alinhamento entre os interesses do regulado e da sociedade¹⁴.

⁹ ARANHA, 2019, p. 7.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47.

¹¹ *Ibid.*, p. 53-54.

¹² *Ibid.*, p. 84.

¹³ *Ibid.*, p. 54 e 84-85.

¹⁴ *Ibid.*, p. 84-85, grifo do autor.

Baldwin, Cave e Lodge resumem a regulação por comando e controle como aquela que é exercida impondo-se padrões respaldada por meio de sanções punitivas¹⁵.

Adicionalmente, sob o aspecto econômico, o termo “regulação” também pode significar uma *hard regulation* (quando realizada pelo Estado, decorrendo da imposição de comportamentos da atividade econômica sob pena de sanção em caso de descumprimento) ou uma *soft regulation* (quando resultado de uma regulação realizada pelos próprios agentes do mercado, por meio de acordos, códigos de conduta ou boas práticas, sem imputação de sanção a quem descumprir)¹⁶.

A ideia da *soft regulation*, embora sem definição sedimentada na doutrina internacional ou brasileira, pode ser entendida como uma forma de regulação menos rígida e sem a força obrigatória editada pelo poder público¹⁷. Nesse sentido, são regulações que não possuem as punições como técnicas para assegurar seu cumprimento, mas sim a persuasão moral, a técnica de monitoramento e o *feedback*, a transparência, as auditorias entre pares, o comprometimento, a elaboração de estudos e os documentos conjuntos¹⁸.

Pode-se dizer que a ideia de *soft regulation* tem, assim, o objetivo, não apenas de conceder alternativas que reduzam os custos de transação, mas também de aumentar a flexibilidade das regulações; dar uma resposta com maior rapidez; ter mais assertividade na resposta regulatória; e orientar e conduzir os regulados para o comportamento esperado¹⁹.

Importante é destacar que os termos “*hard*” e “*soft regulation*” encontram-se mais aderentes à ideia de formas regulatórias do que à de desenho regulatório, como bem explicado por Melo e Meneguim²⁰.

Outrossim, deve-se destacar que a regulação tem passado por mudanças, sendo uma delas a de buscar formas alternativas ao modelo de comando e controle, o qual foi, durante muitos anos, a forma de regulação majoritária no mundo, o qual se distingue de método mais flexível, caracterizado por incentivos.

Como lembra Cardoso, a burocracia remonta à Antiguidade, mas foi com Max Weber que se definiu um modelo de eficiência baseado na racionalidade técnica para as

¹⁵ BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 106.

¹⁶ ARANHA, 2019, p. 39.

¹⁷ MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIM, Fernando. *Soft Regulation*: formas de intervenção estatal para além da regulação tradicional. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, fev. 2022. (Texto para Discussão, n. 307), p. 11. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td307>. Acesso em: 13 abr. 2023.

¹⁸ MELO; MENEGUIM, *loc. cit.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁰ *Ibid.*, p. 11-26.

organizações. Dessa maneira, era, na época, as normas e os regulamentos que estabeleciam uma forma adequada de trabalho. Assim, ao tempo que as regras exaustivas garantiam o princípio da legalidade, ainda pretendiam dar conta de assegurar a impessoalidade, a racionalidade e a efetividade, razão pela qual se pode até dizer que o modelo de comando e controle reflete uma política de aperfeiçoamento regulatório do Estado²¹.

O modelo burocrático, contudo, se mostrou ineficiente do ponto de vista de elaboração normativa e aplicação de sanções, tanto porque cada vez mais o resultado do descumprimento legal gerava normas mais complexas e minuciosas, a fim de mapear todo o comportamento desviante, quanto porque gera uma sobrecarga de penalidades e até a própria banalização²².

Além disso, já existem evidências de que, no Brasil, o modelo de regulação de comando e controle não foi efetivo. Isso porque, com base em relatório e parecer sobre as contas do Governo da República, por meio do Tribunal de Contas da União (TCU), houve uma aplicação de R\$ 25,9 bilhões, de 2005 a outubro de 2009, em multas por 16 órgãos, mas houve a arrecadação de apenas R\$ 946.528,9 milhões até o mês de outubro de 2009, o que corresponde a um percentual de 3,6% de arrecadação frente à aplicação de multas. E, segundo o próprio relatório, a média de arrecadação de cada órgão também não ultrapassou 3,7%²³.

Assim, pode-se dizer que deslocar os esforços da regulação do modelo de comando e controle para um modelo de persuasão foi uma maneira de repensar a intervenção estatal até então vigente no país, para que seja mais efetiva. Também se pode afirmar que a flexibilização do modelo eminentemente sancionatório para um modelo de cooperação é um dos objetivos da regulação responsiva, que é uma forma de regulação que vem sendo recomendada pela OCDE, a qual sugere aos reguladores que desenvolvam estratégias para a implementação de uma regulação responsiva em suas análises de impacto regulatório (AIR)²⁴.

A OCDE ainda elaborou um *checklist* com uma lista de 12 critérios de verificação para ajudar os especialistas e interessados a verificarem o nível de desenvolvimento do sistema de constrangimento de uma jurisdição ou de determinada instituição ou estrutura, com o objetivo de identificar pontos fortes e fracos e áreas potenciais para melhoria.

²¹ CARDOSO, Fernando Roriz Marques. CGU além do comando e controle: uma comparação com a regulação responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [Brasília], v. 7, n. 1, p. 150-193, maio/jun. 2021. p. 156. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/37918>. Acesso em: 24 out. 2023.

²² *Ibid.*, p. 157.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República: Exercício de 2009*. Brasília: TCU, 2010. p. 103-104. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf. Acesso em: 24 out. 2023.

²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. Paris: OCDE, 2012. p. 16. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

A regulação responsiva encontra-se como um dos critérios presentes no referido *checklist*. Os demais critérios são: cumprimento baseado em evidências; seletividade; foco no risco e proporcionalidade; visão de longo prazo; coordenação e consolidação; transparência governamental; informação integrada; processo claro e justo; promoção de *compliance*; profissionalismo; e avaliação da realidade²⁵.

No referido documento, a OCDE prevê quatro questões que devem ser realizadas para se garantir que a regulação seja responsiva. São elas: a) a legislação aplicável permite uma aplicação diferenciada (responsiva) e fornece uma estrutura apropriada para a discricionariedade (permitindo-a, mas dentro dos limites e com responsabilização)?; b) a gradação das sanções disponíveis é adequada para permitir uma dissuasão credível através da escalada de sanções (leve o suficiente para ser usada se necessário e forte o suficiente para superar os lucros potenciais de não cumprimento)?; c) existe uma distinção clara, mas também uma articulação eficaz entre as atividades regulatórias centradas na promoção do cumprimento (incluindo, quando necessário, através do uso de poderes de aplicação da lei) e as atividades de aplicação da lei centradas no combate ao crime (realizadas por forças policiais, procuradores públicos etc.)?; d) as práticas de *enforcement* diferenciam as respostas com base no histórico dos regulados (e tratam distintamente as empresas recém-criadas), elabora a avaliação de riscos e considera a eficácia ou opções diferentes?²⁶

Nesse sentido, percebe-se uma forte vinculação entre a ideia de desenvolvimento institucional e a aplicação da regulação responsiva por parte da OCDE.

2.2 Aspectos gerais da teoria da regulação responsiva

Como já destacado, a teoria da regulação responsiva surge como uma modalidade de regulação por incentivos. Marcio Aranha²⁷ destaca que a teoria da regulação responsiva deve ser compreendida como uma regulação baseada em incentivos morais para estimular o cumprimento da lei pelos regulados. Está, portanto, muito mais afeita ao conceito de regulação por incentivos, fazendo uso da *soft regulation* no início de suas tratativas com os regulados.

²⁵ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory enforcement and inspections toolkit*. Paris: OECD, 2018. p. 7. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264303959-en.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

²⁶ *Ibid.*, p. 25.

²⁷ ARANHA, 2019, p. 99.

Os precursores da teoria da regulação responsiva são Ian Ayres e John Braithwaite. Quando da criação da teoria, os autores tinham o objetivo de ultrapassar o debate entre regular e desregular existente à época, já que a regulação esteve sob foco durante os 20 anos anteriores, em especial nos Estados Unidos, de Ronald Reagan, e no Reino Unido, de Margaret Thatcher²⁸. Os autores acreditam, assim, que a efetividade da regulação depende mais de regras que incentivem os regulados a cumpri-las de forma voluntária, por meio de um ambiente regulatório que seja propício ao diálogo, do que propriamente de uma prescrição/punição que possa ser aplicada em caso de descumprimento da norma²⁹.

Segundo Braithwaite, a teoria da regulação responsiva é fruto de uma criação coletiva de vários investigadores e pesquisadores ao longo de vários anos, constituindo-se, inclusive, de trabalhos anteriores à sua denominação de “regulação responsiva”, o que também é fruto da experiência do autor em diversos setores, em especial na indústria farmacêutica e na mineração. Braithwaite também destaca que Ian Ayres teve influência de Paul Joskow e seus orientadores, como também de Richard Schmalensee, tendo sido natural aliar as ideias de regulação responsiva à teoria dos jogos, que estava no centro da microeconomia na época³⁰.

Deve-se destacar também que a teoria da regulação responsiva se encontra, para alguns autores, ainda em construção, já que vários trabalhos de melhoria teórica foram publicados dos anos 2000 para cá, sendo um deles o de Jonathan Kolieb em 2015³¹.

Deve-se dizer que um dos momentos mais importantes do desenvolvimento da teoria da regulação responsiva foi a publicação do livro de Braithwaite em coautoria com Ayres, em 1992, intitulado *Responsive regulation: transcending the desregulation debate (Regulação responsiva: transcendendo o debate da desregulação*, em português). Ayres e Braithwaite destacam, assim, que uma boa análise política não é sobre escolher entre o livre mercado e a regulação governamental, mas sim em entender que a regulação privada deve ser misturada com a regulação pública³².

Segundo Ayres e Braithwaite, a regulação responsiva é diferenciada tanto quanto aos aspectos que desencadeiam uma resposta regulatória quanto pelo tipo de resposta regulatória³³. Assim, entendem que o debate entre punir ou persuadir é ultrapassado, devendo

²⁸ ARANHA, 2019, p. 102.

²⁹ *Ibid.*, p. 99.

³⁰ BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, [Vancouver], v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011. p. 477. Disponível em: http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/essence_responsive_regulation.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

³¹ ARANHA, *op. cit.*, p. 100.

³² AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3.

³³ *Ibid.*, p. 4.

as agências implementarem um equilíbrio entre ambas as abordagens, já que a dúvida não seria entre a escolha de punir ou persuadir, mas sim quando fazer cada uma destas escolhas³⁴.

Dessa forma, propõem o uso do modelo “*tit-for-tat*” para alcançar bons resultados. A estratégia tem como principal característica a cooperação, caso o oponente também esteja cooperando, e a não cooperação, se o oponente mudar sua estratégia. Assim, o modelo consiste em uma mistura de punição com persuasão com base na teoria dos jogos, por meio da qual o regulador deve estar disposto a evitar a resposta dissuasora enquanto o regulado estiver cooperando, aplicando a persuasão, e, se o regulado parar de cooperar, escala-se a pirâmide até que se chegue a uma punição³⁵. A estratégia é assim explicada por Marcio Aranha:

A existência de diferentes personalidades do regulado faz com que seus comportamentos sejam sensíveis a diferentes motivações e, portanto, somente podem ser devidamente controlados por uma sólida estrutura regulatória e estratégia apropriada oriunda da teoria dos jogos e aplicada no dilema do prisioneiro conhecida como estratégia regulatória da reação equivalente, “isso por aquilo”, ou *tit-for-tat regulatory strategy*, capaz de ser contingencialmente responsiva à provocação, mas também capaz de contingencialmente perdoar. Ao se apoiar na teoria dos jogos, a teoria da regulação responsiva absorve seus pressupostos e um deles a caracteriza pela compreensão de que uma teoria normativa do agir estratégico regulatório em busca do comportamento desejado depende da vivência empírica, ou seja, ao invés de se apoiar em considerações apriorísticas, apoia-se na interação efetiva entre os jogadores³⁶.

Importante é ressaltar ainda que Ayres e Braithwaite questionam o modelo neoclássico de escolha racional dos agentes econômicos. Para os autores, não dá para desenvolver uma política de fiscalização regulatória sólida a menos que se entenda que apenas algumas vezes os agentes são motivados pelo próprio interesse, mas algumas vezes por um senso de responsabilidade social³⁷. Assim, os autores rejeitam a ideia de “homem mau”, trazida pelo juiz Oliver Wendell Holmes Jr., referência do realismo jurídico e responsável por disseminar tal metáfora, e entendem que a adoção de punição como primeira estratégia não é boa, já que a punição custa muito mais caro ao Estado do que a persuasão³⁸.

Apesar de partir de um agente econômico racional, a teoria indica que não dá para ignorar que algumas vezes os agentes não se comportam para maximizar sua utilidade, mas sim para transparecer que possuem uma responsabilidade social³⁹. Concluem Ayres e

³⁴ AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 21.

³⁵ AYRES; BRAITHWAITE, *loc. cit.*

³⁶ ARANHA, 2019, p. 107.

³⁷ AYRES; BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 24.

³⁸ *Ibid.*, p. 22.

³⁹ *Ibid.*, p. 26.

Braithwaite, outrossim, que prescindem do debate entre regular e desregular porque buscam a convergência das ideias, inclusive das ideias entre o *homo economicus* e aquelas baseadas no *homo sociologicus*⁴⁰.

O sucesso da cooperação, segundo Ayres e Braithwaite, é resultante de três pressupostos: (i) da aplicação do “*tit-for-tat*”; (ii) da possibilidade de acessar uma hierarquia de sanções e de intervenção (pirâmide de constrangimento); (iii) bem como da altura da pirâmide, sendo a punição o ponto alto da pirâmide e a mais severa⁴¹. Os autores sustentam que os reguladores devem buscar se apresentar como se estivessem portando uma “grande arma benigna” (*benign big gun*, em inglês), no sentido de serem aptos a falar suavemente porque carregam estas grandes armas, que podem ser usadas quando precisarem e a cooperação dos regulados acabar. Portanto, quanto maior e mais variadas são as sanções à disposição dos reguladores, maior seria o sucesso destes em alcançar essa fala suave⁴².

Ayres e Braithwaite defendem ainda o “princípio do mínimo suficiente” (*the minimal sufficiency principle*, em inglês), que significa que os reguladores devem escalar a pirâmide apenas até o necessário para alcançar a conformidade, tendo em vista que pesquisas experimentais teriam demonstrado o efeito que recompensas e punições salientes podem ter para a internalização de longo prazo de valores como altruísmo e resistência à tentação, inibindo a internalização⁴³. Outro princípio destacado é o da atribuição positiva, que busca encorajar a internalização de atitudes positivas por meio do elogio. Isso porque perceberam os autores que a estratégia de atribuição positiva aumentava as motivações intrínsecas para as pessoas se comportarem da forma desejada⁴⁴.

Assim, o princípio do mínimo suficiente e o princípio da atribuição positiva informam que a estratégia “*tit-for-tat*” deve tanto buscar escalar a punição em último caso quanto apontar para o patamar da pirâmide de fiscalização suficiente para garantir a conformidade⁴⁵.

2.3 Princípios da teoria da regulação responsiva

Buscando unificar os pensamentos da teoria da regulação responsiva, John Braithwaite escreveu o ensaio *The essence of responsive regulation*. No referido texto, o autor explica que

⁴⁰ AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 51.

⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

⁴² *Ibid.*, p. 19.

⁴³ *Ibid.*, p. 49.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁴⁵ AYRES; BRAITHWAITE, *loc. cit.*

seu objetivo é tentar mitigar a complexidade da responsividade em nove princípios ou heurísticas, que foram destacados a seguir⁴⁶.

O primeiro princípio seria pensar no contexto e não impor nenhuma teoria preconcebida. Aqui, Braithwaite destaca que a regulação responsiva requer que os reguladores sejam flexíveis, sem levar em conta nenhum dogma, inclusive em relação à própria teoria da regulação responsiva⁴⁷. Para tanto, é necessário que os reguladores ajam como verdadeiros detetives, levando em conta a história do setor que se quer regular e seus pontos fortes, para conseguirem dar uma melhor resposta ao setor⁴⁸.

O segundo seria ouvir ativamente os regulados, construindo um diálogo que possibilite os interessados de participar; estabelecer acordos e como serão monitorados; construir compromissos para os atores encontrarem motivação para melhorar e comunicar a resolução firme de que vai perseguir a solução do problema. Aqui, Braithwaite destaca como é fundamental escutar para provocar tanto a mudança desejada nos atores quanto para compreender o setor regulado⁴⁹.

Durante a escuta ativa, é reforçada a ideia de empatia, ressaltando que ambos os profissionais que atuam no ambiente regulatório – advogados e economistas – devem estar prontos para quebrar suas miopias. Enquanto advogados devem se afastar da ideia de que regulação se resume a cumprir regras, os economistas devem absorver as narrativas que indicam que as motivações não se resumem ao interesse próprio e a uma escolha racional⁵⁰.

O terceiro princípio é envolver os resistentes com justiça, mostrando-lhes respeito e enxergando a resistência como uma oportunidade de melhoria. É destacado que a ideia de resistência serve para o aperfeiçoamento da democracia e do ambiente regulatório, sendo mais fácil de transformá-la em compromisso com a melhoria do setor, quando ressaltados os pontos fortes dos participantes. Assim, os resistentes são mais fáceis de lidar do que os que são desengajados do ambiente regulatório⁵¹.

O quarto princípio é elogiar os que se mostram comprometimento, apoiando a inovação e nutrindo a motivação para a melhoria contínua e ajudando os líderes do setor a puxarem os retardatários para um novo teto de excelência. O elogio informal é visto não como

⁴⁶ BRAITHWAITE, 2011, p. 476.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 490.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 491.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 493.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 500.

⁵¹ *Ibid.*, p. 500-501.

algo a ser usado contra os reguladores, mas sim como uma ferramenta barata, à disposição de qualquer regulador para aumentar a motivação e incentivos do setor⁵².

O quinto princípio refere-se à sinalização pelos reguladores acerca de sua preferência por alcançar resultados por meio de apoio e educação para construir capacidade. É ressaltado que um ponto negativo em uma área da organização não deve resultar em total desabono por parte do regulador em relação a outro problema da empresa. Isso porque, os pontos fortes da organização devem ser elogiados como forma de gerar confiança para a resolução do problema na outra área. Assim, deve-se antes fazer uso da pirâmide de recompensas (*pyramid of supports*), a qual escalona as recompensas entre educação e persuasão sobre a qualidade que se quer valorizar, podendo até chegar a uma premiação mundial, como forma de sinalizar a confiança depositada no desempenho do regulado para a resolução dos problemas⁵³.

O sexto princípio é sinalizar, mas não ameaçar, que existe uma série de sanções à disposição do regulador que pode ser escalada caso a resolução dos problemas não seja perseguida pelos regulados, além de sinalizar que estas sanções finais são grandes o bastante e podem ser usadas quando necessário, embora apenas como último recurso⁵⁴.

O sétimo princípio é a rede de governança piramidal envolvendo redes de parceiros mais amplas conforme o regulador sobe na pirâmide. O referido princípio indica que há uma rede de parceria que se preocupa com o setor e com a proteção dos consumidores, bem como a proteção do ambiente regulatório saudável. Esta rede é constituída de uma série de órgãos que podem ser envolvidos pelo regulador como meio de dar maior peso ao problema que se quer solucionar, trazendo mais instituições para reforçar a preocupação governamental com a questão⁵⁵.

O oitavo é obter a responsabilidade ativa (desafiar atores para perseguirem melhores resultados no futuro), recorrendo à responsabilidade passiva (responsabilidade por ações passadas) quando a responsabilidade ativa falha⁵⁶.

O nono princípio é aprender, avaliar os resultados, saber qual foi o custo dos resultados alcançados, além de comunicar as lições aprendidas. Aqui, Braithwaite destaca que a maior parte dos reguladores pressupõe como certo o que está estabelecido, e que o regulador deve ter uma postura reflexiva diante do setor⁵⁷.

⁵² BRAITHWAITE, 2011, p. 501-503.

⁵³ *Ibid.*, p. 504.

⁵⁴ BRAITHWAITE, *loc. cit.*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 507.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 510.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 512.

2.4 As pirâmides regulatórias da regulação responsiva

As pirâmides regulatórias da teoria da regulação responsiva exemplificam visualmente como podem os reguladores aplicar em seus setores a estratégia responsiva, sem, contudo, querer exaurir as possibilidades de formas de aplicação⁵⁸. Isso porque um dos pontos fundamentais da teoria é sua flexibilidade de aplicação, de acordo com cada regulado e com a situação problema⁵⁹.

Ayres e Braithwaite explicam, contudo, que a pirâmide de constrangimento (*the enforcement pyramid*) é necessária, tendo em vista que a conformidade é mais provável quando o regulador deixa explícita sua pirâmide de constrangimento (Figura 1).

Figura 1 – Pirâmide de constrangimento



Fonte: Ayres e Braithwaite⁶⁰.

Assim, apesar de os autores não levarem em conta apenas o aspecto racional dos agentes, que costumam avaliar o custo-benefício para a decisão de agir em desconformidade com a lei, estes entendem necessária a pirâmide. Contudo, Ayres e Braithwaite afirmam que a sanção não é necessária apenas como inibidor monetário, mas também para constituir uma consciência de educação moral nos regulados⁶¹.

⁵⁸ ARANHA, 2019, p. 124.

⁵⁹ BRAITHWAITE, 2011., p. 490.

⁶⁰ AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 35, tradução nossa.

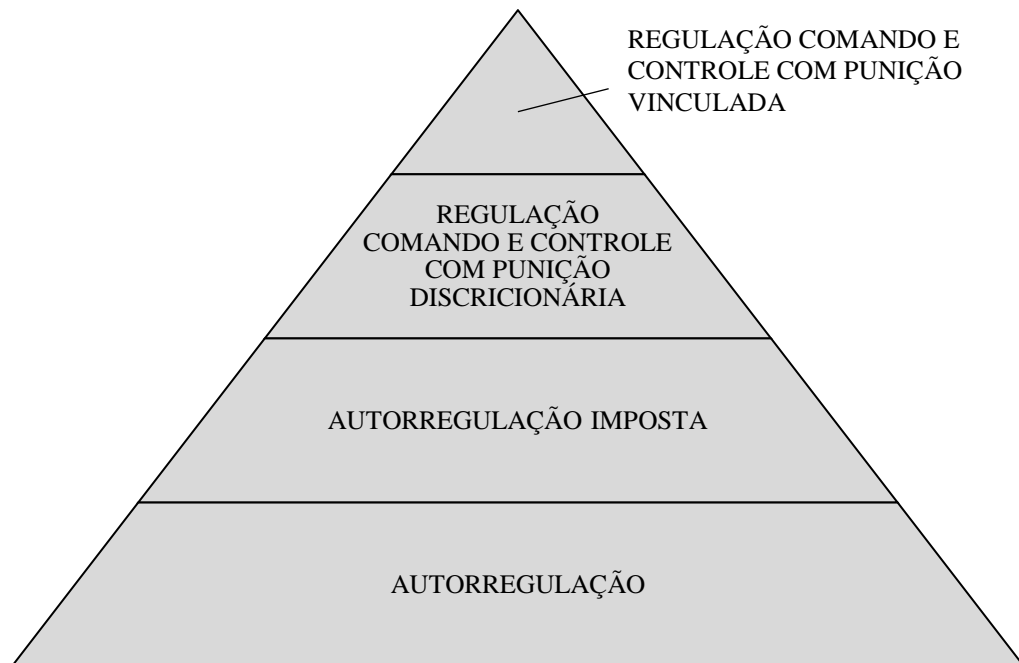
⁶¹ AYRES; BRAITHWAITE, *loc. cit.*

Na referida pirâmide, devem ser explicitadas as diversas formas de constrangimento que o regulador poderá dispor: persuasão; carta de advertência; sanção cível; sanção penal; suspensão temporária da licença; revogação da licença⁶². Os autores indicam ainda que a pirâmide de estratégias regulatórias (*pyramid of regulatory strategies*, em inglês) é importante na estratégia entre punir e persuadir para sinalizar ao setor regulado que sempre será dada preferência para a autorregulação para se atingir os objetivos do setor⁶³.

A referida pirâmide possui, assim, as várias formas de regulação para o regulador se orientar, começando pela autorregulação (*self-regulation*, em inglês), passando pela autorregulação regulada (*enforced self-regulation*, em inglês); depois para a regulação por sanções discricionárias (*command regulation with discretionary punishment*, em inglês), seguindo para a regulação por sanções vinculadas (*command regulation with nondiscretionary punishment*, em inglês).

Ayres e Braithwaite destacam que este é apenas um exemplo de pirâmide de estratégia regulatória (Figura 2), podendo ser composta de outros elementos, como, por exemplo, de uma autorregulação para um licenciamento negativo⁶⁴.

Figura 2 – Pirâmide de estratégia regulatória



Fonte: Ayres e Braithwaite⁶⁵.

⁶² AYRES; BRAITHWAITE, *loc. cit.*

⁶³ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁴ AYRES; BRAITHWAITE, *loc. cit.*

⁶⁵ *Ibid.*, p. 39.

Importante é destacar que, segundo Ayres e Braithwaite, haveria um perfil dos regulados de forma escalonada na pirâmide, onde o ator virtuoso estaria na base da pirâmide, o ator racional no meio da pirâmide e o ator incompetente ou irracional no topo da pirâmide, conforme representado na Figura 3, a seguir.

Figura 3 – Ator irracional, racional e virtuoso



Fonte: Braithwaite⁶⁶.

Assim, apesar de não estar presente no trabalho original, posteriormente, o autor assume que haveria três tipos de atores: virtuoso, racional e irracional, o que justificaria o nível de constrangimento adotado pelo Estado. Assim, a sanção estaria reservada a atores chamados de irracionais e resistentes e teria uma sanção de incapacitação pelo Estado; enquanto aos atores racionais, caberia a dissuasão e aos atores virtuosos, a justiça restaurativa⁶⁷.

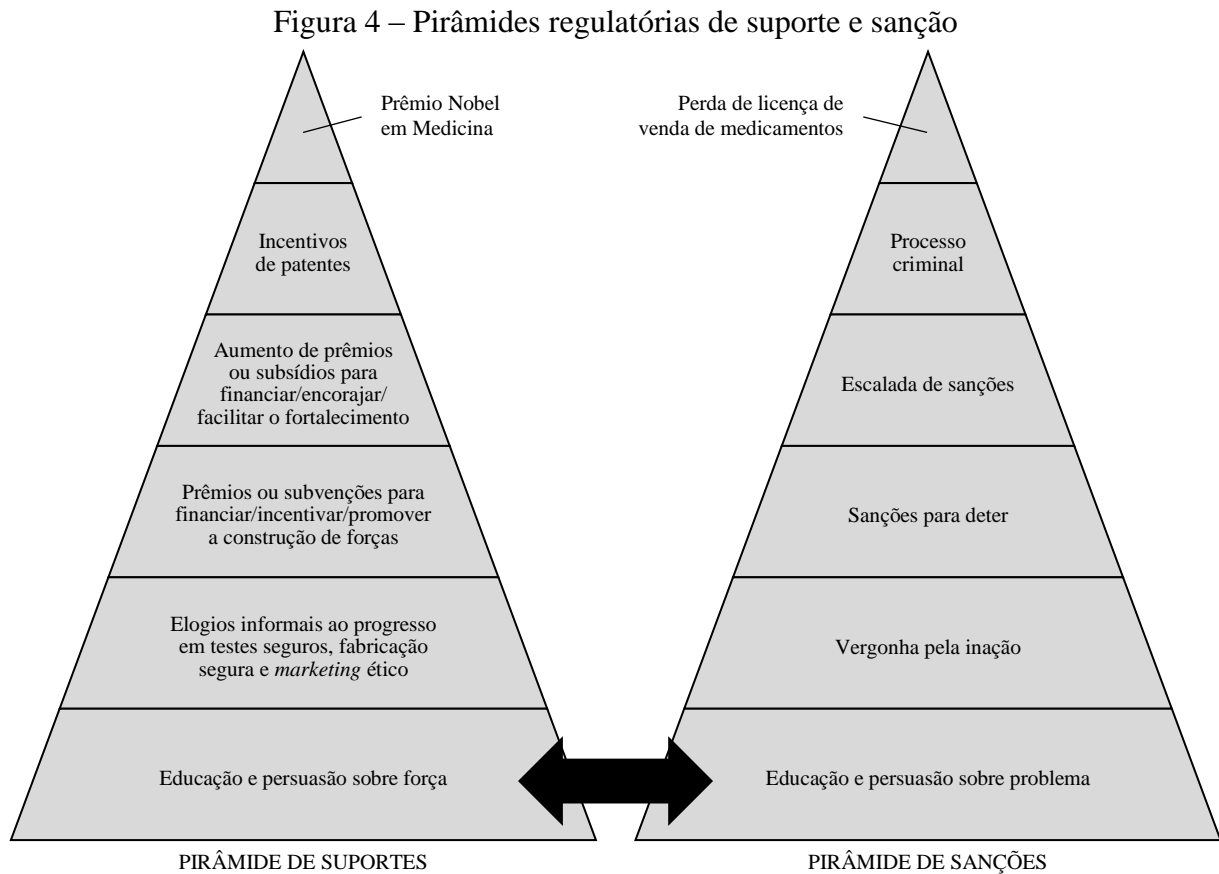
Braithwaite explica ainda que não se trata apenas de se optar por uma estratégia menos custosa, menos coercitiva e mais respeitosa, mas também por uma questão de legitimidade, já que o controle coercitivo passa a ser mais visto como mais legítimo e o cumprimento da lei mais provável quando formas de controle social mais respeitosas são tentadas primeiro⁶⁸.

Em 2011, Braithwaite apresentou, além da pirâmide de constrangimentos, uma pirâmide de suporte, a fim de buscar as forças, recompensas e suporte dos regulados (Figura 4).

⁶⁶ BRAITHWAITE, 2011, p. 486.

⁶⁷ ARANHA, 2019, p. 138.

⁶⁸ BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 486.



Fonte: Braithwaite⁶⁹.

2.5 Críticas à regulação responsiva e as propostas de evolução da teoria

Baldwin, Cave e Lodge resumem em cinco as críticas realizadas à regulação responsiva⁷⁰. A primeira crítica feita à regulação responsiva é a de que, em algumas oportunidades, a escalada da pirâmide degrau por degrau pode não ser razoável ou cabível. Isso porque, em alguns casos, o risco de dano pode ser iminente e a reação deveria se iniciar em um grau mais elevado da pirâmide⁷¹.

Outra crítica é a de que, em certas circunstâncias pode ser útil, depois de subir a pirâmide, retornar a resposta regulatória para um patamar inferior ao que foi escalado para diminuir a punição em razão da cooperação posterior do regulado e, segundo os próprios autores Ayres e Braithwaite, descer a pirâmide é mais difícil⁷².

Uma terceira crítica à regulação responsiva advém do fato de que o “*tit-for-tat*” em toda linha pode ser um desperdício em razão do comportamento tradicional do agente ser

⁶⁹ BRAITHWAITE, 2011, p. 482.

⁷⁰ BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 260-264.

⁷¹ *Ibid.*, p. 260.

⁷² *Ibid.*, p. 261.

não cooperativo e sempre iniciar na base da pirâmide não resultaria para tal regulado, o que exigiria uma intervenção maior de forma precoce⁷³.

Ainda indicam como quarta crítica que a regulação responsiva pressupõe, em certa medida, uma relação binária entre regulador e regulado, em que cada parte sabe o que esperar o comportamento do outro. Contudo, o ambiente regulatório muitas vezes pode ser complexo e nem sempre as mensagens serem claras entre as partes⁷⁴.

Uma quinta crítica seria a de escalar através das camadas da pirâmide pode não ser a opção ideal a ser escolhida em vista de envolver diversos atores e fatores, não bastando se respaldar na cooperação do regulado, pois depende de fatores como os níveis de recursos da agência, tamanho da população regulada, tipos de padrões impostos, observabilidade de conformidade, custos, assistência financeira, estrutura de penalidades⁷⁵.

Assim, algumas teorias surgem a partir da regulação responsiva. É o caso da regulação centrada no problema (*problem-centered regulation*, em inglês) ou de Malcolm Sparrow, que é uma teoria que aprimora a regulação responsiva, trazendo para o centro da questão a resolução dos problemas, em detrimento da escolha das ferramentas, já que para o autor é necessário escolher as tarefas mais importantes e, então sim, decidir as ferramentas mais importantes, e não o contrário⁷⁶.

Outra reformulação da ideia original de regulação responsiva é a meta-regulação (*meta-regulation*, em inglês) de Christine Parker, proposta em 2002⁷⁷. E também é o caso da regulação realmente responsiva (*really responsive regulation*, em inglês) proposta por Baldwin e Black em 2008⁷⁸.

Outro caso do aperfeiçoamento sugerido para a regulação responsiva é o diamante regulatório de Kolieb em 2015, que propõe agregar outras dimensões à pirâmide regulatória proposta originariamente pela regulação responsiva⁷⁹.

⁷³ BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 261.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 263.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 267.

⁷⁷ PARKER, Christine. Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility? In: MCBARNET, Doreen; VOISULESCU, Aurora; CAMPBELL, Tom (ed.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. p. 207-237.

⁷⁸ BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really responsive regulation. *The Modern Law Review*, [London], v. 71, n. 1, p. 59-94, Jan. 2008. p. 59. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>. Acesso em: 2 nov. 2023.

⁷⁹ KOLIEB, Jonathan. When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. *Monash University Law Review*, [Melbourne], v. 41, n. 1, p. 136-162, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.26180/5db805b54b78f>. Disponível em: https://bridges.monash.edu/articles/journal_contribution/When_to_Punish_When_to_Persuade_and_When_to_Reward-Strengthening_Responsive_Regulation_with_the_Regulatory_Diamond/10065476. Acesso em: 13 out. 2023.

Também é o caso da “*smart regulation*” ou regulação inteligente, de Neil Gunningham, Peter Grabosky e Darren Sinclair, os quais acreditam que a pirâmide de Ayres e Braithwaite preocupa-se apenas com Estado e negócios; enquanto a pirâmide da “*smart regulation*” é trilateral, levando em conta, além das duas partes consideradas pela regulação responsiva, os terceiros interessados, como grupos de interesse, organismos profissionais e associações industriais. Além disso, a “*smart regulation*” ainda considera a possibilidade de regulação usando vários instrumentos distintos e a escalada dentro de cada instrumento⁸⁰. A seguir, por serem as mais conhecidas, adentra-se um pouco mais nas características relativas às últimas duas teorias, “*smart regulation*” e diamante regulatório.

Do ponto de vista prático de aplicação da teoria, há críticas ainda em relação a características sancionatórias de medidas responsivas a serem adotadas pelos órgãos. Além disso, alguns autores questionam a discricionariedade e legalidade das medidas, já que o caráter inovador de algumas medidas responsivas poderia caracterizar mesmo uma ausência de parâmetro mínimo para sua aplicação⁸¹.

Para Sundfeld, Câmara e Rosilho, se uma regulamentação prevê uma consequência para determinada conduta, tal como a perda de bens e direitos, a referida a consequência deverá ser considerada sanção, independente de seu nome e deve, para ser aplicada, observar o devido processo legal, por ser uma garantia fundamental assegurada na Constituição⁸².

Assim, algumas medidas sugeridas pelos reguladores tidas como responsivas se tratam, em verdade, de sanções. Isso porque, em que pese o órgão regulador denominar de responsivas as medidas que geram maior eficácia para produzirem os efeitos desejados sem a aplicação de sanções, a mera “[...] mudança de denominação é insuficiente para alterar a natureza jurídica da medida regulatória”⁸³. Os autores questionam ainda, por exemplo, o mecanismo de persuasão sugerido por órgãos reguladores no sentido de descontar compulsoriamente nas faturas dos consumidores quando as empresas não atingem índices de qualidade suficientes. A ideia seria que o consumidor tivesse acesso a um padrão mínimo, e se este não fosse atendido, teria direito a um desconto em suas faturas⁸⁴.

⁸⁰ BALDWIN; CAVE; LODGE, 2012, p. 265-266.

⁸¹ SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações da Anatel. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. p. 190. DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v9i1.21519>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/21519/19834>. Acesso em: 2 nov. 2023.

⁸² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; ROSILHO, André. Responsividade regulatória e autorregulação imposta: o devido processo legal e a legalidade como limites. *Revista Fórum de Direito na Economia Digital*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-32, jul./dez. 2018. p. 12.

⁸³ SUNDFELD; CÂMARA; ROSILHO, *loc. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 13.

Para sustentarem a tese de ilegalidade, os autores justificam que o dever regulatório sistêmico é distinto da obrigação contratual individual. Assim entendido o dever regulatório sistêmico como deveres regulatórios de interesse difuso, ou seja, normas editadas que “[...] não visem regulamentar a relação bilateral entre prestadoras e usuários, mas a prestação dos serviços”⁸⁵ tomada em seu conjunto.

Tais regras, diferentemente, das obrigações de cunho contratual individual, possuem como objetivo garantir “o bom funcionamento global do setor”; enquanto o foco da relação jurídica entre usuário e prestadora de serviços é regida pelo contrato de prestação de serviço, que busca estabelecer as regras desta relação, o que, segundo os autores, geram consequências distintas em caso de descumprimentos⁸⁶.

No caso do dever regulatório sistêmico, o descumprimento não geraria um inadimplemento de obrigações perante usuários, mas deve gerar a abertura de processo administrativo sancionatório perante a agência reguladora; enquanto o descumprimento de obrigação contratual individual gera a aplicação de normas de direito civil⁸⁷. Dessa forma, um cuidado a mais que a administração pública federal deve ter ao propor medidas responsivas é o de não denominar medidas eminentemente sancionatórias como responsivas. Contudo, é necessário destacar que, embora haja a adoção da regulação responsiva pelos reguladores, a teoria não afasta a punição, ou o *big gun*; importando apenas que, ao fazer uso de tal punição, esta siga as regras gerais do processo de administrativo para sua aplicação.

Além disso, deve-se apostar que a administração pública federal possa buscar o aperfeiçoamento da sua atividade regulatória e que haja flexibilidade para a busca deste aperfeiçoamento no âmbito da regulação responsiva.

Outrossim, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu artigo 26, permite que, a fim de eliminar irregularidades e incertezas jurídicas ou situações contenciosas, que o direito público busque celebrar compromissos com os interessados desde que estejam presentes as razões de interesse geral⁸⁸.

⁸⁵ SUNDFELD; CÂMARA; ROSILHO, 2018, p. 15.

⁸⁶ SUNDFELD; CÂMARA; ROSILHO, *loc. cit.*

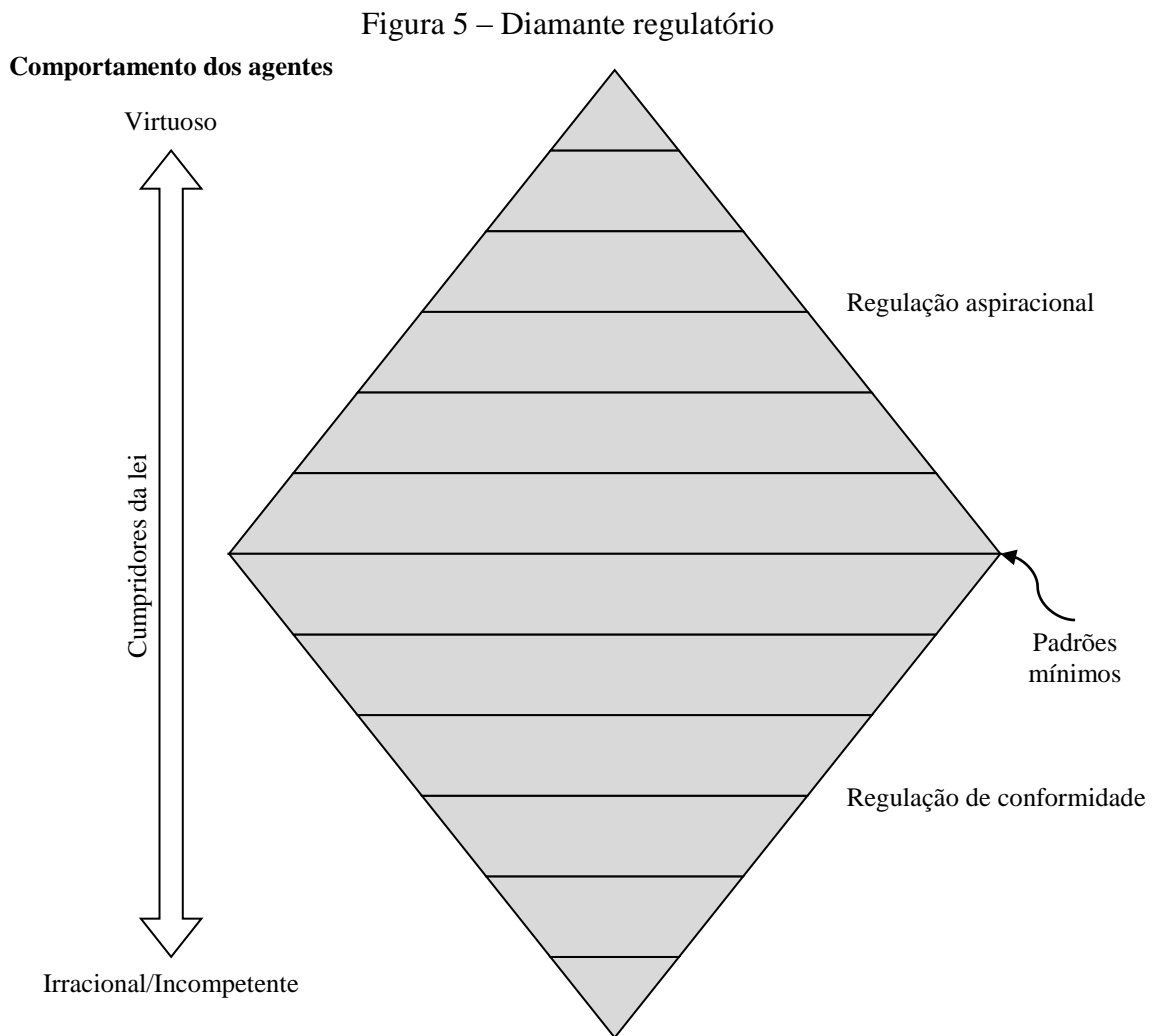
⁸⁷ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁸ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de e licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial” (BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília: Presidência da República, [2018]. art. 26. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023).

Dessa forma, permite-se certa margem de criatividade para a criação de tais compromissos em conjunto com o regulado, desde que seja observado o interesse geral da sociedade brasileira⁸⁹.

2.6 Apontamentos sobre o diamante regulatório e a teoria da regulação inteligente

A ideia do diamante regulatório (Figura 5), segundo Kolieb, é oferecer uma apresentação mais coesa da concepção da regulação a qual se baseia a regulação responsiva, considerando ainda o papel da lei na teoria⁹⁰.



Fonte: Kolieb⁹¹.

⁸⁹ DIA 4/9 | Simpósio Repensando o Direito Regulatório: o que elas propõem? [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (158 min). Publicado pelo canal Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UCgXJ8v2Czc>. Acesso em: 18 out. 2023.

⁹⁰ KOLIEB, 2015, p. 136.

⁹¹ *Ibid.*, p. 150.

Isso porque, a ideia da regulação representada pelas pirâmides na regulação responsiva dá a entender que regulação significa o mero cumprimento de regras, que é uma visão pobre da regulação. Assim, o diamante regulatório vem para integrar a regulação de conformidade ao que o autor chama de regulação aspiracional⁹².

A regulação aspiracional é aquela baseada em incentivos e encontra-se na parte superior do diamante; enquanto a regulação de conformidade é relativa à parte inferior do diamante. No meio do diamante, há o que Kolieb chama de padrões mínimos esperados pelo regulador e, à medida que sobe ou desce, o regulado terá mais recompensas ou punições⁹³.

Ainda chama atenção que, ao contrário do modelo de Braithwaite, os atores virtuosos não estariam na linha média, mas bem acima dela. Assim, para Kolieb, virtuoso seria aquele regulado obediente à lei; já o incompetente ou irracional seria aquele da ponta inferior do diamante⁹⁴.

A teoria da regulação inteligente (*smart regulation*, em inglês) é um tipo de regulação que também objetiva fugir da abordagem de “comando e controle” e surgiu com o livro de Gunningham e Grabosky⁹⁵ (*Smart regulation: designing environmental policy*, 1998). O livro tratou do desenvolvimento inteligente de uma política ambiental e teve seu capítulo final resumido em artigo do mesmo ano de Gunningham e Sinclair (*Designing smart regulation*, 1998), que foi divulgado pela OCDE⁹⁶.

Pode-se dizer, ainda, que a regulação inteligente é expressamente apoiada na teoria da regulação responsiva e em teóricos que utilizam o significado de regulação de forma ampla e pode ser resumida em quatro eixos: a) abstração do antagonismo entre regular/desregular; b) tem base na autorregulação regulada; c) apoia-se no processo participativo e deliberativo para a construção do processo regulatório; d) visão comum com o pluralismo jurídico⁹⁷.

No artigo de Gunningham e Sinclair⁹⁸, os autores destacam que não há uma única solução regulatória ideal, e, por isso, sustentam que o projeto regulatório deva ser baseado em princípios, para que seja responsivo aos diferentes comportamentos dos diferentes regulados e para que se alcance uma “regulação inteligente”⁹⁹.

⁹² KOLIEB, 2015, p. 137.

⁹³ *Ibid.*, p. 151.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁵ GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter (ed.). *Smart regulation: designing environmental policy*. Oxford, UK: Clarendon Press Oxford, 1998.

⁹⁶ ARANHA, 2019, p. 155.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 154-155.

⁹⁸ GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Designing smart regulation*. Paris: OCDE, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/env/outreach/33947759.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1-2.

Assim, segundo Gunningham e Sinclair, seriam cinco os princípios para construir uma regulação em quaisquer circunstâncias: preferir combinações de políticas com diferentes tipos de instrumentos e instituições; preferir medidas menos intervencionistas; escalar a pirâmide de instrumentos na medida necessária para atingir os objetivos da política; capacitar participantes em melhor posição para atuarem como reguladores substitutos e maximizar as oportunidades para resultados ganha/ganha¹⁰⁰.

Gunningham e Sinclair concluem que é desejável uma variedade tanto de instrumentos de política quanto de atores capazes para implementá-los, propondo uma pirâmide tridimensional como forma de enfatizar o papel das entidades não estatais no processo regulatório (Figura 6)¹⁰¹. Portanto, para os autores da “*smart regulation*”, a regulação responsiva pura, criada por Ayres e Braithwaite tem uma natureza excessivamente estatal, esquecendo-se de outras duas esferas importantes e que são representadas pelas entidades privadas que fazem a autorregulação e a regulação por terceiros¹⁰².



Fonte: Gunningham e Sinclair¹⁰³.

Assim, de acordo com a pirâmide tridimensional da teoria “*smart regulation*”, há o acréscimo da pirâmide de segundos atores, correspondente aos negócios como autorreguladores, e os terceiros atores, relativos às organizações comerciais e não comerciais como reguladores substitutos.

¹⁰⁰ GUNNINGHAM; SINCLAIR, 1998, p. 3-17.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰² SOUZA, Victor Aguiar de Melo. *A regulamentação dos fundos patrimoniais vinculados de acordo com a teoria da regulação responsiva*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. p. 23. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/18999>. Acesso em: 27 jun. 2023.

¹⁰³ GUNNINGHAM; SINCLAIR, *op. cit.*, p. 398, tradução nossa.

3 ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Diante da necessidade do Estado em incentivar seus cidadãos a perseguirem a conduta padrão esperada, entende-se cabível buscar compreender antes como as pessoas tomam decisões, quer seja para incentivar a conduta padrão esperada, quer seja para propor novas normas que sejam úteis e que efetivamente promovam o bem-estar social de forma mais fluida.

Assim, pretende-se, no presente capítulo, refletir sobre o que leva o ser humano a obedecer às normas expedidas pelo Estado, tendo em vista que, diante de um comando que prescreve um comportamento esperado, saber que tipo de avaliação o tomador de decisão faz para cumprir ou não determinado normativo é relevante de forma a evitar o descumprimento dos normativos e de forma a elaborar normas mais efetivas.

Além disso, compreende-se que, a partir do reconhecimento das limitações da natureza humana, é possível propor uma regulação mais próxima da realidade e, portanto, mais efetiva.

Dessa forma, ao estudar a economia comportamental, pretende-se buscar indícios de resposta a como os reguladores podem ser mais efetivos em sua atuação regulatória; se a regulação responsiva pura e simples seria suficiente; se a natureza humana não deve ser levada em conta com vistas ao aperfeiçoamento da atuação regulatória do Estado.

3.1 Introdução à economia comportamental

Embora todos os seres humanos sejam mais ou menos conscientes da lacuna existente entre suas intenções e a suas ações ao longo da sua vida, costuma-se atribuí-la a um aspecto meramente individual, sem perceber que a maioria das pessoas possui a mesma característica e, portanto, pode ser considerada uma falha sistemática e previsível.

Uma forma de entender o que a economia comportamental estuda é a partir do entendimento dos limites da natureza humana na tomada de decisões do dia a dia. Ou seja, a economia comportamental demonstra um aspecto abrangente e coletivo dos comportamentos inadequados que o ser humano costuma ter ao longo da vida ou mesmo em um único dia comum, apesar de, muitas vezes, sua intenção ser oposta ao que foi pensado no planejamento de sua ação.

Assim, ao se realizar questões rotineiras sobre quantas vezes se mentiu apesar de saber incorreto; quantas vezes se administrou mal o tempo, apesar de querer ser produtivo; quantas vezes foi dito sim, apesar de desejar dizer não; quantas vezes se gastou tempo demais com

redes sociais, mesmo tendo-se pouco tempo para fazer o restante dos seus afazeres; quantas vezes não se exercitou, mesmo com o objetivo de ser mais saudável, entre outras, acaba-se por perceber que, apesar de o ser humano fazer planos, muitas vezes toma atitudes contrárias ao que deseja. E mais: essa não é uma característica de apenas um indivíduo, mas da grande maioria¹⁰⁴.

Nesse sentido, a economia comportamental destaca a lacuna existente entre a intenção e a ação do ser humano, incorporando os desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas sobre o comportamento humano na área da Psicologia à Economia, indicando que existem desvios sistemáticos no processo decisório e estimulando um olhar mais prático e realista sobre as escolhas individuais¹⁰⁵.

A economia comportamental ainda indica que as decisões são relativas, e as pessoas são propensas à inércia; à opção padrão; que o contexto importa na tomada de decisão; que o ser humano sofre de aversão à perda; que se costuma usar heurísticas e atalhos mentais para decidir; que as pessoas têm conflitos entre o imediato e o futuro; que são influenciados por normas e provas sociais, entre outras.

E surge a partir do questionamento de alguns economistas quanto aos pressupostos da economia clássica acerca das premissas do agente racional, ou *homo economicus*. Contudo, cabe destacar que nunca foi objetivo da economia comportamental abandonar o paradigma dominante da economia clássica, mas sim aperfeiçoá-lo, como forma de aumentar a capacidade preditiva e explicativa dos modelos econômicos tradicionais¹⁰⁶.

Apesar disso, a economia comportamental surge com o ceticismo dos economistas clássicos. Isso porque, os economistas clássicos, apesar de não acreditarem piamente na racionalidade ilimitada, já que se trata de um arquétipo criado para as análises econômicas, entendiam que tal característica se tornava irrelevante na competição de mercado¹⁰⁷.

Dito isto, enquanto a economia clássica entende que as pessoas tomam decisões a partir de uma avaliação de custo-benefício, buscando a otimização da sua decisão e com a presunção de que tais escolhas são imparciais, a economia comportamental surgiu com a

¹⁰⁴ ARIELY, Dan. Economia comportamental: um exercício de desenho e humildade. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 23.

¹⁰⁵ BIANCHI, Ana Maria; ÁVILA, Flávia. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 14.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Sérgio. Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler – breve resumo. *Jornal da USP*, São Paulo, 16 out. 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>. Acesso em: 11 set. 2023.

¹⁰⁷ ALMEIDA, *loc. cit.*

percepção de as referidas premissas da economia clássica são falhas, tanto porque a avaliação de custo-benefício é difícil de ser realizada por um ser humano de forma natural quanto por conta de que as pessoas tomam decisões com base em heurísticas, ou seja, há desvios sistemáticos de comportamento que o modelo de otimização acaba deixando de fora da análise¹⁰⁸.

3.2 As premissas da teoria da escolha racional e da economia comportamental

Gary Becker, em seu livro publicado em 1976, intitulado *The economic approach to human behavior*, apresenta as bases da teoria da escolha racional, para a qual as pessoas possuem preferências estáveis e um comportamento racional, baseado no objetivo de maximizar a utilidade ou satisfação para alcançar o maior bem-estar possível, comportamento entendido como egoísta e maximizador de autointeresse¹⁰⁹.

Um dos pressupostos da teoria da escolha racional é a de que as pessoas possuem racionalidade no seu agir. Existem, contudo, várias definições de racionalidade econômica, mas o conceito mínimo que a racionalidade econômica pode assumir é o de que os conjuntos de preferências das pessoas devem atender às premissas básicas de completude, transitividade, dominância e invariância¹¹⁰.

A completude refere-se ao fato de que, em quaisquer duas combinações de bens ou serviços, pressupõe-se que o agente econômico prefere A a B, B a A ou é indiferente entre os dois. O requisito de completude significa que qualquer coisa pode ser comparada. A transitividade, por sua vez, significa que a preferência da combinação A a B e B a C importa necessariamente em preferência de A a C, assim como a preferência de A a B e a indiferença entre B e C importa necessariamente em preferência de A a C. Já a dominância refere-se ao pressuposto de que a combinação A frente a B em algumas circunstâncias, aliada à ausência de preferência de B em relação a A, independentemente de qualquer circunstância ou aspecto importa necessariamente em preferência da combinação A frente a B. Por fim, a invariância indica que a classificação das combinações A e B não depende de como são descritas¹¹¹.

¹⁰⁸ THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. *Kindle*, posição 17.

¹⁰⁹ SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 28.

¹¹⁰ ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018. p. 10.

¹¹¹ ZAMIR; TEICHMAN, *loc. cit.*

Assim, para a teoria econômica clássica, problemas de autocontrole não existiriam. Contudo, as pessoas não apenas possuem problemas de autocontrole como são inconsistentes em suas escolhas ao longo do tempo, o que contesta outra premissa da teoria econômica clássica – de que as escolhas denotam necessariamente as preferências das pessoas¹¹².

Deve-se destacar, no entanto, que tais pressupostos da teoria da escolha racional são usados há décadas no intuito de prever o comportamento de agentes não apenas por economistas, mas também por pesquisadores de outras ciências sociais, o que acaba por levar à conclusão de que, em que pese proveitosa, a análise da teoria econômica clássica pode perder em acurácia quando comparada à análise realizada pela economia comportamental, razão pela qual se optou por investigar de que forma a teoria da regulação responsiva pode ganhar com esse tipo de análise mais próxima do real.

Dessa forma, a economia comportamental propõe-se a trazer mais realidade às análises, indicando os limites da natureza humana, em especial baseando-se em algumas características: racionalidade limitada, força de vontade limitada e interesse próprio limitado.

O conceito de racionalidade limitada foi desenvolvido em 1950 por Herbert Simon, mas ganhou destaque com os trabalhos de Kahneman e Tversky sobre heurísticas e vieses, os quais trouxeram contribuições importantes para a compreensão da tomada de decisão do ser humano¹¹³.

A característica da racionalidade limitada refere-se ao fato de que as habilidades cognitivas do ser humano não são infinitas e que este recorre a heurísticas e vieses para tomar decisões, o que leva a cometer erros sistemáticos e previsíveis¹¹⁴.

Já o autocontrole ou força de vontade limitada é a característica que faz com que as pessoas frequentemente pratiquem ações que sabem ser conflitantes com seus interesses de longo prazo¹¹⁵.

Por último, o interesse próprio limitado refere-se à característica de que é possível identificar um comportamento indulgente na maioria das pessoas, ou seja, elas importam-se ou agem como se importassem com as outras, até mesmo com aquelas que não conhece em algumas circunstâncias¹¹⁶.

¹¹² THALER, 2019, posição 15.

¹¹³ SAMSON, 2015, p. 30.

¹¹⁴ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, [Stanford, CA], v. 50, p. 1471-1550, May 1998. p. 1477. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 23 set. 2023.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 1479.

¹¹⁶ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, *loc. cit.*

Como exemplo de soluções, pode-se dizer que, quando os cidadãos precisam de informações adequadas sobre determinado tema, a abordagem da economia convencional costuma ser a de fornecer mais informações adicionais aos cidadãos. Contudo, a prescrição para o fornecimento de informações é limitada diante da capacidade humana de absorver tais informações adicionais. Por isso, a análise comportamental sugere que não apenas a forma, mas também a quantidade e até a complexidade das informações são importantes¹¹⁷.

A análise comportamental prediz que um exemplo disso é a percepção do ser humano sobre a probabilidade de ocorrência eventos incertos ser influenciada pela relevância e frequência na apresentação desses eventos (viés da disponibilidade)¹¹⁸. Assim como esta percepção, a economia comportamental indica que várias outras influenciam, tais como a aversão à perda, a saliência, o excesso de otimismo, entre outras.

Um dos principais ganhos da análise realizada pela economia comportamental ao direito, portanto, é justamente o de que analisam não apenas a questão da eficiência e as formas tradicionais de captura de renda das leis, mas também trazem a questão da sensação de justiça desta lei¹¹⁹.

Assim, enquanto a análise econômica do direito comportamental prevê que as transações serão proibidas quando a sociedade não realiza tais transações. Por outro lado, a avaliação da análise econômica do direito convencional prevê que essas transações serão proibidas apenas se uma proibição for eficiente ou favorável a um grupo de interesse politicamente poderoso¹²⁰.

Dessa forma, normas sociais de justiça podem influenciar e até restringir o comportamento das empresas de um setor por uma preocupação desta empresa em não prejudicar sua reputação a partir do senso de justiça da sociedade¹²¹.

3.3 A tomada de decisões e o sistema dual (Sistema 1 e Sistema 2)

Em que consiste precisamente a diferença de análise das duas abordagens quanto à tomada de decisão das pessoas? Enquanto a análise econômica convencional entende que as pessoas tomam decisões baseadas em análises de custo-benefício, a economia

¹¹⁷ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1533.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1501.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1510.

¹²⁰ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, *loc. cit.*

¹²¹ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, *loc. cit.*

comportamental compreende que o ser humano toma a maior parte de suas decisões com base em intuições, de forma automática.

Daniel Kahneman e Amos Tversky usaram a metáfora de que a mente funcionaria com base em dois sistemas, Sistema 1 e Sistema 2, termos propostos por Keith Stanovich e Richard West para fazer referência aos dois sistemas da mente.

O Sistema 1 é uma alusão à forma rápida e automática de refletir do cérebro, o qual atua com baixo ou nenhum esforço e de forma involuntária, enquanto o Sistema 2 reflete de maneira mais lenta, sendo utilizado para prestar atenção em atividades mais trabalhosas, como cálculos complexos, atividades de escolha e concentração¹²².

Kahneman e Tversky partem sua investigação a partir do questionamento sobre serem os seres humanos estatísticos intuitivos tal qual são gramáticos intuitivos. Para os autores, a maioria das pessoas ignora as estatísticas sobre determinado assunto e utiliza a regra do polegar para tomar suas decisões, ou seja, utiliza regras de semelhança¹²³. Assim, o pensamento nem sempre é consciente e o ser humano nem sabe muitas vezes como chegou até ele ou a uma crença. Portanto, os autores afirmam que as decisões podem ser silenciosas e nos levar a cometer erros sistemáticos, repetitivos e previsíveis, ao que foi denominado de vieses¹²⁴.

Nesse sentido, pode acontecer de as pessoas ficarem efetivamente cegas quando completamente focadas em uma tarefa, mesmo com estímulos que em geral atrairiam sua atenção. Como exemplo, citam o experimento que se dá a partir da observação de um vídeo de jogo de basquete, em que as pessoas são instruídas a contar o número de passes do time branco e metade delas sequer percebe a entrada de uma mulher vestida de gorila na quadra. Desta forma, o estudo ilustraria dois fatos importantes a respeito das mentes dos seres humanos: ficam cegos para o óbvio e ficam cegos para a própria cegueira¹²⁵.

O Sistema 2 é acionado sempre que o modelo esperado pelo Sistema 1 é violado. Assim, o Sistema 2 assume o controle quando as situações não se encaixam no modelo esperado e normalmente possui a última palavra. Kahneman ressalta que a divisão de trabalho entre ambos é altamente eficiente, pois minimiza o esforço e otimiza o desempenho¹²⁶.

¹²² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. *Kindle*, posição 365.

¹²³ *Ibid.*, posição 7-8.

¹²⁴ *Ibid.*, posição 6.

¹²⁵ *Ibid.*, posição 30. *Vide também*: GORILA – Teste de Observação. [S. l.: s. n.], 2009. 1 vídeo (1 min). Publicado pelo canal Paulo c. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=OH6_WnCFMeM. Acesso em: 18 out. 2023.

¹²⁶ KAHNEMAN, *op. cit.*, posição 26.

O Sistema 1 é em regra muito bom no que faz, mas tem vieses. Responde a perguntas mais fáceis; tem pouco entendimento de lógica e estatísticas e não pode ser desligado. E há conflito entre os sistemas quando uma reação automática deve ser controlada, pois uma das tarefas do Sistema 2 é dominar os impulsos do Sistema 1.

Se existem erros difíceis de serem detectados pelo Sistema 1, que age de forma automática, a pergunta que vem à tona é: o que fazer diante de uma ilusão cognitiva? Será que as ilusões cognitivas podem ser dominadas? Mas Kahneman alerta que os erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir e manter-se vigilante o tempo todo também não é possível. Portanto, o melhor que se pode fazer é aprender a reconhecer situações em que os enganos são mais prováveis e se esforçar para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo e decisões importantes a serem tomadas.

Assim, que, quando se para pensar nos sistemas, costuma-se haver uma identificação maior e imediata com o Sistema 2, em razão de sua capacidade de análise. Segundo Kahneman, o grande herói da mente é o Sistema 1, pois simplifica e faz com que se consiga tomar a quantidade de decisões que se toma todos os dias¹²⁷.

Tendo em vista as referidas formas de pensar dos seres humanos, relativas aos sistemas 1 e 2, o que pode acontecer é que, diante de uma situação, o ser humano utilize um dos caminhos para decidir: quando a situação é simples e rotineira, o Sistema 1 automaticamente é acionado para a execução da tarefa e, diante de uma situação complexa, o ser humano acaba sendo compelido a parar e refletir sobre a possível solução para o problema.

É importante, contudo, ter consciência de que o Sistema 1 está sujeito a heurísticas e vieses. As heurísticas correspondem a atalhos mentais, isto é, rotas simplificadas do pensamento intuitivo, ou regras de polegar¹²⁸. Porém, as heurísticas podem acabar por levar a vieses, que são erros sistemáticos¹²⁹, que se repetem previsivelmente em circunstâncias particulares¹³⁰.

Deve-se ressaltar ainda que a divisão de trabalhos entre os sistemas é eficiente, o que, segundo Daniel Kahneman, minimiza o esforço e otimiza o desempenho. Isso porque,

¹²⁷ KAHNEMAN, 2012, posição 26.

¹²⁸ *Ibid.*, posição 12.

¹²⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, [Washington DC], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, Sept. 1974. p. 1124. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.185.4157.1124>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹³⁰ KAHNEMAN, *op. cit.*, posição 5.

segundo estimativas¹³¹, uma pessoa toma, em média, 35 mil decisões diárias, o que significa dizer que nem sempre poderá e conseguirá destinar atenção e esforço a tantas decisões.

Assim, é importante destacar algumas heurísticas e vieses que o Sistema 1 costuma utilizar, por ser o Sistema mais comumente requisitado para os desafios decisórios diários. Como dito, o Sistema 1 tem uma tendência a confiar em vez de duvidar e é altamente proficiente em uma forma de pensamento automático e sem esforço. Por isso, ele identifica ligações causais entre eventos, que muitas vezes é ilegítima. Isso porque, o ser humano é ávido por padrões e acredita em um mundo coerente, em que as situações não acontecem por acidente, mas como resultado de uma relação de causalidade.

Sendo assim, o Sistema 1 tenta suprimir qualquer ambiguidade verificada, construindo histórias coerentes e não conseguindo distinguir graus de crença, conforme ditado pelo princípio WYSIATI criado por Daniel Kahneman (acrônimo em língua inglesa para a frase “*what you see is all there is*” ou “o que você vê é tudo que há”)¹³².

Além disso, os seres humanos, em geral, inclusive os pesquisadores e especialistas em estatísticas, possuem um forte viés de acreditar que amostras pequenas se aplicam à população em geral, o que foi denominado por Daniel Kahneman e Amos Tversky como “crença na lei dos pequenos números”. Dessa forma, é recomendado que os pesquisadores encarem suas intuições estatísticas com desconfiança e as substituam por uma formação de impressões baseada sempre em cálculos¹³³.

O que Kahneman sustenta é que, para o olho não treinado, a aleatoriedade se apresenta como uma regularidade ou uma tendência de agrupamento. Como exemplo, cita o experimento realizado pelos pesquisadores Tom Gilovich e Robert Vallone, que descobriram que a “*hot hand*” do basquete era uma percepção equivocada, pois a dita “mão quente” é simplesmente um fato aleatório em que as pessoas tentam enxergar uma relação de causalidade onde ela não existe. Portanto, pode ser considerada uma ilusão cognitiva maciça e popular.

O que se percebe é que, se uma pessoa simplesmente segue sua intuição, o que ela vai verificar é que errará com frequência ao classificar algo que é aleatório como sendo de

¹³¹ SOLLISCH, Jim. The cure for decision fatigue. *The Wall Street Journal*, [New York], 10 jun. 2016. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/the-cure-for-decision-fatigue-1465596928>. Acesso em: 19 set. 2023.

¹³² KAHNEMAN, 2012, posição 151.

¹³³ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. *Psychological Bulletin*, [Washington, DC], v. 76, n. 2, p. 105-110, Aug. 1971, p. 110. Disponível em: <http://stats.org.uk/statistical-inference/TverskyKahneman1971.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

natureza sistemática¹³⁴; e a aposta excessiva em amostras reduzidas é um exemplo desse erro sistemático do cérebro¹³⁵.

A lei dos pequenos números acontece porque as pessoas costumam prestar mais atenção ao conteúdo da mensagem do que no seu grau de confiabilidade e, como resultado, terminam com uma visão simplificada e coerente de mundo, de acordo com as próprias convicções, em detrimento do que os dados realmente demonstram¹³⁶.

Pode-se dizer que o Sistema 1 trabalha com associações e tira conclusões precipitadas, tanto acreditando na lei dos pequenos números como também criando histórias coerentes e relações de causalidades inexistentes. Portanto, ao utilizar heurísticas para simplificar o julgamento em tarefas complexas, entende-se que estas, apesar de úteis, levam a erros graves e sistemáticos.

No artigo *Judgement under uncertainty: heuristics and biases*, os autores concluem que três heurísticas são empregadas na elaboração de julgamentos realizados sob incerteza: a) representatividade, que, em regra, é empregada quando a pessoa é requerida a julgar a probabilidade de ocorrência de um evento; b) disponibilidade de ocorrências ou situações, utilizada quando se solicita que a pessoa estime a frequência de uma classe ou a probabilidade de um acontecimento particular; e c) ajuste e ancoragem, normalmente usado em previsões numéricas quando o valor encontra-se disponível¹³⁷.

Aqui, são citados alguns vieses que emanam das heurísticas supracitadas, a saber: representatividade; disponibilidade; ajuste e ancoragem e outras, tratadas por Daniel Kahneman e Amos Tversky no artigo *Judgement under uncertainty: heuristics and biases*¹³⁸ e nos livros de Kahneman, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*¹³⁹; de Max H. Bazerman e Don A. Moore, *Judgment in managerial decision making*¹⁴⁰; e de Cass Sunstein e Richard Thaler, *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*¹⁴¹.

a) **Representatividade** (julgamento com base no grau de semelhança):

- Insensibilidade da taxa base (*insensitivity to base rates*): trata-se da tendência das pessoas em ignorar a frequência da taxa-base quanto à incidência dos

¹³⁴ KAHNEMAN, 2012, posição 2392.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 2412.

¹³⁶ KAHNEMAN, *loc. cit.*

¹³⁷ TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1124-1130.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 1130.

¹³⁹ KAHNEMAN, *op. cit.*, posição 2412

¹⁴⁰ BAZERMAN, Max H.; MOORE, Don A. *Judgment in managerial decision making*. 7th. ed. New York: John Wiley & Sons, 2009. p. 41.

¹⁴¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. *Kindle*.

eventos quando há aspectos descritivos que estão em evidência, o que as faz julgar por meio da representatividade.

- Insensibilidade ao tamanho da amostra (*insensitivity to sample size*): trata-se da tendência das pessoas de tenderem a ignorar o tamanho da amostra quando a analisam com base na similaridade.
- Chance de concepções errôneas (*misconceptions chance*): trata-se da tendência de as pessoas esperarem que uma sequência de eventos gerada por um processo aleatório represente características essenciais desse processo mesmo se a sequência for curta.
- Insensibilidade à previsibilidade (*insensitivity to predictability*): trata-se da tendência das pessoas em realizar previsões baseadas na representatividade, o que faz perder acurácia e confiança porque são baseadas em descrições qualitativas e são descritivas.
- Ilusão de validade (*the illusion of validity*): trata-se da tendência das pessoas a ter uma confiança injustificável a partir do ajuste entre o resultado previsto e a informação do *input*.
- Concepção errônea de regressão à média (*misconception of regression*): trata-se da tendência das pessoas em falhar em compreender o efeito da regressão à média, ou seja, a ignorar que eventos extremos tendem a regredir à média nas ocorrências subsequentes, levando-as a superestimar os eventos e a subestimar outros, fazendo-as falhar em suas previsões.
- Falácia da conjunção (*the conjunction fallacy*): trata-se da tendência das pessoas em acreditar que um conjunto de dois eventos é mais provável de acontecer do que o conjunto de um evento (diagrama de Venn) quando julgam por representatividade.

b) Disponibilidade (julgamento com base na lembrança):

- Viés da recuperabilidade das ocorrências (*biases due to the retrievability – based on memory structures*): trata-se da tendência das pessoas em julgar o tamanho de uma classe com base na disponibilidade de ocorrências; assim, uma classe será julgada mais numerosa do que outra quanto maior a facilidade de recuperá-la na memória.
- Vieses de imaginabilidade ou facilidade de lembrança (*biases of imaginability*): trata-se da tendência das pessoas em avaliar a frequência de um evento com base

nas ocorrências registradas em suas memórias, o que nem sempre corresponde à probabilidade real de ocorrência do evento.

- Correlação ilusória (*illusory correlation*): trata-se da tendência de julgar dois eventos com base na força associativa entre eles com base na disponibilidade.

c) **Ajuste e ancoragem** (julgamento com base em ideia inicial que serve de âncora):

- Ajuste insuficiente (*insufficient adjustment*): trata-se da tendência de as pessoas tenderem a fazer uma estimativa a começar por um valor inicial que é ajustado para produzir a resposta final. Contudo, geralmente, os ajustes são insuficientes.
- Viés dos eventos conjuntivos e disjuntivos (*biases in the evaluation of conjunctive and disjunctive events*): trata-se da tendência das pessoas em superestimar a probabilidade de eventos conjuntivos e a subestimar os eventos disjuntivos.

d) **Outros vieses:**

- Viés da confirmação: trata-se da tendência das pessoas a buscar informações que confirmem seu pensamento, inclusive negligenciando indícios que possam refutá-lo.
- Viés do otimismo e excesso de confiança (*overconfidence*): trata-se da tendência das pessoas em confiar em suas crenças proporcionalmente à qualidade da narrativa, conforme a regra WYSIATY (“*what you see is all there is*” – “o que você vê é tudo o que há”), superestimando sua imunidade individual contra danos e deixando de tomar medidas preventivas necessárias.
- Falácia do planejamento: trata-se da tendência das pessoas de não conseguirem prever quanto tempo levarão para a conclusão de um projeto, fruto do otimismo irreal.
- Viés da retrospectiva: trata-se da tendência das pessoas em superestimar o grau em que o resultado teria sido antevisto, após um acontecimento.
- Aversão à perda: trata-se das pessoas em não gostar de perder e sentirem as perdas duas vezes mais que a felicidade de ganhar algo similar.
- Viés do *status quo*: trata-se da tendência das pessoas em se manterem na situação atual, da zona de conforto.
- Viés do custo afundado: trata-se da tendência de as pessoas não conseguirem parar de investir tempo ou dinheiro em algo, mesmo quando sabem que isso não deve levar a lugar algum, persistindo em más escolhas por apego ao custo já incorrido, realizado.

3.4 Arquitetura de escolhas e *nudges*

A arquitetura de escolhas, segundo Thaler e Sunstein, é o ambiente em que as pessoas tomam decisões e, portanto, pode-se dizer que o “[...] arquiteto de escolhas tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões”¹⁴². Os autores afirmam ainda que há muita semelhança entre a arquitetura de escolhas e as formas mais tradicionais de arquitetura. Isso porque todo arquiteto deve considerar alguns pré-requisitos propostos pelo contratante da obra e partem do pressuposto de que não existem escolhas neutras, no sentido de que a localização dos elementos de um projeto deve ser funcional, mas ao mesmo tempo afetam substancialmente a interação das pessoas que utilizam a construção¹⁴³.

Dessa forma, quando se busca promover uma arquitetura de escolhas, Thaler e Sunstein destacam que é preciso partir da regra de que “tudo é importante” e que pequenos detalhes podem fazer grandes diferenças¹⁴⁴.

Como partem da ideia de que não existe escolha neutra, é cabível aos arquitetos de escolhas conduzirem os usuários a tomar caminhos capazes de melhorar suas vidas, por meio de cutucões ou empurrões, em português, ou com um *nudge*, termo em inglês. Nas palavras de Thaler e Sunstein, *nudge* é um

[...] estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerado um *nudge*, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um *nudge* não é uma ordem. Colocar as frutas em posição visível é um exemplo de *nudge*. Simplesmente proibir *junk food*, não¹⁴⁵.

Assim, caberia aos arquitetos de escolhas melhorar a vida das pessoas concebendo ambientes favoráveis aos usuários. Quem concebe escolhas, portanto, deve facilitar a vida de quem precisa escolher o máximo possível, mas não tirar sua liberdade de escolha. Por isso, propõem como um novo caminho, a aplicação de *nudges*, para os casos em que tiverem maior probabilidade de ajudar e menor chance de atrapalhar¹⁴⁶.

¹⁴² THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 7.

¹⁴³ THALER; SUNSTEIN, *loc. cit.*

¹⁴⁴ THALER; SUNSTEIN, *loc. cit.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, posição 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*, posição 21.

Para Thaler e Sunstein, as pessoas precisam de um *nudge* acima de tudo para tomar decisões difíceis. E o que seriam decisões difíceis? As principais características que as escolhas difíceis possuem segundo os autores são: 1) aquelas que testam a capacidade de autocontrole, ou seja, a pessoa sabe o que é certo, mas, como as consequências de sua escolha surgem apenas a longo prazo, ela tende a não escolher o melhor para si; 2) maior grau de dificuldade para a solução do problema a ser resolvido, como, por exemplo, escolher um tipo de produto bancário entre vários disponíveis; 3) a pequena frequência de repetição de um problema, pois a solução será tão difícil quanto a raridade da decisão, uma vez que a prática advinda da repetição da atividade torna a escolha mais fácil; 4) a ausência de feedback, pois o retorno sobre os erros oportuniza o aprendizado, ainda mais quando não se sabe do que se gosta, isto é, quando é difícil traduzir a escolha em uma experiência, como, por exemplo, a dificuldade de escolha entre um fundo de capital e um fundo dinâmico¹⁴⁷.

Existem situações em que o mercado não conseguiria agir para resolver o problema da dificuldade decisória das pessoas, que, em razão da racionalidade limitada, não conseguem entender a complexidade dos produtos e serviços oferecidos e que também não são eliminados pelo mercado por causa de tal característica. Pelo contrário, o que se constata é que, muitas vezes, o mercado se aproveita desta condição para explorar as fraquezas das pessoas¹⁴⁸.

Os princípios norteadores de uma boa arquitetura de escolhas seriam seis os princípios, a saber: entender que a opção-padrão como o caminho de menor resistência das pessoas; esperar o erro das pessoas; dar feedbacks sempre que possível de forma imediata; entender o mapeamento da escolha ao bem-estar; levar em conta que se deve estruturar de forma simples as decisões complexas e levar em conta o que a teoria econômica clássica prega: adotar incentivos.

Assim, em busca de um fio condutor que organizasse as ideias do que intitulavam como “*nudge*”, Thaler e Sunstein buscaram inspiração ao lerem o livro de Don Norman, cujo título é “O *design* do dia a dia”, quando perceberam que poderiam aplicar muitos princípios do *design* aos problemas que estavam estudando¹⁴⁹.

Para Richard Thaler, “[...] planejar boas políticas públicas tem muito em comum com planejar qualquer produto de consumo”¹⁵⁰, pois é preciso pensar nas políticas públicas como uma forma de facilitar a criação de ambientes de escolha igualmente centrados no usuário.

¹⁴⁷ THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 97-102.

¹⁴⁸ *Ibid.*, posição 102.

¹⁴⁹ *Ibid.*, posição 385.

¹⁵⁰ *Ibid.*, posição 385-386.

O esforço do *design* comportamental é, portanto, diminuir a fricção da decisão, fazendo com que os usuários de seus produtos automaticamente ou intuitivamente escolham a melhor opção para si próprios. É nessa linha de pensamento que Thaler e Sunstein asseveram que a política pública deve seguir, favorecendo um ambiente de escolha que permita que o usuário do serviço simplesmente “flua” diante de uma escolha, sem esforços para descobrir o que é o melhor¹⁵¹.

Além de deixar fluidas as escolhas, pode-se dizer que outro objetivo a ser introduzido no estudo do comportamento humano voltado ao desenho das políticas públicas é a própria busca pela eficiência do Estado. Isso porque, ao se desenhar uma política pública à luz da economia comportamental, parte-se de uma visão mais realista dos agentes, buscando-se prever e influenciar comportamentos e evitando-se tanto o desperdício de recursos quanto uma intervenção mais intrusiva por meio de regulações ou tributação¹⁵².

E o que se percebe é que outras variáveis, muitas vezes ignoradas, são trazidas pela economia comportamental e demonstram que simples mudanças fazem grandes diferenças, tal como a apresentação de uma opção ou seu contexto, que, às vezes, é mais efetiva do que incentivos financeiros¹⁵³.

3.5 O desvio ao padrão moral esperado

Pode-se chegar, então, ao questionamento de que tipo de avaliação as pessoas fazem ao desviarem-se do padrão moral esperado?

Segundo a teoria econômica comportamental, na maior parte do tempo, o raciocínio das pessoas é posterior à sua intuição, o que significa dizer que as pessoas costumam agir e depois justificar seu comportamento, ou seja, racionalizam seu comportamento posteriormente à execução; e não fazem uma análise detida de todas as decisões que tomam¹⁵⁴.

¹⁵¹ CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 127.

¹⁵² MENEGUIN, Fernando B.; ÁVILA, Flávia. A economia comportamental aplicada a políticas públicas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 210.

¹⁵³ MENEGUIN; ÁVILA, *loc. cit.*

¹⁵⁴ HAIDT, Jonathan. *A mente moralista: por que as pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2020. posição 156.

Haidt sustenta que o ser humano possui uma natureza dupla (tal como imaginado por Durkheim), no sentido de que os seres humanos são egoístas sim, mas também precisam de conexão e de sentirem pertencentes a um grupo. Dessa forma, o homem, segundo ele, seria grupoísta, ou seja, gosta de pertencer a um grupo e, por isso, sente-se completo apenas quando ativa seu botão colmeia. Assim, a premissa do *homo economicus*, de que o homem é apenas egoísta segundo a teoria econômica clássica não pareceria tão realista para a economia comportamental¹⁵⁵.

Tendo em vista sua natureza dupla, Haidt sustenta que, para que as pessoas se tornem mais cooperativas e diminuam as fraudes e trapaçaz dentro dos grupos¹⁵⁶, necessita-se de um sistema moral¹⁵⁷.

Donald Langevoort afirma que as pessoas tendem a se perceber como éticas, o que gera uma autodefesa quando o assunto é debatido nas organizações, mas a ética comportamental acaba por abrir os olhos das pessoas de forma geral para a própria falibilidade¹⁵⁸.

Assim, uma das principais descobertas sobre o comportamento de “trapaça” dos seres humanos, ou seja, um comportamento considerado antiético, é a de que, mesmo fora da tentação, as pessoas tenderão a trapacear um pouco, mas apenas até o ponto que consigam manter boa sua autoimagem, ou seja, até o ponto de ainda se considerarem “não trapaceiros”, racionalizando seu comportamento como aceitável¹⁵⁹.

Outra descoberta relevante do ponto de vista da conformidade é a de que ser ético é um trabalho árduo e que as pessoas estão sujeitas ao esgotamento mental depois de um tempo. Assim, em decorrência do estresse e do cansaço estão mais sujeitas ao pensamento automático e, portanto, mais sujeitas a comportamentos antiéticos. Além disso, o efeito do desconto de

¹⁵⁵ HAIDT, 2020, posição 156.

¹⁵⁶ HAIDT, 2020, *loc. cit.*

¹⁵⁷ “Sistemas morais são conjuntos interligados de valores, virtudes, normas, práticas, identidades, instituições, tecnologias e mecanismos psicológicos evoluídos que trabalham juntos para reprimir ou regular o interesse próprio a fim de tornar possível a cooperação em sociedades” (HAIDT, Jonathan; KESEBIR, Selin. *Morality*. In: FISKE, Susan T.; GILBERT, Daniel Todd; LINDZEY, Gardner (ed.). *Handbook of social psychology*. 5th. ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2010. p. 800, tradução nossa). No original: “*Moral systems are interlocking sets of values, virtues, norms, practices, identities, institutions, technologies, and evolved psychological mechanisms that work together to suppress or regulate selfishness and make social life possible*”.

¹⁵⁸ LANGEVOORT, Donald C. Behavioral ethics, behavioral compliance. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, Georgetown, article 1507, p. 1-25, 23 July 2015. p. 2. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1507>. Acesso em: 2 out. 2023.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 4.

tempo hiperbólico (ou viés do presente, pensar mais em benefícios imediatos do que nos futuros) reforça um comportamento automático e sem pensar¹⁶⁰.

Ademais, já existem estudos de que as pessoas trapaceiam um passinho de cada vez, o que deve ser visto como um sinal para que as organizações fiquem atentas aos comportamentos pequenos, pois estes muitas vezes são os que levam a grandes fraudes, consoante o fenômeno da ladeira escorregadia¹⁶¹.

Outra pesquisa indica que o comportamento competitivo gera mais comportamento antiético. Isso porque a competição geraria tanto a excitação do ganho potencial quanto o medo posterior da perda, ao que promove um comportamento trapaceiro cada vez maior à medida que a meta se aproxima¹⁶².

Os estudos sobre competição acabam por levar a outro estudo realizado a partir da neurociência, no sentido de que, quanto mais testosterona, maior a propensão para assumir riscos, o que necessariamente conduz o debate à delicada questão da diversidade de gênero nas organizações¹⁶³.

Isso porque as mulheres costumam ser menos competitivas, menos inclinadas ao risco e menos propensas a trapacear do que os homens e alguns estudiosos acreditam que colocá-las nos altos postos da organização é um passo importante para aumentar a ética e a responsabilidade organizacionais¹⁶⁴.

Outras descobertas referem-se à cultura organizacional, pois, segundo Dan Ariely, a trapaça é contagiosa, e a identidade cultural ou profissional, uma vez que a forma como uma profissão é vista socialmente, pode aumentar o nível de trapaças¹⁶⁵.

Para Donald Langevoort, o modelo para um programa de conformidade começa com uma comunicação eficaz¹⁶⁶; uma vigilância eficaz baseada em inteligência artificial, lembrando que três pontos são importantes: a inteligência artificial deve ter capacidade de aprender e evoluir, muitos falsos positivos podem ser apontados e as pessoas não gostam de vigilância demais por demonstrar desconfiança¹⁶⁷; incentivos são importantes, portanto a

¹⁶⁰ LANGEVOORT, 2015, p. 7.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁶² LANGEVOORT, *loc. cit.*

¹⁶³ LANGEVOORT, *loc. cit.*

¹⁶⁴ LANGEVOORT, *loc. cit.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 10-11.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 15.

estrutura de metas, cotas, promoção e outros deve ser analisada¹⁶⁸; e intervenções no contexto e na arquitetura de escolhas mostram-se relevantes¹⁶⁹.

3.6 Principais equívocos sobre a desonestidade

Para tornar os programas de *compliance* mais efetivos, é necessário, primeiramente, desfazer três equívocos quanto ao comportamento humano e o que leva ao comportamento desonesto¹⁷⁰. Pode-se dizer que o primeiro equívoco relacionado ao comportamento desonesto é acreditar que o ser humano realiza uma análise racional de custos e benefícios para avaliar se comete ou não um crime, ou seja, que a desonestidade vem da crença de que “o crime compensa”. Esse pensamento da racionalidade para a tomada de decisão do cometimento de um crime advém do trabalho seminal de Gary Becker, vencedor do prêmio Nobel de Economia em 1992, intitulado *Crime and punishment: an economic approach*¹⁷¹.

O que se percebe é que não se trata apenas de uma avaliação de custo e benefício, isto é, a integridade não se trata apenas de uma questão econômica. Caso contrário, ver-se-ia a maioria das pessoas cometendo crimes o tempo todo, o que, de fato, não acontece, pois o que se percebe é que a maior parte das pessoas age de forma ética mesmo quando não tem ninguém olhando, quando não há vigilância¹⁷².

Assim, tendo em vista que os seres humanos não tomam decisões racionais como o *homo economicus*, mas sim de forma rápida, automática e permeada por processos cognitivos inconscientes, pequenas mudanças no contexto podem fazer bastante diferença, como já foi visto, uma vez que integridade não tem a ver com avaliação de custo e benefício. E, quando se parte apenas do ponto de vista da análise racional a respeito de um comportamento desonesto, acaba se perdendo a oportunidade de criar medidas mais assertivas nos programas de *compliance*¹⁷³.

O segundo equívoco é acreditar que “o problema são as maçãs podres”, desejando acreditar que o mundo seria melhor e tudo estaria resolvido se fossem retiradas de circulação apenas aquelas pessoas desonestas. Contudo, o mais provável é que as coisas continuassem parecidas, pois os atos desonestos continuariam ocorrendo, bem como os grandes escândalos

¹⁶⁸ LANGEVOORT, 2015, p. 16-17.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁷⁰ MAURO, Carlos *et al.* *Muitos: como as ciências comportamentais podem tornar os programas de compliance anticorrupção mais efetivos?* Santos: Editora Brasileira de Arte e Cultura, 2021, posição 226.

¹⁷¹ *Ibid.*, posição 239.

¹⁷² *Ibid.*, posição 239-257.

¹⁷³ *Ibid.*, posição 275.

de corrupção. Isso porque o ponto de vista individual influencia sua percepção a respeito do comportamento desonesto do outro e há uma tendência em classificar quem cometeu um deslize ético automaticamente como “desonesto”, ao invés de uma pessoa “honesta que cometeu um deslize”¹⁷⁴.

Isso não significa dizer que, de fato, não existam maçãs podres na sociedade, ou seja, aquelas pessoas que agirão de forma desonesta sempre que tiverem oportunidade. Contudo, os programas de *compliance* muitas vezes são realizados pensando apenas nestas pessoas, sendo que estas são uma minoria. Isso porque, o que a economia comportamental explica é que a maioria das pessoas que se considera honesta também pode cometer atos desonestos, e o faz o tempo todo, de modo que pode acabar como protagonista de escândalos de corrupção¹⁷⁵.

A principal ideia trazida por Mauro *et al.* é exatamente a de fazer a distinção entre poucos e muitos, entendendo aqui que “os muitos” são pessoas normais, que acabam cometendo deslizes éticos no seu dia a dia; enquanto poucos podem ser considerados como verdadeiramente maçãs podres¹⁷⁶. A seguir, destacam-se os acrônimos criados pelos autores com as características dos POUÇOS e dos MUITOS (Quadro 1).

Quadro 1 – Acrônimos POUÇOS e MUITOS

P	ouca motivação	M	otivação intrínseca alta
O	portunistas quase sempre	U	sualmente honestos
U	sam todas as brechas	I	nventam justificativas
C	alculistas	T	êm dificuldades de perceber dilemas éticos
O	btêm toda atenção	O	portunistas ocasionais
S	abem que são desonestos	S	e vêem como honestos

Fonte: Mauro *et al.*¹⁷⁷.

Para lidar com esses dois grupos de pessoas, Mauro *et al.* entendem que a abordagem do *compliance* sempre foi voltada para os poucos e que a abordagem deveria ser mais pluralista, conciliando as medidas já usadas para dissuadir os poucos, como punições, fiscalizações, controles, informações, com as medidas que funcionem para os muitos não cometerem desvios¹⁷⁸.

Os muitos costumam cometer atos desonestos em duas circunstâncias: 1) situações em que conseguem identificar um dilema ético, mas conseguem justificar seus atos passados e futuros utilizando mecanismos de racionalização, ou seja, conciliam o que seria inconciliável:

¹⁷⁴ MAURO *et al.*, 2021, posição 292.

¹⁷⁵ *Ibid.*, posição 316-323.

¹⁷⁶ *Ibid.*, posição 323-333.

¹⁷⁷ *Ibid.*, posição 333.

¹⁷⁸ MAURO *et al.*, *loc. cit.*

percebem-se como honestos mesmo realizando atos desonestos; 2) situações em que sequer conseguem identificar o dilema ético, pois, ao fazerem algo errado, não conseguem perceber na hora, chamados de pontos cegos éticos e tratados com normalidade, como algo banal¹⁷⁹.

Mauro *et al.* explicam, então, o que seria o estado de dissonância cognitiva, que é o desconforto cognitivo causado quando a ação é distinta da crença. Assim, como as pessoas têm a necessidade humana de buscar coerência entre a ação e a crença, optam por resolver o desconforto criando justificativas, ou seja, racionalizando a atitude antiética. Portanto, os mecanismos de racionalização são manobras psicológicas que têm a função de dissolver esse conflito e proteger a autoimagem para as próprias pessoas. O resultado é que esse recurso é usado com frequência para justificar os pequenos desvios sem que os indivíduos se sintam incomodados. Não por acaso, em muitos estudos comportamentais, as pessoas costumam se beneficiar, mas só um pouquinho¹⁸⁰.

Com efeito, o ser humano possui diferentes tipos de processos de racionalização e de desengajamento moral, os quais são expostos no quadro-resumo (Quadro 2) a seguir:

Quadro 2 – Tipos de processos de racionalização e de desengajamento moral

Mecanismo	Definição	Pensamento ilustrativo
Justificação Moral	Justificar comportamento desonesto com base em algum propósito anterior.	Ex.: “Faço o que for necessário para defender os interesses da empresa”.
Linguagem eufemística	Encobrir um ato imoral com linguagem eufemística, muitas vezes metafórica.	Ex.: “Precisamos resolver o problema”; “Então vou te pagar um cafezinho”.
Comparação vantajosa	Comparar um ato desonesto com outro ainda pior.	Ex.: “Menti um pouco na minha declaração de IRPF, mas isso não é nada perto dos políticos que roubam milhões”.
Deslocamento de responsabilidade	Atribuir a responsabilidade a pessoas de hierarquia superior.	Ex.: “Só estou seguindo ordens”.
Difusão da responsabilidade	Distribuir a responsabilidade por cada membro do grupo.	Ex.: “Fui fazendo desta forma e ninguém me interrompeu”.
Desvalorização ou distorção das consequências	Minimizar as consequências dos atos desonestos.	Ex.: “Que mal faz ter pego R\$ 100? Essa empresa fatura milhões”.
Culpabilização da vítima	Atribuir a culpa às vítimas.	Ex.: “Se ele não me tratasse da forma que me tratou, isto não aconteceria”.
Altruísmo a favor dos outros	Argumentar que o ato desonesto vai beneficiar também outras pessoas.	Ex.: “Só estou mostrando as fragilidades do sistema para que eles possam ajustar”; “É tudo para dar melhores condições à minha família”.
Licença moral	Dar para si mesmo uma licença para cometer um ato desonesto em razão de ter feito ações corretas e pró-sociais recentemente.	Ex.: “Eu sempre cumpro as minhas responsabilidades, mereço tirar algum tipo de benefício próprio”.

Fonte: Mauro *et al.*¹⁸¹.

¹⁷⁹ MAURO *et al.*, 2021, posição 346.

¹⁸⁰ *Ibid.*, posição 353.

¹⁸¹ Retirada do Livro de Carlos Mauro *et al.* e aquela criada pelos autores com base em artigo seminal do psicólogo social Albert Bandura, com a adição do ponto da licença moral (*Ibid.*, posição 389-414).

Também se deve evidenciar, aqui, outros achados da economia comportamental em relação ao comportamento humano. O primeiro ponto ainda a se destacar é relativo ao fato de que a forma com que o deslize ocorre, como já visto, pode fazer toda diferença para o ser humano, já que há uma tendência de racionalizar comportamentos. Assim, ganhar um presente é bem mais fácil do que ganhar dinheiro vivo. Isso porque o dinheiro em espécie provoca um alerta moral. Logo, a distância psicológica com que se percebe um mesmo valor em dinheiro, do mais abstrato (*tokens*, presentes, *bitcoins*, transferência bancária) ao mais concreto, pode fazer toda a diferença do ponto de vista comportamental¹⁸².

Ademais, já foi visto que os seres humanos decidem por meio de conjuntos de atalhos mentais, as heurísticas, como se fossem regras inconscientes para a resolução de questões complexas rapidamente, para facilitarem e simplificarem o processo de tomada de decisão. Assim, a falta de atenção pode ser um problema porque as decisões que são tomadas com menor grau de consciência e atenção tendem a aumentar a chance de desonestidade¹⁸³.

Outro ponto já evidenciado pela economia comportamental é o de que é preciso maior autocontrole para agir de forma honesta do que de forma desonesta.

Além disso, os seres humanos possuem seus pontos cegos éticos, os quais sequer dão chance para a racionalização do comportamento, visto que as pessoas não os percebem como deslizos: 1) são criados pelos vieses, que distorcem a realidade para torná-la mais conveniente, denominados de “*self-serving biases*”, por meio do qual as pessoas tendem a se achar mais imparciais do que são de fato; 2) dificuldade maior de perceber mudanças graduais do que as realizadas de forma abrupta, fenômeno chamado de “ladeira escorregadia”; 3) incapacidade de entender a força das tentações no momento em que elas ocorrem. Assim, os dois “eus” (um que deveria ser e o outro que quer ser) agem de forma distinta. O eu que deveria ser é acionado quando pensa nas situações hipotéticas e costuma acreditar que resistiria às tentações, enquanto o outro eu é aquele que comanda o indivíduo no momento da ação e é impulsivo, imediatista e pode ser desonesto¹⁸⁴.

Voltando aos equívocos, deve-se ressaltar que um terceiro equívoco em relação ao comportamento desonesto é o de acreditar que “quanto mais controle, melhor”¹⁸⁵.

As medidas duras dos programas tradicionais de *compliance* servem mais aos poucos e, assim, pode-se acabar criando medidas duras o suficiente para afetar negativamente quem

¹⁸² MAURO *et al.*, 2021, posição 424.

¹⁸³ MAURO *et al.*, *loc. cit.*

¹⁸⁴ MAURO *et al.*, *loc. cit.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, posição 468.

já seguiria as regras, mas não duras o suficiente para dissuadir quem pretende quebrá-las. Portanto, o excesso de controle pode resultar no aumento da possibilidade dos muitos agirem desonestamente, uma vez que o sistema de controle pode diminuir a motivação intrínseca das pessoas de agirem de forma honesta já existente antes do sistema de controle.

Esse fenômeno é chamado de *crowding-out*, que é uma consequência negativa da intervenção, ou seja, quando se insere incentivos extrínsecos para motivar as pessoas a agirem de forma ética (controle maior), pode-se retirar parte da motivação intrínseca que as pessoas tinham naturalmente¹⁸⁶.

Isso porque, os incentivos acabam por precificar uma coisa que não deveria ser e que se faria por princípios éticos; assim, em razão disso, as pessoas intrinsecamente motivadas acabam percebendo tais questões éticas como se fossem econômicas e apenas de ponderação de prós e contras. Ou seja, o que antes se fazia porque era o correto a ser feito; agora se passa a ser feito na medida em que seja o mais vantajoso. Além disso, estudos indicam que sob controle fraco as pessoas trapaceiam mais que sob controle nenhum¹⁸⁷.

Nesse sentido, conclui-se que a ausência de controles que funciona para muitos dá espaço para que poucos se aproveitem dessa brecha para cometer desvios impunemente e ainda que a presença de controle em excesso funciona para dissuadir poucos a cometerem desvios, mas que têm efeito colateral porque diminui a motivação de muitos. Em síntese, pode-se dizer que existem três equívocos sobre comportamento desonesto (Quadro 3).

Quadro 3 – Resumo com equívocos sobre desonestidade

1º equívoco	O crime compensa
2º equívoco	O problema são as maçãs podres
3º equívoco	Quanto mais controle, melhor

Fonte: elaborado pela autora.

E qual seria a solução para criar um sistema de integridade que seja efetivo para todos, isto é, tanto para poucos quanto para muitos? A solução sustentada pelos autores é realizar uma abordagem pluralista e criar mecanismos de controle que não se pareçam com mecanismos de controle para os muitos. Assim, a abordagem pluralista de promoção de integridade deve tomar cuidado com a aplicação das medidas tradicionais e aplicar os resultados das pesquisas das ciências comportamentais para os muitos¹⁸⁸.

¹⁸⁶ MAURO *et al.*, 2021, posição 485.

¹⁸⁷ *Ibid.*, posição 497.

¹⁸⁸ *Ibid.*, posição 515.

Em resumo, os autores destacam que, em uma abordagem pluralista, o profissional de *compliance* deve levar em conta:

1. O grau de motivação intrínseca para agir eticamente. Ou seja, que os poucos têm baixa motivação intrínseca, enquanto os muitos possuem alta motivação intrínseca;
2. As razões para agir de forma desonesta. Dessa forma, os autores sustentam que os poucos realizam cálculos de prós e contras e têm uma decisão econômica e não de princípios. Já os muitos possuem mecanismos de racionalização quando percebem o dilema ético e racionalizam, mas têm pontos cegos éticos quando utilizam processos automáticos ou não percebem o dilema ético.
3. A atenção das políticas tradicionais de integridade, devendo-se levar em conta que os poucos possuem uma alta atenção às políticas tradicionais, enquanto os muitos possuem baixa atenção a tais políticas.
4. A efetividade de políticas tradicionais de integridade. Portanto, para os poucos a efetividade de políticas tradicionais pode ser alta, mas requer investimento, constância e adaptação permanente dos incentivos, como, por exemplo, com controle, recompensas e punições. Já para os muitos, deve-se levar em consideração que as políticas de integridade tradicionais podem ter baixa efetividade, uma vez que os mecanismos de controle podem criar um ambiente de desconfiança e diminuir a motivação intrínseca dos muitos, além de permitir mais oportunidades para a racionalização.
5. As medidas que funcionam. Para os poucos, as medidas que funcionam são as tradicionais, como controle, fiscalização e punição. Já para os muitos, as medidas que funcionam são: antecipação das racionalizações mais comum; diminuição das ambiguidades; técnicas de *debiasing* e *nudges*, tais como lembretes e compromissos¹⁸⁹.

Sobre as técnicas de *debiasing*, importa esclarecer que, segundo Baruch Fischhoff, podem ter duas abordagens, quais sejam: modificar o tomador de decisão ou modificar o ambiente ou o contexto em que o indivíduo toma a decisão¹⁹⁰. E entre as técnicas para modificar o tomador de decisão encontram-se: educar; criar estratégias para vencer barreiras cognitivas e substituir por uma equação.

¹⁸⁹ MAURO *et al.*, 2021, posição 523-535.

¹⁹⁰ FISCHHOFF, Baruch. *Debiasing*. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (ed.). *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 422-444.

Sobre a modificação do ambiente ou do contexto, encontra-se uma preocupação com os incentivos; a modificação do ambiente usando os princípios psicológicos (arquitetura de escolhas); e exame de como as organizações podem alterar o ambiente de trabalho por meio de reparos cognitivos¹⁹¹.

Quanto à solução para os programas de integridade, os autores destacam que nem sempre os manuais e mesmo os estudos científicos disponíveis conseguirão dar a resposta correta do que deve ser feito e de como deve ser implementado o programa de integridade. Porém, o que os profissionais devem passar a fazer é agir como cientistas comportamentais¹⁹². Assim, antes da fase de testes, deve-se perseguir um método e destacam seis fases que devem ser perseguidas: definição do desafio; diagnóstico dos gargalos comportamentais; mapeamento dos fatores cognitivos e comportamentais; desenho das intervenções comportamentais; testes e interações; e escalada dos resultados¹⁹³.

É importante lembrar que o caminho a ser perseguido é a busca por controles fortes o suficiente para dissuadir os poucos, mas com os cuidados necessários para não desmotivar os muitos. Ressaltam, portanto, Mauro *et al.* que, para uma cultura de integridade, é importante conhecer a cultura da organização; destacar a influência do comportamento do líder; ter um Código de Ética prático e útil para o dia a dia das pessoas; oferecer capacitações menos filosóficas e mais práticas; e ter a percepção do que os outros estão fazendo é importante¹⁹⁴.

3.7 Aplicação da economia comportamental no âmbito estatal

A aplicação da economia comportamental por empresas é comum e vem sendo utilizada em larga escala como forma de comercializar produtos de forma mais assertiva ou de conseguir maior adesão aos seus serviços.

Da mesma forma, vem crescendo a aplicação da economia comportamental no âmbito estatal. Desde a criação pelo Reino Unido, em 2010, da primeira unidade governamental voltada para a aplicação de *insights* comportamentais, que é o *Behavioural Insights Team* (BIT), a utilização da economia comportamental vem aumentando para a melhor formulação de políticas públicas.

¹⁹¹ SOLL, Jack B.; MILKMAN, Katherine L.; PAYNE, John W. A user's guide to debiasing. In: KEREN, Gideon; WU, George (ed.). *The Wiley Blackwell handbook of judgment and decision making*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2015. p. 924-951.

¹⁹² MAURO *et al.*, 2021, posição 702.

¹⁹³ *Ibid.*, posição 890.

¹⁹⁴ *Ibid.*, posição 980-1490.

Após 11 anos da criação da unidade britânica pioneira, tanto o estudo da economia comportamental quanto as unidades governamentais criadas para aplicá-la à formulação de políticas públicas proliferaram em todo o mundo. Em 2019, por exemplo, o Banco Mundial destacou os 10 países que implantaram suas unidades: Austrália, Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Holanda, Peru, Cingapura, EUA e Reino Unido¹⁹⁵.

Vários organismos internacionais incorporaram em suas rotinas a análise dos aspectos comportamentais para buscar maior efetividade das políticas públicas, tendo sido listado também por Relatório do Banco Mundial cerca de 17 instituições, entre elas: o próprio Banco Mundial¹⁹⁶; a Organização das Nações Unidas¹⁹⁷; a União Europeia¹⁹⁸ e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico^{199,200}, entre outras.

O Brasil também possui algumas iniciativas de aplicação de *insights* comportamentais na formulação de políticas públicas. No âmbito federal, pode-se citar a discussão da Medida Provisória n. 676, de 17 de junho de 2015, convertida na Lei n. 13.183, de 4 de novembro de 2015, que incluiu o art. 29-C no texto da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991²⁰¹, promovendo mudanças nos planos de benefícios da Previdência Social, mediante aprovação de emenda em

¹⁹⁵ AFIF, Zeina *et al.* *Behavioral science around the world: profiles of 10 countries*. Washington, DC: World Bank Group, 2019. p. 6-7. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/710771543609067500/>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁹⁶ MANNING, Lauren *et al.* *Behavioral Science Around the World: Volume II: Profiles of 17 International Organizations*. Washington, DC: World Bank Group, 2020. p. 190. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/453911601273837739/pdf/Behavioral-Science-Around-the-World-Volume-Two-Profiles-of-17-International-Organizations.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

¹⁹⁷ SHANKAR, Maya; FOSTER, Lori. *Behavioural insights at the United Nations: achieving Agenda 2030*. New York: United Nations, 2016. p. 5-13. Disponível em: <https://www.undp.org/publications/behavioural-insights-united-nations-achieving-agenda-2030>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁹⁸ LOURENÇO, Joana Sousa *et al.* *Behavioural insights applied to policy: European Report 2016*. Luxembourg: European Union, 2016. p. 6-7. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/eb1f5ea2-d3ae-11e5-a4b5-01aa75ed71a1/language-en>. Acesso em: 24 set. 2023.

¹⁹⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Behavioural insights and new approaches to policy design: the views from the field: summary of an international seminar*. Paris: OECD, 2015. p. 15-20. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-summary-report-2015.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

²⁰⁰ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*. Paris: OECD, 2017. p. 13-14. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en. Acesso em: 24 set. 2023.

²⁰¹ “Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for: I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos” (BRASIL. *Lei nº 13.183, de 4 de novembro de 2015*. Altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, [...]. Brasília: Presidência da República, 2015. art. 29-C. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13183.htm. Acesso em: 10 set. 2023).

que se utiliza uma opção pré-selecionada (padrão ou *default*) referente à incidência do fator previdenciário no cálculo de determinadas aposentadorias²⁰².

Ainda em âmbito federal, cumpre destacar que foi criada em 19 de setembro de 2023 pelo Governo Federal a Coordenação de Ciências Comportamentais em Governo (CINCO), a fim de “[...] ajudar formuladores de políticas públicas a encontrar soluções inovadoras para os desafios, utilizando as lentes das ciências comportamentais”²⁰³.

Além disso, a ENAP vem promovendo não apenas cursos voltados para a área, como também vem aplicando *insights* comportamentais no seu dia a dia, como se percebe de Relatório do GNOVA – Laboratório de Inovação em Governo, tendo, inclusive, criado sua ferramenta para aplicar *insights* comportamentais e expandir o conhecimento na área²⁰⁴.

No âmbito municipal, também tem havido iniciativas congêneres, como a criação de equipe especializada no município de São Paulo, que por meio do Laboratório de Inovação da Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia – o (011).lab – vem aplicando os *insights* das ciências comportamentais, sobretudo visando ao aumento da arrecadação tributária²⁰⁵.

E, no mesmo sentido, o município do Rio de Janeiro, por intermédio da Fundação João Goulart, criou a unidade NudgeRio e também experimentou a aplicação de *insights* comportamentais na formulação de políticas públicas municipais voltadas à educação, visando a aumentar o número de matrículas *online* nas escolas municipais para não sobrecarregar o atendimento presencial; à saúde, a fim de obter maior adesão dos pacientes ao tratamento completo da tuberculose; e à arrecadação de tributos, cuja finalidade precípua é reduzir a inadimplência do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)²⁰⁶.

Pode-se dizer que são diversos os âmbitos de aplicação e os exemplos atuais da economia comportamental às políticas públicas, podendo ser citados alguns exemplos clássicos a seguir destacados: na área da educação; da arrecadação e da saúde.

²⁰² MENEGUIN; ÁVILA, 2015, p. 218.

²⁰³ BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. *CINCO – Ciências Comportamentais em Governo*. Brasília: Portal Gov.br, 2023a. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco>. Acesso em: 19 set. 2023.

²⁰⁴ CAMPOS FILHO, Antonio Claret; SIGORA, João; BONDUKI, Manuel. *Ciências comportamentais e políticas públicas: o uso do SIMPLES MENTE em projetos de inovação*. Brasília: Enap, 2020. p. 38. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5219>. Acesso em: 24 set. 2023.

²⁰⁵ SÃO PAULO (Cidade). Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia. *Como incentivar escolhas através da comunicação com a população?* São Paulo: Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia, out. 2020. p. 8-14. Disponível em: [https://assets.website-files.com/5e1cc24cda2c730499aca440/601d5b87da5ac4c6075f1c0a_%2314%20GUIA%20Nudge%20DIGITAL_acessivel%20\(2\).pdf](https://assets.website-files.com/5e1cc24cda2c730499aca440/601d5b87da5ac4c6075f1c0a_%2314%20GUIA%20Nudge%20DIGITAL_acessivel%20(2).pdf). Acesso em: 26 set. 2023.

²⁰⁶ ANDRADE, Otavio Morato de. NudgeRio: um caso de aplicação de ciência comportamental às políticas públicas. *Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 111-124, jan./jun. 2019. p. 118-120. DOI: <https://doi.org/10.12957/cdf.2019.52711>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/download/52711/34314>. Acesso em: 26 set. 2023.

a) Educação

No campo da educação, costuma-se perceber a existência de uma alta taxa de evasão escolar em alguns países em razão do viés do presente, por meio do qual os benefícios de longo prazo são descartados. Assim, há uma ineficiência da política tradicional de comunicação, que, usualmente, limita-se a informar que a educação é um bom investimento e traz bons resultados futuros, o que não proporciona maior engajamento dos alunos²⁰⁷.

Dessa forma, *insights* comportamentais podem fazer a diferença na taxa de evasão escolar como, por exemplo, estudos que indicam que mensagens periódicas da escola aos pais, ainda que não atinentes ao conteúdo de desempenho dos filhos, levam estes a acompanharem mais a rotina escolar dos filhos, sugerindo um aumento da sua frequência escolar e melhores notas²⁰⁸.

b) Arrecadação

Em 2015, o município do Rio de Janeiro mudou a abordagem da carta de cobrança remetida aos contribuintes que estavam em débito com o IPTU. Ao invés de enviar-lhes uma carta padrão, foram elaborados quatro novos modelos baseados em *nudges*, cujos enfoques variavam desde um reforço positivo, como, por exemplo, o bom cidadão paga o imposto, até um tom ameaçador, que expunha as consequências advindas da inscrição em dívida ativa. A estratégia da carta foi bem-sucedida e ampliou em 200% a arrecadação do tributo em atraso no ano. Em outro projeto, o modelo de carta mais bem sucedido foi 60% mais efetivo do que a carta padrão para evitar a inscrição do contribuinte na dívida ativa municipal²⁰⁹.

Em 2016, o Reino Unido realizou um estudo que abrangeu 200 mil pessoas e que concluiu que o pagamento de dívidas atrasadas é maior quando as mensagens enviadas aos devedores contêm *nudges* relativos a normas sociais, informando-os de que não fazem parte da maioria das pessoas daquela comunidade, haja vista que a maioria cumpre suas obrigações a tempo e modo²¹⁰.

A cidade de São Paulo também aderiu às cartas direcionadas e elaborou cinco modelos a serem encaminhados aos contribuintes em débito, desde a simplificada até as baseadas em norma social, na escolha deliberada, na saliência das consequências e na ilustração visual.

²⁰⁷ MENEGUIN; ÁVILA, 2015, p. 210-211.

²⁰⁸ LICHAND, Guilherme; SERDEIRA, Amiris de Paula; RIZARDI, Bruno. *Insights comportamentais para o diagnóstico e desenho de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2022. p. 120. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/7205>. Acesso em: 30 mar. 2023.

²⁰⁹ LIMA, Luís. O que o Nobel de Economia ensina à prefeitura do Rio de Janeiro. *Época*, São Paulo, 9 out. 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/10/o-que-o-nobel-de-economia-ensina-prefeitura-do-rio-de-janeiro.html>. Acesso em: 24 set. 2023.

²¹⁰ SÃO PAULO (Cidade), 2020, p. 11.

O melhor resultado foi o aumento de 8,4% da arrecadação do IPTU pelo modelo de saliência das consequências em comparação ao modelo original²¹¹.

c) Saúde

A doação de órgãos é um caso clássico de aplicação da economia comportamental, porque se percebeu que a norma padrão e a inércia das pessoas possuem forte impacto em algumas políticas públicas e que o grande empecilho para o aumento das doações de órgãos era justamente a necessidade de consentimento dos familiares das pessoas falecidas.

Muitos países europeus adotaram a versão do consentimento implícito, segundo o qual a opção-padrão (*default*) é favorável à doação de órgãos, o que aumentou significativamente o número de participantes desta política pública. Comparando, portanto, dois países próximos como a Áustria (99% são doadores) e a Alemanha (12% são doadores), percebe-se um claro impacto entre as opções-padrão adotadas por aquela, que é ser doador de órgãos, e por esta, cuja opção-padrão é não ser doador de órgãos²¹².

3.8 O paternalismo libertário e as críticas à economia comportamental

No que concerne ao campo de estudo da economia comportamental, também há que se afirmar que são realizadas críticas e que estas também devem servir de alertas a serem orientadores da atuação estatal. Enquanto a economia tradicional costuma ter uma visão antipaternalista, porque, supondo que haja acesso razoável a informações relevantes, entende que cabe aos indivíduos a escolha das opções que mais promovam o próprio bem-estar²¹³, a economia comportamental, ao tempo que traz o conceito de racionalidade limitada, que permite pensar que os atores governamentais também enfrentam os mesmos problemas cognitivos ou motivacionais que as demais pessoas, conduzindo possivelmente a uma conclusão antipaternalista²¹⁴, traz um novo conceito: o de “paternalismo libertário”²¹⁵.

Embora o Estado também possua indivíduos com racionalidade limitada no comando das políticas públicas, poderia se fazer escolhas em nome do bem-estar do cidadão. Assim, partindo do conceito de paternalismo, chega ao conceito que o autoriza a realizar estas intervenções: o paternalismo libertário.

²¹¹ SÃO PAULO (Cidade), 2020, p. 14.

²¹² THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 219.

²¹³ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1541.

²¹⁴ JOLLS; SUNSTEIN; THALER, *loc. cit.*

²¹⁵ THALER; SUNSTEIN, *op. cit.*, posição 9.

O pressuposto do paternalismo é realizar a intervenção na liberdade de um indivíduo com o objetivo de promover o próprio bem-estar, tanto na esfera privada quanto na pública, incluindo iniciativas legais²¹⁶.

Vários exemplos de paternalismo legal podem ser listados, tais como: a) a restrição à capacidade legal de menores; b) o uso obrigatório de cinto de segurança ao dirigir ou mesmo equipamentos de segurança para trabalhar em ambientes de alto risco; c) a proibição do uso de certas drogas; d) a exclusão do consentimento da vítima como defesa em certas infrações penais; e) a inalienabilidade de liberdades básicas; f) a obrigatoriedade da previdência social; g) a obrigatoriedade do ensino fundamental; e h) “impostos sobre o pecado”, sobre o tabaco e outros produtos, dentre outros²¹⁷.

Dessa forma, apesar de o objetivo do paternalismo ser o bem-estar do indivíduo, o debate que se constrói ao seu redor tem como principal objeção sua afronta à autonomia e à liberdade das pessoas²¹⁸.

Daí advém o conflito entre bem-estar e autodeterminação, que resvala também no conflito entre consequencialismo e deontologia, pois ao tempo que a deontologia prestigia a liberdade e a autonomia sobre a promoção do bem-estar, o consequencialismo enxerga a liberdade como uma ferramenta para alcançar o bem-estar²¹⁹.

Assim, quem costuma reclamar do paternalismo acredita que os seres humanos não fazem escolhas ruins e entendem que, ainda que não façam escolhas excelentes, fazem escolhas melhores do que o governo, entendendo, por consequência, que as pessoas deveriam ser livres para escolher²²⁰.

No entanto, os defensores do paternalismo libertário entendem que seus opositores partem de um pressuposto falso e de duas ideias equivocadas, quais sejam: do pressuposto falso de que as pessoas quase sempre fazem as melhores escolhas para si próprias e das ideias equivocadas de que é possível não influenciar as escolhas das pessoas e de que a influência envolve sempre coação. Portanto, de acordo com a ideia do “paternalismo libertário” nem sempre as pessoas tomam decisões em seu benefício e até agradecem se têm um “empurrãozinho” para tomar uma decisão que mais lhe beneficie²²¹.

²¹⁶ ZAMIR; TEICHMAN, 2018, p. 165.

²¹⁷ ZAMIR; TEICHMAN, *loc. cit.*

²¹⁸ ZAMIR; TEICHMAN, *loc. cit.*

²¹⁹ *Ibid.*, p. 166.

²²⁰ THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 14-15.

²²¹ *Ibid.*, posição 15-17.

Além disso, Thaler e Sunstein entendem que o termo paternalista foi adotado porque se refere ao fato de que os arquitetos de escolha possuem “[...] legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor”²²² (e mais, acreditam que não só é legítima a influência, como não existe escolha neutra). E é libertário porque seria um tipo de paternalismo considerado não intrusivo, uma vez que as escolhas não são bloqueadas aos decisores.

Ainda se deve alertar que, como a ideia do *nudge* é ser uma solução não custosa e pouco intrusiva ao cidadão, esta também deveria ter baixo impacto de implementação pelo regulado, sob pena de aumentar demasiadamente os custos de transação e ser encarada como uma efetiva punição, um “*big stick*”²²³.

²²² THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 17.

²²³ BALERONI, Mariana Rodrigues Cyrino. *Nudge para alguns e big stick para outros*. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.). *Direito regulatório comportamental e consequencialismo: nudges e pragmatismo em temas de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 356-357.

4 REFLEXÕES SOBRE A ATIVIDADE REGULATÓRIA DO ESTADO

Os excessos de intervenção estatal por meio da regulação têm sido repensados desde a década de setenta, quando o mundo entrou em profunda crise e o modelo *keynesiano* foi incapaz de dar respostas à altura da crise. Contudo, embora o excesso de intervenção possa ser um considerado um peso social, parte-se do pressuposto de que não se pode prescindir totalmente da intervenção estatal, devendo-se, sim, repensá-la de forma a garantir mais transparência e incentivos adequados orientados para a produção de resultados²²⁴.

Assim, diante de falhas na prestação de serviços públicos considerados essenciais, costuma-se cobrar de forma recorrente uma atuação estatal punitiva para os causadores da falha por meio de multas, as quais, além de demorarem para serem quitadas pelos agentes econômicos envolvidos, não necessariamente corrigem a falha na prestação do serviço.

Urge, portanto, repensar a forma de intervenção estatal e, em especial, refletir sobre a efetividade da ação do Estado diante de uma falha na prestação do serviço público.

Dessa forma, como poderia o poder público agir para assegurar que os prestadores de serviços públicos se sintam incentivados a corrigir as falhas na prestação dos serviços e garantam um atendimento de qualidade à população? Seria com uma atuação imediata repressiva? Ou outros incentivos e abordagens seriam mais eficientes do ponto de vista de resultado para o bem-estar social?

Entende-se que, ao tempo que o Estado deve tomar medidas que combatam a má prestação do serviço, a punição imediata do prestador nem sempre se mostra como uma resposta eficiente de solução da falha nem para a garantia da qualidade do serviço a ser entregue à população. Por isso, diante da necessidade de aprimorar a intervenção estatal, o Estado deve buscar novas formas de intervenção como forma de incentivar a sociedade à conformidade com o padrão de conduta desejado, permitindo uma efetividade e eficiência das regulações adotadas, cabendo à administração pública considerar as medidas menos intrusivas de intervenção uma forma de regulação mais adequada, tais como a regulação responsiva, a *soft regulation* e a aplicação de *insights* da economia comportamental.

Nessa esteira, também se deve utilizar importantes instrumentos para a melhoria da intervenção estatal para que haja uma proporcionalidade desta intervenção, podendo-se pensar em alternativas, tais como o aprimoramento da legística; a análise de impacto regulatório; as avaliações *ex post*; utilização de *sunset clauses* e *sandbox* regulatórios.

²²⁴ FREIRE, 2008, p. 22-23.

As “*sunset clauses*” podem ser definidas como um método estatutário para forçar os legisladores a determinar periodicamente se um programa vai ou não continuar. Assim, tais cláusulas de caducidade podem ser aplicadas ao inteiro teor de uma lei ou a disposições determinadas, e costumam ter presentes, em regra, dois requisitos: caráter temporário, salvo se houver razões substanciais para que haja sua prorrogação e avaliação *ex post*, para verificar se o objetivo foi alcançado²²⁵. Ou seja, uma regulação temporária, de cunho experimental, com o objetivo de, durante determinado tempo, comparar os resultados anteriores com os resultados posteriores à política proposta na legislação²²⁶.

Já os “*sandboxes* regulatórios” se tratam de incentivos regulatórios como medida de fomento à inovação, por meio de isenções normativo-regulatórias temporárias²²⁷. Assim, possuem como objetivo testar projetos inovadores com clientes reais, sujeitos a requisitos regulatórios customizados mais brandos que os já estabelecidos para o mercado em geral, técnica recentemente utilizada no mercado financeiro²²⁸.

Além disso, com o objetivo de buscar a melhoria da intervenção estatal e de superar o debate entre intervir ou não na economia, pode-se entender tanto a regulação responsiva como a economia comportamental também como alternativas para o Estado estimular os regulados a atingirem os objetivos desejados na busca de alcançar o maior interesse público.

4.1 O estudo da legística e a regulamentação da análise de impacto regulatório

Uma forma de se alcançar a melhoria da qualidade regulatória é o estudo da legística. Isso porque, com o processo legislativo, também é possível incentivar comportamentos no sentido de se alcançar o maior bem-estar para a sociedade; devendo-se lembrar de que a lei incentiva comportamentos mesmo quando não possui a ameaça de sanção²²⁹.

²²⁵ RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional sunsets and experimental legislation: a comparative perspective*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014. p. 32.

²²⁶ MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Testar é melhor que remediar: regulação, experimentos e comportamento. *JOTA*, [São Paulo], 21 fev. 2020c. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/testar-e-melhor-que-remediar-regulacao-experimentos-e-comportamento-21022020>. Acesso em: 5 abr. 2023.

²²⁷ VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. *Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. p. 128. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27348>. Acesso em: 6 abr. 2023.

²²⁸ BRASIL. Banco Central do Brasil. *Sandbox regulatório*. Brasília: Banco Central do Brasil, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/startuppoint/pt-br/legado/programas/sandbox-regulatorio>. Acesso em: 6 abr. 2023.

²²⁹ TABAK, Benjamin Miranda. *A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, out. 2014. (Texto para

Dessa forma, entende-se que a reflexão sobre a atividade legislativa é de fundamental importância para o Estado democrático de direito, visto que são norteadoras e disciplinadoras das relações sociais e, portanto, a prudência no ato de legislar contribui para uma melhoria no bem-estar social²³⁰. Nessa esteira, a legística, precisamente a material, traz ferramentas importantes para a tomada de decisão legislativa: a avaliação de impacto legislativo (AIL) ou a avaliação de impacto regulatório (AIR).

Os países integrantes da OCDE, juntamente com a Comissão Europeia, implementaram o Programa denominado “*Better Regulation*”, por meio do qual se objetiva que as ações da União Europeia sejam baseadas em evidências; haja uma simplificação da legislação; melhor compreensão do impacto social das legislações, para tornar as leis da União Europeia mais simples e melhores e envolver os cidadãos e empresas no processo de tomada de decisão²³¹. Assim, tem-se como instrumentos para legislar melhor: a avaliação de impacto; a consulta pública às partes interessadas e a avaliação *ex post* da legislação²³².

Segundo Morais, a legística durante algum tempo teve um sentido mais restrito do que o que deveria, correspondendo apenas ao conjunto de diretrizes com a finalidade de aperfeiçoar a redação dos atos legislativos. Contudo, com o tempo, passou a incluir outras ferramentas que garantissem a melhoria da qualidade dos atos legislativos, abrangendo não apenas o conteúdo textual da norma, mas também seu objeto prescritivo²³³.

Assim, a legística passou, desde os anos 90, a dispor de um sentido mais amplo, abarcando o que se chama de legística material, formal e organizativa.

A legística material constitui-se de um “[...] sistema de acção integrado por um conjunto de métodos e técnicas de gestão do conteúdo normativo” e que tem por objetivo “[...] assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe

Discussão, n. 157), p. 11. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td157>. Acesso em: 13 jun. 2023.

²³⁰ SOARES, Fabiana de Menezes; MAGALHÃES, Paula Gomes de. Guias da OCDE: por que falar em governança legislativo-regulatória? *JOTA*, [São Paulo], 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/guias-da-ocde-por-que-falar-em-governanca-legislativo-regulatoria-03082020>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²³¹ COMISSÃO EUROPEIA. *Legislar melhor: porquê e como: objetivos do programa Legislar Melhor*. [Bruxelas]: Comissão Europeia, c2023. Disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_pt#objetivos-do-programa-legislar-melhor. Acesso em: 2 maio 2023.

²³² PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA. Acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia sobre legislar melhor. *Jornal Oficial da União Europeia*, Luxembourg, ano 59, L 123, p. 1-20, 12 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL>. Acesso em: 21 abr. 2023.

²³³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007. p. 209-210.

permitam preencher adequadamente e com eficiência os objectivos operacionais que presidiram sua aprovação²³⁴.

Já a legística formal refere-se à comunicação legislativa com técnicas para melhorar e aperfeiçoar a compreensão da norma legal vigente, referindo-se a técnicas de redação, sistematização do texto, clareza e compreensão e ainda abarcando a política pública de simplificação legislativa²³⁵.

E a legística organizativa, que se trata do modelo adotado de organização funcional dos órgãos responsáveis pela gestão da qualidade e eficiência da lei, previsto no sistema político de governo de cada país²³⁶.

Nesse contexto, tendo em vista que a avaliação de impacto legislativo se refere à análise que precede o próprio ato de legislar, esta se encontra no âmbito da legística material, ou seja, na fase de iniciativa das leis, compondo a análise acerca da decisão de legislar ou do impulso legislativo²³⁷.

Moraes entende que a “concepção” da lei em sentido lato abrange, no plano metodológico e técnico, todos os estágios da fase de iniciativa legislativa, que são: a impulsão, a elaboração normativa, o controle endoprocudimental, as consultas, a redação final e a formalização *stricto sensu* do diploma. Dessa forma, o controle endoprocudimental pode ser integrado pela avaliação prévia de impacto²³⁸. Trata-se, assim, de ferramenta que antecipa efeitos do ato legislativo (avaliação prévia de impacto [API]) ou de suas consequências com vistas a informar o decisor se os objetivos foram alcançados (análise sucessiva). Já a “concepção” da lei em sentido estrito seria o mesmo que a própria decisão de legislar²³⁹.

Os principais objetivos de uma avaliação prévia de impacto são: indicação de vantagens e desvantagens da intervenção legislativa; cálculo de probabilidade de sucesso da intervenção e antevisão dos potenciais riscos, desequilíbrios na distribuição social dos custos e benefícios, insuficiências administrativas na execução legal; resistências à introdução de encargos administrativos e efeitos colaterais não desejados²⁴⁰.

Fica evidente que existe uma série de vantagens e desvantagens na adoção da avaliação prévia de impacto legislativo e, certamente, em termos gerais, sua adoção supera as

²³⁴ MORAIS, 2007, p. 211.

²³⁵ *Ibid.*, p. 211-212.

²³⁶ MORAIS, *loc. cit.*

²³⁷ A decisão de legislar seria o ato prévio e inicial de vontade no sentido de colocar em movimento um processo legiferante e já a decisão legislativa é entendida como produto final com a lei (*Ibid.*, p. 294).

²³⁸ *Ibid.*, p. 290.

²³⁹ *Ibid.*, p. 343.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 344.

desvantagens e mitiga riscos de uma proposição legislativa ineficiente e ineficaz, o que denota importante instrumento para a decisão de legislar²⁴¹.

Ademais, como contra-argumentos às desvantagens, deve-se enfatizar, entre outras questões, que: a avaliação não usurpa a decisão política, mas sim a auxilia; não substitui a legitimidade democrática, porque não é vinculativa, mas informativa; permite uma desaceleração legislativa, já que é contra a cultura da “urgência permanente”; pode indicar a poupança de recursos públicos; a simplificação do processo legislativo atual deve pretender recair sobre os trâmites inúteis, e não sobre a avaliação prévia de impacto, que se mostra uma fase da garantia de qualidade da legislação²⁴².

Como explica Morais, a avaliação prévia de impacto é uma ferramenta nascida nos anos 70 e 80, utilizada por governos conservadores e liberais no contexto das políticas de desregulação e de contenção de despesas públicas, mas que, no presente, já se tornou um método de boa gestão legislativa aplicável a qualquer Estado baseado em um regime econômico de mercado²⁴³.

Pode-se entender, assim, a avaliação prévia de impacto não como seu resultado, que é um relatório final, mas como um processo, já que comporta diversas fases encadeadas, tais como: identificação do problema, determinação dos objetivos da política pública; consultas públicas e privadas; identificação das opções alternativas; análise de cada uma das opções relevantes à luz da análise de custo-benefício; análise distributiva de impacto e análise de risco; análise da repercussão administrativa e dos encargos de natureza administrativa; outras análises de repercussão normativa de caráter especial; comparação entre as alternativas, enunciação da opção preferida e proposta de objetivos operacionais²⁴⁴.

Trindade dá conta de que, além de o próprio termo *legística* ser pouco difundido no Brasil, sendo mais conhecido como “técnica legislativa”²⁴⁵, o avanço é mais presente na *legística* formal, que é a prática em si do ato de legislar, do que no seu estudo teórico, já que existe um atraso nos estudos acadêmicos desta área²⁴⁶.

²⁴¹ MORAIS, 2007, p. 348.

²⁴² *Ibid.*, p. 351.

²⁴³ *Ibid.*, p. 361.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 392.

²⁴⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O Estado atual da *legística* formal no Brasil. In: WORKSHOP REGRAS COMUNS DE LEGÍSTICA NOS ESTADOS E REGIÕES LUSÓFONAS, 2017, Lisboa. *Anais* [...]. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017. p. 1. Disponível em: <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/02/brasil.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 2.

Isso porque, no Brasil, o Decreto n. 9.191, de 1º de novembro de 2017, veio para estabelecer “[...] as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”²⁴⁷.

Assim, embora o Brasil esteja mais avançado na legística formal, tendo em vista que a referida lei complementar e os sucessivos decretos que regulamentaram deram maior solidez quanto às formalidades dos atos normativos emitidos pelo presidente da República, essa não é uma verdade quanto à legística material, que se encontra ainda em fase de consolidação.

A legística formal pôde, portanto, ser desenvolvida na prática em virtude da lei complementar, sendo o maior gargalo do país a legística material, já que inexistia ainda a avaliação prévia de impacto legislativo e, até pouco tempo, a avaliação de impacto regulatório era realizada apenas pelas agências reguladoras e tinha um cunho facultativo²⁴⁸.

Importante é destacar o papel da análise de impacto regulatório, tendo em vista seu caráter complementar à análise de impacto legislativo. No Brasil, desde 2007, já era orientação do Poder Executivo federal, por meio de seu programa denominado “PRO-REG”, que as agências reguladoras realizassem a análise de impacto regulatório, o que foi realizado por meio da publicação de Guia da Casa Civil da Presidência da República²⁴⁹.

Em 2019, por meio da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019²⁵⁰, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, a análise de impacto regulatório passou a ser prevista quando da edição e alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos (art. 5º).

²⁴⁷ BRASIL. *Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017*. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm. Acesso em: 16 set. 2023. *Vide também*: BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília: Presidência da República, [2001]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95_compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

²⁴⁸ CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 4.

²⁴⁹ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Agências Reguladoras Federais. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, jun. 2018. p. 11-18. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/@download/file. Acesso em: 13 abr. 2023.

²⁵⁰ “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de **análise de impacto regulatório**, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser

E, conforme previsto na referida lei, a AIR foi regulamentada por meio de um Decreto para estipular a data de início da obrigação (art. 24)²⁵¹, que é o Decreto n. 10.411, de 30 de junho de 2020, que, além de prever os requisitos de sua aplicação, prevê ainda as hipóteses em que esta análise é obrigatória²⁵².

Importante é frisar que, com base em boas práticas internacionais, mesmo antes da expedição dos normativos citados, a análise de impacto regulatório já era realizada pelas agências reguladoras do Brasil, as quais possuíam como orientador um Guia expedido pela Casa Civil da Presidência da República Federativa do Brasil, o documento *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório*, publicado em junho de 2018 e, posteriormente, atualizado em 2021²⁵³.

No referido Guia, a regulação responsiva também era citada como meta a ser almejada pela administração pública federal no Brasil, já que era descrita como estratégia a aplicação de abordagem mais restritiva e punitiva apenas aos atores que realmente se recusassem a cooperar ou se ajustassem ao comportamento desejado.

O Guia ainda cita o diamante regulatório²⁵⁴, que se trata de versão aperfeiçoada da proposta de Ayres e Braithwaite, proposta por Koileb em 2015.

dispensada” (BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 16 set. 2023).

²⁵¹ “Art. 24. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produz efeitos em: I - 15 de abril de 2021, para: a) o Ministério da Economia; b) as agências reguladoras de que trata a Lei nº 13.848, de 2019; e c) o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetro; e II - 14 de outubro de 2021, para os demais órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional” (BRASIL. *Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020*. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020b. art. 24º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 3 maio 2023).

²⁵² “Art. 1º Este Decreto regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. § 1º O disposto neste Decreto se aplica aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências. § 2º O disposto neste Decreto aplica-se às propostas de atos normativos formuladas por colegiados por meio do órgão ou da entidade encarregado de lhe prestar apoio administrativo. § 3º O disposto neste Decreto não se aplica às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional” (*Ibid.*, art. 1º).

²⁵³ BRASIL, 2021, p. 33-34.

²⁵⁴ BRASIL, *loc. cit.*

Ainda indica a regulação responsiva como uma prática a ser buscada no contexto das possíveis alternativas de ação e é, nesta parte do Relatório da AIR, que deveria indicar a opção de nada fazer ou manter a situação atual, bem como as alternativas normativas e as alternativas não normativas²⁵⁵.

Como alternativas de ação não normativa, são citadas, conforme classificação da OCDE de 2013, a autorregulação, a corregulação, os incentivos econômicos, a informação e a educação²⁵⁶.

4.2 A jurimetria

A jurimetria é a intersecção de dois conhecimentos, o jurídico e o estatístico²⁵⁷. Para Nunes²⁵⁸, a jurimetria possui três pilares: o jurídico, o estatístico e o computacional. Assim, a estatística permite o estudo do comportamento coletivo dos sujeitos de direito. Isso significa, segundo o autor, conseguir enxergar os padrões das decisões em âmbito coletivo, ou seja, ainda que os indivíduos tenham razões íntimas para sua tomada de decisão, o comportamento conjunto manifesta-se por padrões regulares que respondem a causas coletivas. Portanto, aduz que a estatística é a metodologia adequada para descrever o comportamento humano e avaliar os incentivos gerados por meio das políticas públicas²⁵⁹.

Pode-se definir a jurimetria como “[...] a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica”²⁶⁰, objetivando compreender como as normas funcionam na prática, pois, ainda que diante de um

²⁵⁵ BRASIL, 2021, p. 44.

²⁵⁶ “Autorregulação: ocorre quando um grupo organizado regula o comportamento de seus membros. A elaboração e monitoramento, pelo próprio setor, das normas, ações ou códigos que disciplinam suas atividades aumentam a aceitação dessas normas e faz com que os atores se sintam mais responsáveis pelo seu cumprimento. Corregulação: ou regulação compartilhada, 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. Incentivos Econômicos: são instrumentos que buscam alterar o comportamento dos agentes por meio de incentivos econômicos. Em geral, por meio da alteração de preços ou custos relativos de produtos, insumos, tecnologias, serviços. Informação e Educação: são instrumentos que se apoiam na divulgação de informações e de educação, seja para corrigir a assimetria de informação entre os agentes, seja para melhorar seu conhecimento sobre algum fator relacionado ao problema” (*Ibid.*, p. 33).

²⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Os usos da jurimetria. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, [São Paulo], v. 17, n. 63, p. 193-200, jan./mar. 2014. p. 193.

²⁵⁸ NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 111.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 114.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 115.

estudo de normas em abstrato, passa por uma concretização da norma geral que precisa se situar em um local e em um período de tempo específicos²⁶¹.

Nunes alerta ainda para o fato de que, embora o Direito tradicional tente nos levar a crer que as normas compõem um sistema jurídico coerente, capaz de corrigir lacunas e superar suas antinomias, a realidade é que as regras e critérios de interpretação não são suficientes para acabar com as incertezas jurídicas geradas pela profusão de normas de um dado ordenamento jurídico²⁶².

Nesse sentido, a norma é analisada sob o ponto de vista do incentivo que gera no comportamento dos indivíduos. Contudo, tem uma metodologia empírica eminentemente observacional (e não experimental), já que a realização de experimentos sociais é limitada por questões éticas, legais e orçamentárias²⁶³.

A jurimetria fornece elementos para que os tomadores de decisão sejam mais conscientes de suas escolhas, a partir da análise do efeito que as normas trazem no comportamento coletivo em uma dada ordem jurídica. Dessa forma, a jurimetria mostra-se como mais uma ferramenta importante para a análise e aprimoramento de uma dada ordem jurídica.

4.3 Críticas ao consequencialismo decisório

Importante é destacar, contudo, que, assim como o modelo de regulação responsiva e o campo de estudo da economia comportamental, teoria do consequencialismo não é unânime nem imune a críticas. Dessa forma, existe um debate quer seja de contorno ético e quer seja em relação ao subjetivismo que pode gerar.

Quanto às consequências das decisões, a LINDB dispôs que devam ser indicadas de modo expreso as consequências jurídicas e administrativas da decisão, quer se trate das esferas de controle, judicial ou administrativa.

Apesar de acertadamente a LINDB ter incorporado em seu texto que as decisões devem considerar suas consequências práticas, devendo as esferas administrativa, controladora ou judicial indicar de modo expreso as consequências jurídicas e

²⁶¹ NUNES, 2019, p. 119.

²⁶² *Ibid.*, p. 121.

²⁶³ *Ibid.*, p. 123.

administrativas da decisão, os valores jurídicos abstratos não foram e não devem ser descartados em detrimento das consequências das decisões²⁶⁴.

Convém, portanto, alertar para o fato de que, embora seja necessário realizar análise das consequências da decisão, ainda há a necessidade da fundamentação jurídica se valer dos aspectos principiológicos e finalísticos para decidir.

Assim, fica o alerta de que, embora necessário para o direito avançar em técnicas e ferramentas que estimem as consequências das decisões, é necessário também que haja cautela no que se refere à análise de consequências, pois, além de difíceis de serem mensuradas, a estimativa de consequências pode ser realizada sem rigor científico e com base em modelos econômicos abstratos e idealizados sem correspondência com os fatos concretos, razão pela qual a utilização cega da análise de consequências pode também levar ao subjetivismo das discussões, assim como a adesão cega aos valores jurídicos abstratos²⁶⁵.

Sundfeld chama a atenção para o fato de que a LINDB não determinou que houvesse o desprezo às regras jurídicas em detrimento das consequências, mas sim que as decisões fossem construídas a partir da análise dos princípios abertos. Ou seja, que a adequação das decisões deveria abranger, segundo o autor, mais que uma mera compatibilidade do seu conteúdo com os valores jurídicos que deseja proteger, devendo ser testadas as consequências prováveis do ato decisório²⁶⁶.

Além disso, Sundfeld aponta dados de uma pesquisa que indica que a maioria dos brasileiros possui a tendência de decidir mais com base na intencionalidade do que nas consequências, o que repercute na maneira como os gestores, controladores e juízes enxergam o dispositivo da LINDB de forma geral no Brasil, ou seja, são pouco afeitos a realizar uma análise consequencialista²⁶⁷.

²⁶⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (BRASIL, 1942, arts. 20 e 21).

²⁶⁵ FRAZÃO, Ana. A importância da análise das consequências para a regulação jurídica. *JOTA*, [São Paulo], 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>. Acesso em: 31 ago. 2023.

²⁶⁶ SUDNFELD, Carlos Ari. Consequências importam? *JOTA*, [São Paulo], 18 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/consequencias-importam-18042023>. Acesso em: 19 set. 2023.

²⁶⁷ SUDNFELD, *loc. cit.*

Daniel Wang²⁶⁸ alerta que nem “consequenciachismo”²⁶⁹ nem “principiachismo”²⁷⁰ são a melhor escolha para o Estado democrático de direito. Acredita, assim, que o Judiciário deveria reconhecer a complexidade e fazer deferência ao Executivo e Legislativo, por razões de legitimidade democrática e maior capacidade institucional em realizar a análise de consequências.

Fernando Leal, por sua vez, põe fim ao dilema: o conflito entre princípios e consequências é meramente aparente. Em primeiro lugar, porque considera que a análise de princípios requer a análise de consequências, e vice-versa. Em segundo lugar, porque ambas as análises não reduzem as incertezas da decisão, pois, assim como na análise de princípios, a análise de consequências exige: um critério de valoração das consequências que seja conhecido; um critério que seja operacionalizável e estável ao longo do tempo e ainda uma metodologia capaz de justificar a priorização de um critério frente a outro. Dessa forma, sustenta que esses não são problemas distintos do trabalho realizado com os princípios jurídicos. Em terceiro lugar, porque as decisões sobre o futuro possuem uma assimetria de informação e se sujeitam à incerteza entre o futuro imaginado e o que vai vir a ser o futuro de fato. Em quarto lugar, entende que a deferência não é uma saída, já que invoca outro tipo de questionamento (quem deve decidir) e é distinta da pergunta que vem sendo discutida (como decidir)²⁷¹.

4.4 A alternativa da regulação responsiva comportamental

Considerando que tanto a regulação responsiva quanto a economia comportamental também podem ser considerados “desenhos regulatórios” com vistas a atuar de forma menos intrusiva no domínio econômico, pretende-se, aqui, enumerar as principais divergências, compatibilidades e complementariedades das abordagens da regulação responsiva e da economia comportamental.

²⁶⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. *JOTA*, [São Paulo], 20 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 23 set. 2023.

²⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Época*, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 23 set. 2023.

²⁷⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. *Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 2018, n. 413, 16 set. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 23 set. 2023.

²⁷¹ LEAL, Fernando. Consequencialismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *JOTA*, [São Paulo], 1º out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>. Acesso em: 23 set. 2023.

Apesar de ambas as vertentes terem influenciado fortemente movimentos de pesquisa e mesmo inspirado reguladores e formuladores de políticas públicas, estas pouco foram estudadas de forma conjunta.

Entende-se, contudo, que adaptar a regulação responsiva com as ferramentas trazidas pela economia comportamental pode trazer contributos importantes para uma atuação estatal menos intrusiva no âmbito econômico, além de mais humana e aderente à realidade e, portanto, devem ser consideradas pelos reguladores como uma forma de aumentar a acurácia de suas análises.

Barak-Corren e Kariv-Teitelbaum destacam que, apesar de as teorias estarem se desenvolvendo em rotas distintas e raramente terem se cruzado, as diferenças de metodologias de pesquisa não levam à conclusão de que estas têm pouco a ganhar com essa interação e sustentam que tais diferenças tornam-se, ao contrário, recursos valiosos para o aperfeiçoamento de ambas e para a criação de uma nova abordagem, a qual denominam de regulação responsiva comportamental²⁷².

Como já visto, enquanto a teoria da regulação responsiva originou-se com Ian Ayres e John Braithwaite, como forma de superar o debate entre a regulação e a desregulação, existente na década de 1980, época em que se tinha a liderança de Ronald Reagan e Margareth Thatcher, a economia comportamental surge nas décadas de 1970/1980 com Daniel Kahneman e Amos Tversky, a partir do questionamento quanto à visão da economia clássica de que os agentes são racionais, a qual chega à conclusão de que as pessoas afastam-se de forma sistemática do comportamento padrão esperado no modelo econômico clássico²⁷³.

Nesse sentido, para iniciar, pretende-se destacar os pontos em comum entre a regulação responsiva e a economia comportamental em relação à regulação e elaboração de políticas públicas. O primeiro ponto que se deve destacar é o de que ambas as teorias partem de uma avaliação empírica como forma de aperfeiçoarem sua visão sobre os agentes. Enquanto a regulação responsiva parte de pesquisa de campo de Braithwaite de que os agentes não são apenas maximizadores de valor, mas também são preocupados com o que é certo e, por isso, devem ter tratamento diferenciado na escala de persuasão/coerção (quando cooperativos ou não), a economia comportamental também se baseia em experimentos controlados randomizados como forma de aprender como as pessoas tomam decisões. Assim,

²⁷² BARAK-CORREN, Netta; KARIV-TEITELBAUM, Yael. Behavioral responsive regulation: bringing together responsive regulation and behavioral public policy. *Regulation & Governance*, [Hoboken, NJ], v. 15, n. S1, p. S163-S182, Nov. 2021. p. S168. DOI: <https://doi.org/10.1111/rego.12429>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/rego.12429>. Acesso em: 6 abr. 2023.

²⁷³ *Ibid.*, p. S166.

pode-se dizer que ambas as teorias baseiam-se em evidências para promover a resolução de problemas²⁷⁴.

Além disso, pode-se dizer que ambas enxergam que a atuação do regulador deve se dar a partir da diferença de motivação dos regulados e de seus comportamentos individuais. Enquanto a regulação responsiva recomenda que o bom comportamento de regulados cooperativos seja recompensado com mais liberdade, a economia comportamental propõe que todos sejam encorajados a cumprir as normas por meio de *nudges*, ou seja, possuam uma orientação estatal, mas que mantenham sua autonomia e liberdade de escolha²⁷⁵.

Quanto à unidade de análise das teorias, há que se destacar que enquanto a regulação responsiva atém-se às organizações, a economia comportamental concentra-se nos comportamentos individuais, o que, em parte, pode ser explicado pela origem das teorias – enquanto a regulação responsiva foi a partir de pesquisas sociológicas de corporações (empresas farmacêuticas e de mineração de carvão e asilos); a economia comportamental surge com base em pesquisas psicológicas de indivíduos²⁷⁶.

Com relação ao comportamento e atitudes dos regulados também há diferenças que poderiam levar a crer em uma incompatibilidade total entre as teorias. Isto porque, enquanto a regulação responsiva, que parte da teoria dos jogos, assume que os decisores regulados são racionais; a economia comportamental sustenta que a racionalidade, a força de vontade e o interesse próprio são limitados. Contudo, Barak-Corren e Kariv-Teitelbaum afirmam que o reconhecimento pela regulação responsiva de que os regulados possuem têm “eus diferentes”, que prevalecem em contextos distintos, encaixa-se com a teoria econômica comportamental²⁷⁷.

Isso se coaduna com a recomendação extremamente necessária de que a economia comportamental poderia dar à regulação responsiva quanto aos conceitos utilizados pela regulação responsiva, a qual destaca a diferença de tratamento quanto aos agentes racionais e virtuosos. Conforme já amplamente destacado, a economia comportamental demonstra que tais conceitos não são próximos da realidade, já que a maioria das pessoas não faz cálculos de custo/benefício para descumprir um normativo (racionais). E ainda seria necessário também estar atento à estrutura geral da pirâmide regulatória da regulação responsiva²⁷⁸.

²⁷⁴ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S164-S166.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. S166.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. S168.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. S165.

²⁷⁸ MAURO, Carlos *et al.* Para além da pirâmide: regulação responsiva e comportamento humano. *JOTA*, [São Paulo], 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-alem-da-piramide-regulacao-responsiva-e-comportamento-humano-07022020>. Acesso em: 23 mar. 2023.

Assim, como as pessoas costumam agir para depois justificar suas atitudes, deve-se separar a tomada de decisão em dois momentos fundamentais: o momento específico da tomada de decisão do momento de justificação (racionalização) da decisão tomada e de sua concretização. Já que, no primeiro momento, costuma-se pensar de modo rápido, automático e inconsciente; enquanto no segundo, age-se de forma lenta, consciente e deliberativa²⁷⁹.

É de fundamental importância dar atenção aos aspectos comportamentais dos tomadores de decisão para que a regulação responsiva torne-se mais realista, razão pela qual, entende-se que, neste ponto, a regulação responsiva apesar de afastar-se da economia comportamental, pode buscar contribuições no sentido de aperfeiçoar o modelo regulatório responsivo, pois apesar de útil tratar decisores como virtuosos ou racionais, a classificação não é realista e pode afastar os reguladores de tomar medidas simples e efetivas²⁸⁰.

Outra diferença é na metodologia. Enquanto a regulação responsiva pode aumentar testes empíricos para orientar sua atuação, a economia comportamental pode explorar mais a relação entre regulador/regulado²⁸¹.

Esta diferença justifica a recomendação de atenção quanto à estrutura da pirâmide regulatória proposta pela regulação responsiva, pois, como destacado por Barak-Corren e Kariv-Teitelbaum há ainda poucas evidências de que a escalada gradual da regulação responsiva realmente funcione para aumentar a conformidade e cooperação dos regulados²⁸².

Assim, há que se destacar que, na pirâmide proposta pela regulação responsiva, em que são previstas as medidas consideradas intermediárias, no meio da pirâmide e que nem são tão rígidas nem são tão fracas, à luz da economia comportamental, estas medidas não seriam sustentáveis. Isso se deve ao fato de que a maior parte das pessoas ser cumpridora das regras estabelecidas, mesmo sem risco de serem pegos ou com qualquer previsão de punição e que o descumprimento de regras ser maior em um sistema com controle fraco – punições e fiscalização fracas – do que em um contexto sem punição e fiscalização. Dessa forma, para a economia comportamental, seria importante inserir no cálculo decisório os custos psicológicos de se descumprir regras, pois tal descumprimento dói no bolso, na reputação e na autoimagem que as pessoas têm de si²⁸³.

²⁷⁹ MAURO *et al.*, 2020, *online*.

²⁸⁰ MAURO *et al.*, *loc. cit.*

²⁸¹ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S170.

²⁸² BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, *loc. cit.*

²⁸³ MAURO *et al.*, *op. cit.*, *online*.

Deve-se ressaltar que, à luz da economia comportamental, implementar controles fracos pode gerar o que é denominado de “desvanecimento ético”, já que sistemas fracos geram mais descumprimento do que sistemas sem punições. Portanto, sustenta-se que, em substituição ao modelo regulatório proposto em formato de uma pirâmide, talvez fosse interessante sair do sistema sem controle diretamente para o sistema com controle forte – o que geraria mais um sistema na forma de um T e não uma pirâmide²⁸⁴.

Por outro lado, deve-se destacar que a economia comportamental também tem a acrescentar em sua metodologia as ferramentas da regulação responsiva, pois esta possui uma estrutura mais ampla para construir uma relação de longo prazo entre regulador/regulado, com interações repetidas, baseadas em “*tit-for-tat*” e reciprocidade²⁸⁵.

Ainda com relação às divergências, percebe-se que, enquanto a economia comportamental prega uma intervenção baseada no paternalismo libertário, sem a perda de liberdade de escolha dos indivíduos, a regulação responsiva cria diversos caminhos que, em caso de não cooperação dos regulados, podem levar à intervenção estatal e à perda da liberdade de escolha²⁸⁶.

Além disso, a regulação responsiva preocupa-se com a aplicação de sanções quando o regulado não cumpre com o que foi estabelecido, enquanto a economia comportamental preocupa-se apenas em incentivar os regulados a cumprirem regras. Concluindo-se daqui a importante contribuição da regulação responsiva à economia comportamental²⁸⁷.

Assim, em recente publicação, Barak-Corren e Kariv-Teitelbaum sugerem que haja uma fusão entre as teorias, a denominando de regulação responsiva comportamental, a qual consiste em integrar a caixa de ferramentas hierárquica da regulação responsiva à caixa de ferramentas não hierárquica da economia comportamental para produzir uma pirâmide regulatória aprimorada em duas etapas. Primeiro, as ferramentas comportamentais deveriam formar uma nova camada básica na base da pirâmide e, na segunda etapa, deveriam ser usados *insights* comportamentais em cada camada subsequente da pirâmide (Figura 7)²⁸⁸.

²⁸⁴ MAURO *et al.*, 2020, *online*.

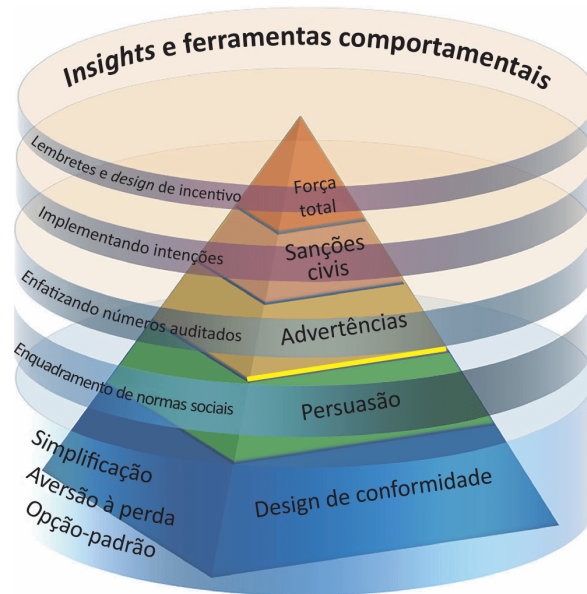
²⁸⁵ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S171.

²⁸⁶ FARIAS, Maria Clara Cunha. O combate à sonegação do ICMS à luz da economia comportamental e da regulação responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [Brasília], v. 6, n. 2, p. 96-128, out. 2020. p. 124. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/30220/>. Acesso em: 24 out. 2023.

²⁸⁷ FARIAS, 2020, p. 124.

²⁸⁸ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S172-S173.

Figura 7 – *Insights* e ferramentas comportamentais na regulação responsiva



Fonte: Barak-Corren e Kariv-Teitelbaum²⁸⁹.

Dessa forma, os autores dão como exemplo a carta clássica que os administradores tributários costumam enviar aos contribuintes para se lembrar de suas obrigações de pagar os tributos, assim como as cartas de advertência para quem não os pagou, as quais, além de estarem dentro da atuação responsiva, em recentes pesquisas da economia comportamental, descobriu-se que a forma de redação de tais cartas possui importante impacto na arrecadação voluntária de tributos pela administração, o que ilustra o potencial da abordagem conjunta das teorias²⁹⁰.

Como exemplo de instituição que aplicara a regulação responsiva comportamental, pode-se citar o caso da *Australian Tax Office* (ATO), que, em 2016, após vários anos de experiências com a aplicação de regulação responsiva (desde 1998) e *insights* comportamentais, formou uma equipe de profissionais interna que conduz experimentos comportamentais e faz publicações²⁹¹.

No Quadro 4, a seguir, buscou-se resumir as principais características das teorias como forma de sintetizar o que foi exposto no presente trabalho.

²⁸⁹ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S173.

²⁹⁰ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S174.

²⁹¹ BARAK-CORREN; KARIV-TEITELBAUM, 2021, p. S165.

Quadro 4 – Comparativo da teorias

Quadro-Comparativo	Regulação Responsiva	Economia Comportamental
Autores, ano e obra	John Braithwaite e Ian Ayres, 1992 – <i>Responsive regulation: transcending the deregulation debate</i>	Daniel Kahneman e Amos Tversky, 1970/1980 – heurísticas e vieses; Cass Sunstein e Richard Thaler – paternalismo libertário
Proposta	Propõe adaptar grau de coerção ao grau de conformidade, compensando os regulados cooperativos com mais liberdade.	Propõe encorajar o comportamento, com <i>nudges</i> , preservando a liberdade.
Avaliação empírica	Sim	Sim
Cooperação e troca de informação regulador/regulado	Sim	Não
Agentes	Agentes são racionais ou virtuosos.	Agentes possuem racionalidade limitada, autocontrole limitado e interesse próprio limitado.
Estrutura de intervenção	A pirâmide prevê regras pouco rígidas no meio do seu desenho.	Entende que o controle fraco gera mais descumprimento que ausência de controle.
Intervenção estatal	A teoria prevê a perda de liberdade decisória do agente se não for cooperativo	O paternalismo libertário prevê manutenção da autonomia e liberdade de escolha.
Sanções	A sanção é prevista em caso de não cooperação na pirâmide regulatória.	Não prevê, e preocupa-se em incentivar regulados a cumprir regras.
OCDE	Princípio de melhor prática em 2018	A OCDE reconhece os <i>insights</i> comportamentais como um poderoso complemento para outras abordagens políticas tradicionais em 2015/2017.

Fonte: elaborado pela autora, com base nos argumentos expostos no presente trabalho.

4.5 Ferramentas para a aplicação da economia comportamental

Deve-se ressaltar, quanto à criação de métodos de aplicação, de modelos integrativos e de ferramentas experimentais, que ideia subjacente é a simplificação das ideias dos principais achados da economia comportamental a fim de permitir que os profissionais da área possam elaborar diagnósticos dos problemas, disseminar boas práticas, transferir conhecimentos e até mesmo ajudar no processo de tomada de decisão.

Assim, entre as instituições que criaram métodos de aplicação, modelos integrativos e ferramentas experimentais, destacam-se: o *Behavioural Insights Team*, com as metodologias MindSpace e EAST; a OCDE, com a metodologia BASIC²⁹², criada em parceria com o cientista comportamental Pelle Hansen, Ph.D. na Universidade de Roskilde, Dinamarca; a ideas42, com o modelo Behavioral Design; a ENAP, com o modelo SIMPLES MENTE, criado por Antonio Claret, João Sigora e Manuel Bonduki; e a InBehaviorLab, com os e-cards de economia comportamental criados por Flávia Ávila²⁹³.

²⁹² BASIC é um acrônimo que significa *Behaviour, Analysis, Strategies, Intervention, and Change*.

²⁹³ CAMPOS FILHO; SIGORA; BONDUKI, 2020, p. 30-32.

Uma das metodologias mais bem aceitas e conhecidas é a MindSpace, cujos principais pontos são destacados a seguir, assim como o EAST, ambos desenvolvidos pelo BIT.

Com efeito, o MindSpace é um acrônimo de língua inglesa constituído pelos nove aspectos que podem interferir quando se fala em influenciar o comportamento das pessoas por intermédio de políticas públicas, quais sejam: a) Mensageiro (*Messenger*); b) Incentivos (*Incentives*); c) Normas sociais (*Norms*); d) Opção padrão (*Defaults*); e) Saliência (*Salience*); f) Primeiras impressões (*Priming*); g) Emoções (*Affect*); h) Compromissos públicos (*Commitments*); e i) Ego (*Ego*)²⁹⁴.

Igualmente, o EAST é um acrônimo em língua inglesa, complementar ao MindSpace, e que propõe quatro pilares que a formulação de políticas públicas deve observar para ser mais efetiva, a saber: a) Fácil (*Easy*); b) Atraente (*Attractive*); c) Social (*Social*); e d) Oportuna (*Timely*)²⁹⁵.

O Laboratório GNOVA, da ENAP, também criou a ferramenta SIMPLES MENTE, como forma de expandir o uso das Ciências Comportamentais no âmbito do Governo Federal.

O SIMPLES MENTE é um acrônimo em língua portuguesa que propõe 12 aspectos a serem considerados na aplicação dos *insights* da economia comportamental, quais sejam: a) Simplificação b) Incentivos; c) Mensageiro; d) *Priming*; e) Lembretes e compromissos; f) Emoção; g) Saliência; h) Modelos mentais; i) Ego; j) Normas sociais; l) Tendência pelo padrão; e m) Escassez²⁹⁶. No Quadro 5, têm-se as definições de cada um dos 12 aspectos supracitados.

Quadro 5 – Acrônimo SIMPLES MENTE

(continua)

Simplificação	Para que as pessoas façam algo que se deseja, é necessário simplificar, tornar fácil, diminuir os custos de fricção.
Incentivos	Recompensar as pessoas por certos tipos de comportamento. Deve-se levar em conta três padrões: i) aversão à perda, pois sentimos mais as perdas do que os ganhos equivalentes; ii) viés do presente, pois temos percepção distorcida dos efeitos de longo prazo das nossas escolhas; e iii) efeito <i>crowding-out</i> , pois muitas vezes agimos por motivações intrínsecas e certos incentivos podem retirar essa motivação.
Mensageiro	A pessoa que comunica a mensagem tem forte influência sobre como será recebida pelos destinatários.
<i>Priming</i>	Estímulo subliminar, por meio da motivação inconsciente por associação ou representação na memória antes de executar uma tarefa. Elementos contextuais e primeiras informações exibidas são muito relevantes.

²⁹⁴ DOLAN, Paul *et al.* *MindSpace: influencing behaviour through public policy*. London: Institute of Government, 2010. p. 18. Disponível em: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/MINDSPACE.pdf>. Acesso em: 24 set. 2023.

²⁹⁵ SERVICE, Owain *et al.* *EAST: four simple ways to apply behavioural insights*. London: The Behavioural Insights Team, 2014. p. 8. Disponível em: <https://www.bi.team/publications/east-four-simple-ways-to-apply-behavioural-insights/>. Acesso em: 24 set. 2023.

²⁹⁶ CAMPOS FILHO; SIGORA; BONDUKI, 2020, p. 39.

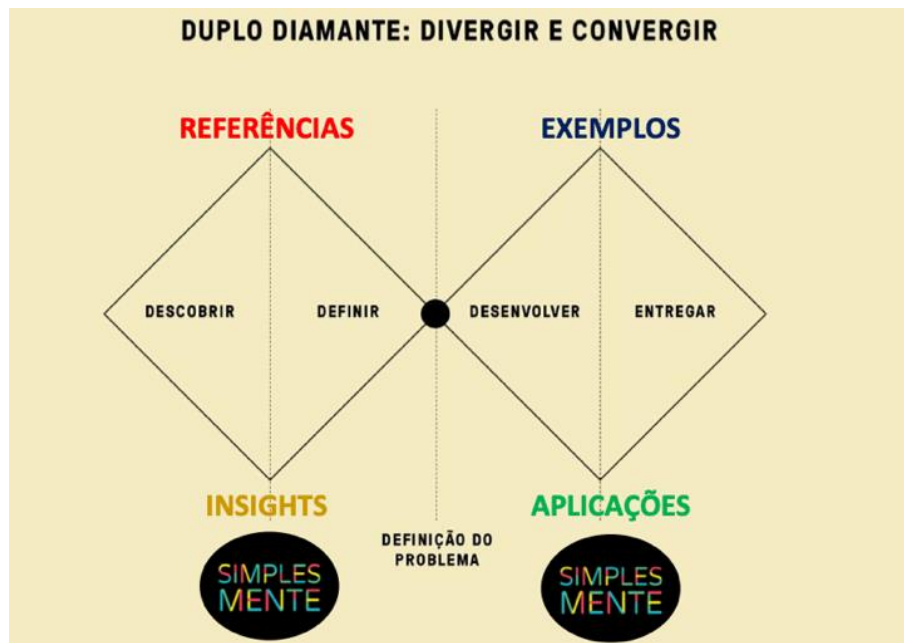
Quadro 5 – Acrônimo SIMPLES MENTE

(conclusão)

Lembretes e compromissos	O envio de mensagens e lembretes chamam a atenção para os nossos objetivos, compensando a falta de atenção e a procrastinação.
Emoção	As emoções são inerentes à tomada de decisão. Assim, deve-se considerar as emoções ao desenhar uma política pública.
Saliência	Tendo em vista a nossa atenção limitada, a saliência para aspectos relevantes é determinante para a escolha.
Modelos mentais	São constructos formados por conceitos, categorias, identidades, estereótipos, narrativas causais, visões de mundo, oriundos da cultura, experiência e formação. Atuar para mudar o modelo mental pode ser determinante em uma política pública.
Ego	As pessoas costumam agir de modo a evitar danos à sua imagem e de modo a se sentirem bem consigo mesmas, podendo ter grande relevância para a promoção de uma política de integridade e combate à corrupção, por exemplo.
Normas sociais	São regras não escritas sobre como devemos nos comportar. Os seres humanos tendem a buscar conformidade de grupo e, por isso, tais normas podem ser determinantes para mudar comportamentos.
Tendência pelo padrão	A utilização da escolha padrão ou <i>default</i> é uma das mais potentes ferramentas, já que o ser humano tem a propensão de se manter inerte (viés da inércia ou do <i>status quo</i>).
Escassez	A ideia de escassez prejudica a capacidade de ampliar o horizonte temporal de quem toma a decisão, por sobrecarga cognitiva.

Fonte: elaborado pela autora com base no Relatório do GNOVA²⁹⁷.

Ademais, o GNOVA aplica a ferramenta SIMPLES MENTE a partir da utilização do duplo diamante do *design thinking* (Figura 8), cuja premissa é o foco nas necessidades dos usuários ou, no caso do governo, dos cidadãos²⁹⁸.

Figura 8 – Duplo diamante de *design thinking*

Fonte: Campos Filho²⁹⁹.

²⁹⁷ CAMPOS FILHO; SIGORA; BONDUKI, 2020, p. 40-79.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 12-13.

Destarte, a ferramenta é usada para melhor compreender os problemas, por meio da criação de uma lista de *insights* comportamentais, que representam relações prováveis com o problema que se quer resolver, e, posteriormente, para criar suas possíveis soluções³⁰⁰. São, pois, etapas do ciclo do projeto: a) entendimento do problema; b) observação e imersão na realidade do usuário; c) ideação para definição do problema e criação de soluções; d) prototipagem para priorizar ideias e materializar soluções; e) teste para avaliar no mundo real e refinar a solução; e, por fim, f) implementação³⁰¹.

Outras ferramentas citadas pelo GNOVA para aplicar *insights* comportamentais às políticas públicas são as matrizes MAD e PRiX, combinadas com o *design* sistêmico³⁰². A matriz MAD é um acrônimo para os problemas comportamentais de motivação; autocontrole e desatenção; enquanto a matriz PRiX é um acrônimo para políticas de preços; de regulação e de informação.

No mundo real, as pessoas são influenciadas por diversos fatores na tomada de decisão, os quais compõem a matriz MAD. Portanto, uma vez compreendida essas limitações, as ferramentas tradicionais de gestão pública, que compõe a matriz PRiX (preço, regulação e informação) podem ser incrementadas com *insights* comportamentais por meio da matriz MAD³⁰³.

Ainda há que se destacar que, para a economia comportamental, é de extrema importância que haja experimentação das alternativas antes de escalá-las, por isso seria cabível incorporar testes antes de implementar as soluções para as políticas públicas.

Isso porque, a concepção e implementação de políticas públicas não devem ser realizadas apenas com base em dados teóricos de comportamento, mas sim levando em conta observações empíricas. Logo, aplicar a economia comportamental para formular políticas públicas deve ser mais um processo produtivo do que dedutivo³⁰⁴.

O relatório *Behavioural insights applied to policy*, elaborado em 2016 pela Comissão Europeia³⁰⁵, apresenta uma classificação para diferenciar as iniciativas políticas que utilizam a economia comportamental, a saber:

³⁰⁰ CAMPOS FILHO; SIGORA; BONDUKI, 2020, p. 83-96.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 115.

³⁰² LICHAND; SERDEIRA; RIZARDI, 2022, p. 11-12.

³⁰³ *Ibid.*, p. 16.

³⁰⁴ TROUSSARD, Xavier; VAN BAVEL, René. How can behavioural insights be used to improve EU Policy? *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, [Hamburg], v. 53, n. 1, p. 8-19, Jan./Feb. 2018. p. 9. Disponível em: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2018/number/1/article/how-can-behavioural-insights-be-used-to-improve-eu-policy.html>. Acesso em: 24 set. 2023.

³⁰⁵ LOURENÇO *et al.*, 2016, p. 15-16.

- a) Iniciativas testadas comportamentalmente: são as que estão sendo testadas de forma explícita ou ampliadas após um experimento *ad hoc* inicial, como, por exemplo, as estratégias de autocompromisso para enfraquecer o excesso de confiança e a miopia dos apostadores e a irresponsabilidade das apostas *online*.
- b) Iniciativas com base no comportamento: são aquelas concebidas após revisão explícita de evidências comportamentais previamente existentes, embora não tenham sido extraídas a partir de um experimento anterior específico, como é o caso da proibição de pré-marcação de opções na União Europeia.
- c) Iniciativas alinhadas com o comportamento: são aquelas em que os *insights* comportamentais podem ser identificados, ainda que em momento posterior e sem relação de dependência explícita com qualquer evidência comportamental, que venha da literatura ou de teste, como ocorre com o sistema de pontuação para carteiras de habilitação que penaliza o condutor pela prática de infração de trânsito. São iniciativas que complementam as intervenções tradicionais com um insight comportamental.

Destarte, pode-se dizer que a aplicação da economia comportamental à formulação de políticas públicas deve prestigiar as observações empíricas, que devem ser baseadas em alguns tipos de estudo, a ser escolhido com base no tema que será pesquisado e no tempo que terá disponível. Tais estudos podem ser: 1. Experimento; 2. Teste Controlado Randomizado (RCT, do inglês *randomised controlled trials*); 3. Entrevista e 4. Pesquisa Qualitativa.

Os experimentos podem ser realizados em três ambientes distintos, quais sejam: i) laboratório; ii) campo; e iii) natural. O experimento em laboratório é feito com participantes de uma pesquisa e com a manipulação de algumas variáveis em um ambiente controlado, ao passo que o experimento de campo é realizado em ambiente natural. Já o experimento natural ocorre a partir de observações, sendo um quase-experimento, sem manipulação de tratamento e alocação de participantes³⁰⁶.

A tendência atual aponta para um aumento no investimento na realização de estudos de campo, isto é, ambientados fora de um laboratório, em especial de universidades, em que começou a economia comportamental, com o fito de aumentar a amostra de participantes e a representatividade dos experimentos³⁰⁷.

³⁰⁶ SAMSON, 2015, p. 39-40.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 49.

Cabe destacar que o principal da experimentação é incorporar a abordagem do tipo “testar, aprender, adaptar e compartilhar”³⁰⁸, baseada, especialmente, em testes controlados randomizados para mitigar eventual ineficácia da política pública formulada. A ideia do grupo de controle é exatamente a de minimizar os riscos de que as mudanças de comportamento sejam por conta de fatores externos ao invés de decorrente da intervenção governamental.

Ao tempo que se deve incorporar a ideia de experimentação para a implementação de políticas públicas, deve-se também entender que é inerente a este processo o erro, de onde vem o aprendizado, e, por conseguinte, a adaptação para trilhar um novo caminho, para, posteriormente, compartilhar os achados.

Além de ser baseada em observações empíricas, é importante destacar que uma intervenção comportamental por meio de *nudges* pode ter diferentes impactos, nem sempre previsíveis, os quais podem ser positivos, negativos ou neutros, a saber: i) efeito transbordamento, que ocorre quando a mudança de um comportamento gera uma mudança em outra área; ii) efeito deslocamento, que ocorre quando a mudança de um comportamento pode deslocar o mau comportamento para outra área; iii) efeito licenciamento, que ocorre quando a mudança de comportamento nos autoriza a termos um mau comportamento posterior; e iv) efeito compensatório, que, ao contrário do efeito licenciamento, ocorre quando o *nudge* nos leva a um comportamento inadequado e nos faz querer compensar com alguma ação digna posterior³⁰⁹.

A conclusão a que se chega é a de que, para aplicar a economia comportamental, é imprescindível que os profissionais se familiarizem com o método científico, ou seja, saibam como: a) identificar um problema; b) construir uma hipótese, c) testar esta hipótese e coletar os respectivos dados; d) analisar os dados colhidos; e) obter as conclusões; e f) comunicar os resultados³¹⁰.

Nesse sentido, uma boa forma de mitigar os vieses da tomada de decisão dos agentes é incorporando os testes à fase de planejamento regulatório. Assim, os reguladores, a partir de

³⁰⁸ VAN BAVEL, René *et al.* *Applying behavioural sciences to EU Policy-making*. Luxembourg: European Union, 2013. p. 15. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bc430f3c-23d0-4441-8671-d5fc803a7cf6/language-en>. Acesso em: 24 set. 2023.

³⁰⁹ HOLLINGWORTH, Crawford; BARKER, Liz. How to apply behavioural science with success: learning from application around the world. In: SAMSON, Alain (ed.). *The Behavioral Economics Guide 2016*. London: BehavioralEconomics.com, 2016. p. 33.

³¹⁰ MARTINO, Rachele. Pesquisa no mundo real. In: KHAN, Zarak; NEWMAN, Laurel (ed.). *Construindo as ciências comportamentais nas organizações*. Tradução de Jane Henriques G. M. Gomes e Patrícia Alves Schütz. Hyattsville, MD: Action Design Press, 2021. p. 101.

um experimento, podem medir o impacto das alternativas de ação mais promissora, estabelecendo de forma mais eficaz a relação entre regulação e comportamento³¹¹.

Há que se destacar, outrossim, que a regulação responsiva também parte de premissas empíricas para a escalada das pirâmides e implementação dos constrangimentos previstos conforme comportamento dos regulados, se cooperativos ou não.

4.6 Como aplicar a economia comportamental às políticas públicas

Chega-se, aqui, à questão dos limites éticos e a adequação da aplicação da economia comportamental às regulações e políticas públicas. Sunstein e Thaler entendem que o Estado possa buscar uma atuação que leve ao bem-estar geral, apesar de dever ser uma intervenção subsidiária e proporcional, sendo, dessa forma, possível a aplicação da *nudges* a partir de uma avaliação do custo-benefício entre as alternativas passíveis de serem adotadas ou levando em consideração algumas regras: (1) escolher a abordagem que a maioria escolheria se suas escolhas explícitas fossem requeridas e reveladas, (2) selecionar a abordagem denominada de escolha ativa forçada, que força as pessoas a explicitarem suas escolhas e (3) selecionar a abordagem que minimize o número de *opt-outs*³¹²³¹³.

Além disso, de acordo com o relatório *MindSpace: influencing behaviour through public policy*, elaborado em 2010 pelo *Behavioural Insights Team*³¹⁴, do Reino Unido, a tentativa do governo de mudar o comportamento do cidadão pode ser controvertida, mas a legitimidade do Estado reside no fato de que este já existe para representar e servir as pessoas, então, deixar de fazê-lo, seria se furtar ao próprio papel original.

Assim, o relatório traz também a ideia de que haja uma permissão pública para a incorporação dos insights comportamentais às políticas públicas e alguns critérios para entender como é a controvérsia presente na mudança de comportamento que se pretende por meio de uma política pública.

³¹¹ MAURO; CASTAGNA; CABRAL, 2020c, *online*.

³¹² PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. *Nudges* como alternativa na implementação de políticas regulatórias. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.). *Direito regulatório comportamental e consequencialismo: nudges e pragmatismo em temas de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 379.

³¹³ SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *The University of Chicago Law Review*, [Chicago, IL], v. 70, n. 4, p. 1159-1202, Fall 2003. p. 34. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5228&context=uclrev>. Acesso em: 23 set. 2023.

³¹⁴ DOLAN *et al.*, 2010, p. 30.

Os critérios são: quem a política afetará; qual é o tipo de comportamento que se pretende; e como a mudança será realizada. Tais critérios podem, segundo o relatório, determinar melhor o grau de controvérsia que resultaria da política proposta e, portanto, uma melhor abordagem por parte do Estado.

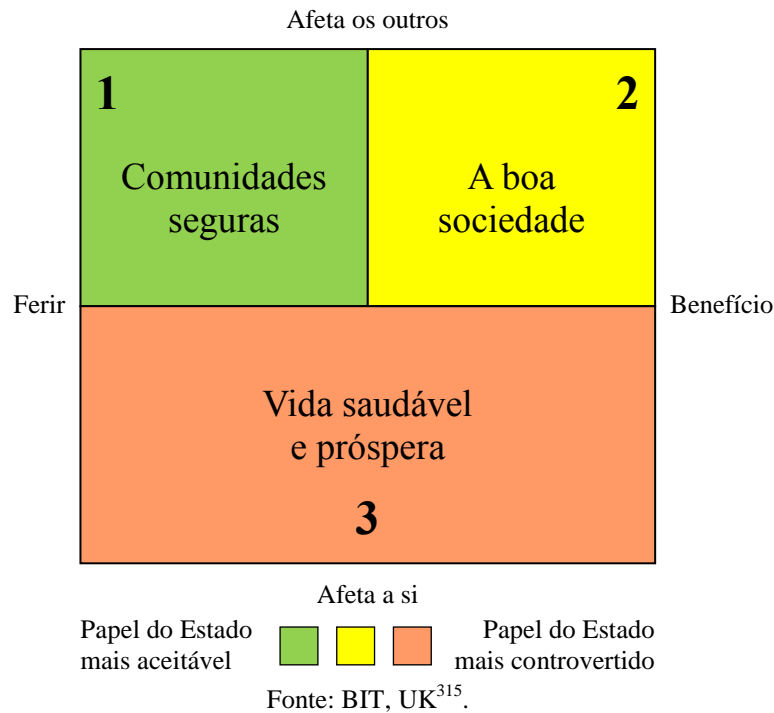
Acerca de quem a política afetará, destaca-se o pressuposto de que se aceita melhor a influência sobre alguns grupos de cidadão do que sobre outros, não se incluindo: crianças, doentes mentais e aqueles que sofrem de vícios, por falta de autonomia decisória.

Com relação ao tipo de comportamento que se pretende, avalia-se a legitimidade estatal para mudar certos comportamentos, devendo-se considerar, sobretudo: os prejuízos e benefícios para si e para os outros advindos com o comportamento que se almeja alterar; a clareza e aparente importância do objetivo, uma vez que a explicação e motivação do ato aumenta a disposição das pessoas em concordar; a disponibilidade e prestígio de evidências; e a suposição de intenções reais, pois o governo não pode agir como substituto da força de vontade.

Sobre como a mudança será realizada, é preciso levar em conta: o grau de controle consciente, pois o cidadão deve ter consciência da mudança de comportamento; o impacto na identidade pessoal, pois a mudança não pode afetar uma característica da personalidade, mas sim o comportamento indesejado; a familiaridade, pois as pessoas aceitam melhor algo que lhes é familiar; a facilidade de compreensão, pois o efeito deve ser facilmente explicável às pessoas; e a justiça percebida, isto é, as cautelas quanto a quem se destina e a natureza dos efeitos.

Entende-se, portanto, que os insights comportamentais podem ser aplicados em três áreas políticas amplas: i) comunidades mais seguras, para prevenção de crimes e redução de comportamentos antissociais; ii) boa sociedade, para promoção de comportamentos a favor do meio ambiente; do aumento de votos e do incentivo à paternidade responsável; e iii) vidas saudáveis e prósperas, para parar de fumar, reduzir a obesidade, promover finanças pessoais e encorajar a educação. Porém, avalia-se que alguns tipos de intervenção seriam mais fáceis de serem aceitas do que outras, como as relativas a crimes e à promoção de uma boa sociedade, ao passo que outras seriam mais difíceis, como as relativas à saúde e prosperidade, conforme a Figura 9, criada pelo BIT.

Figura 9 – Relatório MindSpace



Ademais, deve-se ressaltar que no relatório *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*, elaborado em 2017 pela OCDE, foram enfatizados dois mecanismos e diretrizes para lidar com questões éticas.

O primeiro deles foi empregado pelo *Australian Government Department of Human Services (DHS)* e é no sentido de que as questões éticas devem ser consideradas desde o planejamento inicial da ação, garantindo que as partes estejam completamente informadas e consigam debater as questões éticas identificadas.

Já o segundo foi utilizado pelo *Employment and Social Development Canada (ESDC)*, que constatou a existência de preocupações éticas dos funcionários do governo relacionadas à percepção de que a desigualdade de tratamento durante os testes e os testes alternativos endereçava a grandes grupos de canadenses a mensagem de que estes levavam a resultados desiguais. Destarte, o ESDC implementou esforços significativos para educar os interessados a respeito da importância de que as abordagens inovadoras sejam testadas em um pequeno grupo antes de implementá-las em larga escala, a fim de evitar a adoção de ideias ruins.

Por fim, o Laboratório GNOVA, da ENAP, pondera que as questões éticas podem aparecer, mas que a probabilidade de ocorrência de problemas éticos é menor quando a intervenção é transparente, sujeita ao debate público e possui fins legítimos.

³¹⁵ DOLAN *et al.*, 2010, p. 30.

4.7 Considerações

Com o objetivo de buscar a melhoria da intervenção estatal e de superar o debate entre intervir ou não na economia, a regulação responsiva parece ser uma das alternativas viáveis a ser considerada, ou um ponto médio entre a persuasão e punição, uma forma de o Estado estimular os regulados a atingirem os objetivos desejados, sem, contudo, fazer uso frequente das sanções para corrigir as condutas.

Diante dos conceitos sobre os agentes regulados utilizados pela regulação responsiva, questiona-se se estes seriam os referenciais mais adequados, tendo em vista que, pelas recentes descobertas da economia comportamental quanto à racionalidade humana, os seres humanos possuem uma racionalidade limitada. Assim, entende-se que há espaço para buscar uma adequação da regulação responsiva às descobertas da economia comportamental como forma de trazer maior eficiência na aplicação da regulação responsiva.

Ainda se deve ressaltar que, embora muitas vezes a regulação seja bem-intencionada e os órgãos reguladores capacitados, deve se considerar que regular não é uma tarefa fácil e podem ser geradas falhas. Assim, a atividade regulatória não se resume a criar simplesmente normas ou a escalar a pirâmide regulatória caso o regulado não esteja sendo cooperativo.

A própria atividade regulatória está sujeita a falhas, as quais acontecem porque o ser humano é falho e existem aspectos do comportamento humano que devem ser levados em conta, em especial, o de que os seres humanos tomam decisões com base em heurísticas e vieses; e não de forma racional.

A título de exemplo, muitas vezes, diante de uma falha na tomada de decisão de consumidores, o regulador opta por impor regras para a concessão de diversas informações aos consumidores como uma estratégia para mitigar a assimetria informacional. Contudo, nem sempre o problema se resolve concedendo muitas informações aos consumidores, o que, além de gerar sobrecarga para a decisão do consumidor, ainda acarreta o aumento dos custos de transação para ambas as partes³¹⁶.

Sendo assim, é importante que os reguladores estejam atentos a este comportamento irracional e leve em consideração o fato de que a atenção do ser humano e sua capacidade de processar informações são limitadas, ou seja, a saliência da informação e até a ordem que vai

³¹⁶ MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Regulação e comportamento humano. *JOTA*, [São Paulo], 10 jan. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-e-comportamento-humano-10012020>. Acesso em: 4 abr. 2023.

ser disposta a informação fazem diferença para a tomada de decisão, assim como usar uma unidade de medida mais próxima da realidade do consumidor³¹⁷.

A economia comportamental traz, portanto, novas possibilidades de atuação para o regulador, além de trazer ideias importantes acerca da experimentação antes de escalar boas ideias³¹⁸. Quando da elaboração de novas soluções que possam reparar um desacerto dos regulados, pode-se aplicar *insights* da economia comportamental por meio da ferramenta apresentada e construída pela ENAP como forma de deixar a solução mais efetiva.

Além disso, a AIR também pode ser um instrumento adequado para se passar a refletir tanto sobre aspectos da regulação responsiva como da economia comportamental, já que tem que tem por objetivo subsidiar a decisão da autoridade decisória, para que escolha, ainda que de forma não obrigatória, a melhor opção regulatória.

Segundo o Guia de AIR, três tipos de alternativas são possíveis para que o regulador escolha: 1) atos de comando e controle – criando normas, prevendo fiscalização e punição em caso de desvio da conduta esperada; 2) incentivos econômicos – que alteram a relação de custo/benefício da tomada de decisão; 3) campanhas de informação e conscientização de agentes econômicos.

Como quarta alternativa, poder-se-ia incorporar *insights* da economia comportamental como forma de colher resultados mais precisos do ponto de vista do comportamento do ser humano³¹⁹. Portanto, realizar experimentos relativos aos comportamentos dos consumidores antes de incorporar soluções regulatórias é um exemplo de melhoria que a economia comportamental pode trazer à prática regulatória.

E, embora os experimentos sejam recomendados, entende-se que nem sempre será possível realizá-los, quer seja por limitações éticas, jurídicas e logísticas à criação de um grupo de controle para realizar um *randomised controlled trials* (RTC), quer seja por outras motivações internas da administração pública.

Por outro lado, também há que se destacar que nem sempre um grupo de controle é necessário, podendo-se fazer testes a partir de programas-piloto, da expedição de uma regulação temporária (*temporary rules, sunset clauses, sunset and sunrise regulation*) ou da instituição de “*sandboxes* regulatórios”.

³¹⁷ MAURO; CASTAGNA; CABRAL, 2020b, *online*.

³¹⁸ MAURO; CASTAGNA; CABRAL, *loc. cit.*

³¹⁹ MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Ciências comportamentais aplicadas à análise de impacto regulatório. *JOTA*, [São Paulo], 24 jan. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ciencias-comportamentais-aplicadas-a-analise-de-impacto-regulatorio-air-24012020>. Acesso em: 4 abr. 2023.

Dessa forma, é necessário que os reguladores estejam atentos às recomendações da economia comportamental também em relação à incorporação deste tipo de testagem de regulações para obterem resultados mais eficazes.

Por outro lado, ainda deve-se levar em conta os alertas de Fernando Araújo quanto à teoria comportamentalista da decisão, que pode também levar a um reducionismo, no sentido de poder conduzir a: 1) um excesso de contextualização que impede as generalizações, que são muitas vezes necessárias para a propositura de normas; 2) um excesso paralisante de sofisticação analítica, multiplicando o propósito de cada caso e ainda 3) a inutilização de sanções contratuais com a sugestão de sua inaplicabilidade como incentivos³²⁰.

Nessa esteira de argumentos, percebe-se que a aplicação da economia comportamental à regulação responsiva é muito mais uma alternativa do que uma obrigatoriedade.

Por fim, pode-se perceber que é variada a forma de se alcançar uma regulação mais responsiva, podendo ser utilizadas diversas ferramentas para se alcançar uma atuação menos intrusiva do Estado, entre as quais é possível citar desde a ênfase em mais diálogo e realização de consultas públicas, para aumentar a participação dos regulados na solução dos problemas; passando pela análise de impacto regulatório no intuito de avaliar possíveis impactos das regulações propostas; pela utilização de mais tecnologia e dados, com o objetivo de analisar tendências, riscos e áreas que precisariam de intervenções regulatórias; pela regulação experimental, com vistas a elaborar regulações em caráter piloto no intuito de ajustar mais facilmente a abordagem, caso necessário; por *nudges* comportamentais, no intuito de projetar soluções que influenciem o comportamento de forma sutil e positiva; pela inovação regulatória com a criação de *sandboxes* regulatórios que permitam testar novas soluções; incentivos à auto-regulação do setor, no intuito de fazer com que os regulados implementem os próprios padrões de conformidade; incentivos econômicos para promover o cumprimento regulatório voluntário; capacitação e educação, no intuito de fazer os regulados compreenderem as regulações e incentivar a adoção de práticas mais responsáveis; monitoramento e avaliação contínuos, no intuito de estabelecer mecanismos a alcançar resultados desejados; flexibilidade regulatória, a fim de permitir adaptações em resposta a mudanças nas circunstâncias, tecnologias e práticas de mercado; até a realização de *benchmarking* internacional, com o objetivo de avaliar as abordagens bem-sucedidas em outras jurisdições para aplicá-las à realidade local.

³²⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 317.

5 POSSÍVEIS APLICAÇÕES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL À REGULAÇÃO RESPONSIVA ADOTADA PELA ANATEL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

5.1 Dados sobre as reclamações dos usuários contra as prestadoras de serviços de telecomunicações

A SENACON do Ministério da Justiça e Segurança Pública criou um *site* de resolução de conflitos, o consumidor.gov.br, no qual as empresas de telecomunicações encontram-se entre as maiores demandadas pelos consumidores, estando em segundo lugar, atrás apenas dos bancos, financeiras e administradoras de cartão.

Segundo o Boletim Consumidor.gov.br de 2022, constante da aba publicações na página da internet da SENACON, as reclamações contra as prestadoras de telecomunicações representam 17,4% das demandas presentes na plataforma; enquanto os bancos, financeiras e administradoras de cartão representam 26,4%. Verificou-se também que a taxa de resolução de conflitos das empresas de telecomunicações é de 86,8%, e o tempo médio global para a resolução de conflitos é de uma semana³²¹. Ainda conforme o referido Boletim, os assuntos mais reclamados são: telefonia móvel pós-paga (21,1%); pacote de serviços – combo (18,7%); internet fixa (16,1%); internet móvel (9,3%); e telefonia móvel pré-paga (8,9%)³²².

Em análise dos principais temas relacionados à judicialização de matérias envolvendo as empresas de telecomunicações no Brasil, realizada pelo relatório da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) e publicado pelo CNJ de 2018³²³, contata-se que o tópico mais discutido em processos consumeristas com as empresas é relativo à inclusão indevida em cadastro de inadimplentes pelas empresas, o que corresponde a 30,2% dos processos.

Em seguida, encontram-se os processos que solicitam indenização por danos morais (18,2%). A partir da terceira posição de reclamações mais comuns, evidenciaram-se os processos relativos à prestação do serviço de telecomunicações em si – cobrança indevida de ligações (11,8%); indenizações materiais (10,9%); telefonia (9,4%); assinatura básica mensal

³²¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. *Boletim Consumidor.gov.br 2022*. Brasília: Senacon, 21 mar. 2023b. p. 7. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

³²² BRASIL, 2023b, p. 12.

³²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em questões consumeristas: mapeamento e proposições*. Brasília: CNJ, 2018. p. 103. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

(7,7%); rescisão do contrato e devolução do dinheiro (5,1%); responsabilidade do fornecedor (2,2%); contrato de consumo (1,6%); e protesto indevido de título (0,8%).

De outra sorte, deve-se destacar que, atualmente, estima-se que a população brasileira seja de 203 milhões de pessoas, sendo que, com base nos dados disponíveis em painel da página na internet da Anatel de julho de 2023, a população possui 252 milhões linhas de acessos de telefonia móvel ativas; 26,3 milhões de acessos fixos; 46,6 milhões de acessos de banda larga; e 12,7 milhões de usuários de TV por assinatura. Dessa forma, os dados denotam não apenas o âmbito e a importância do setor de telecomunicações para o país, mas também que a quantidade de cidadãos abrangidos também gera, por si, um universo potencial de reclamações bem maior que em outros setores regulados. Apenas a título de exemplo, estima-se que, atualmente, há no país 190 milhões de pessoas com conta bancária, sendo que o setor de telecomunicações possui 337,6 milhões de contratos de serviços de telecomunicações (dados de julho de 2023)³²⁴.

5.2 A regulação responsiva como alternativa para a melhoria da regulação do setor de telecomunicações no país

Além de ser um setor que possui grande litigiosidade, o setor de telecomunicações possui uma das agências reguladoras do Brasil que vem adotando o modelo de regulação responsiva.

A Anatel, que é a agência reguladora destinada à regulação econômica do setor de telecomunicações no país teve aprovado seu regulamento de fiscalização regulatória, por meio da Resolução Anatel n. 746, de 22 de junho de 2021³²⁵, em que previu expressamente a priorização de uma atuação responsiva. No art. 4º, inciso IX, do referido regulamento, foi previsto que a fiscalização regulatória é o conjunto de medidas aplicáveis com a finalidade de “[...] alcançar os resultados regulatórios esperados e promover a conformidade e melhoria na prestação dos serviços de telecomunicações, bem como nos aspectos técnicos de radiodifusão”³²⁶. Já o parágrafo único do artigo 2º do mesmo normativo prevê que a fiscalização regulatória deve priorizar “[...] medidas de educação, orientação, monitoramento,

³²⁴ Dados disponíveis no Painel da Anatel em: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Painéis de dados: acessos. Brasília: Anatel, 2023b. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acessos>. Acesso em: 18 out. 2023.

³²⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021*. Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória. Brasília: Anatel, 2021b. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 10 set. 2023.

³²⁶ *Ibid.*, art. 4º, IX.

melhoria contínua, prevenção, coordenação e regularização de condutas, reparação voluntária e eficaz, transparência e cooperação”³²⁷. No art. 5º, inciso IV, do referido regulamento, encontra-se considerada ainda a premissa de atuação da Agência de “[...] forma responsiva, com a adoção de regimes proporcionais ao risco identificado e à postura dos Administrados”³²⁸.

Também há que se dar destaque à outra disposição importante do mesmo regulamento, que é a do art. 42, que trata que, a Anatel poderá adotar “[...] medidas preventivas ou reparatórias que visem a prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor”³²⁹.

Apesar de a resolução da fiscalização regulatória ter sido aprovada apenas em 2021, a Anatel já vinha atuando de forma responsiva desde 2017, quando passou a selecionar temas que eram objeto de muitas reclamações dos consumidores para serem resolvidos por meio de procedimentos de fiscalização regulatória, a fim de ter um controle mais preventivo³³⁰.

Com o objetivo de respaldar uma atuação mais preventiva da Agência, em 2013, houve a alteração do seu Regimento Interno, passando a prever, em seu art. 79³³¹, a prevenção e a correção de práticas como metas de sua atuação. A fiscalização regulatória, portanto, foi iniciada com a utilização do Índice de Desempenho no Atendimento (IDA) pela Anatel, que funcionou como uma ferramenta de *ranking* das prestadoras de serviços de telecomunicações. Assim, todas as prestadoras de serviços iniciavam com 100 pontos e perdiam os pontos à medida que descumpriam as metas de desempenho estabelecidas pela Agência³³².

³²⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil), 2021b, art. 2º, parágrafo único.

³²⁸ *Ibid.*, art. 5º, IV.

³²⁹ *Ibid.*, art. 42.

³³⁰ VERONESE, Alexandre Kehrig *et al.* *Estudo sobre mecanismos de incentivos à garantia dos direitos dos consumidores*. Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, 2020. p. 77. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4MckYbFdA4Pm9BWmDIOZUaZR2CU6ne8xT9gO2RkFz2TZKNOWcxZICX2BJ_rvRdyN_Ryae__OI-H54INpni0uh. Acesso em: 7 abr. 2023.

³³¹ “Art. 79. O Procedimento de Acompanhamento e Controle é definido como o conjunto de medidas necessárias para o acompanhamento da prestação dos serviços de telecomunicações, para a **prevenção e a correção de práticas** em desacordo com as disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos em matéria de competência da Agência. Parágrafo único. O Procedimento de Acompanhamento e Controle tem as seguintes finalidades, dentre outras: I - subsidiar a Anatel com informações relevantes para os seus processos decisórios; II - analisar o desempenho das prestadoras de serviços de telecomunicações; III - estimular a melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações visando soluções para as inconformidades detectadas; IV - atuar na busca da reparação ou minimização de eventuais danos à prestação dos serviços de telecomunicações ou aos seus usuários” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013*. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília: Anatel, [2023]. art. 79, grifo nosso. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 10 set. 2023).

³³² VERONESE *et al.*, *op. cit.*, p. 77.

O IDA foi publicado até 2019, e os fatores subtraídos nos pontos desse índice eram relacionados à reclamação, incluindo também as reclamações reabertas, respondidas em até 5 dias e respondidas no período. Dessa forma, o índice incentivava as prestadoras de serviços de telecomunicações a resolverem rapidamente as reclamações dos usuários, visto que influenciavam na sua pontuação³³³.

Embora o IDA não procurasse definir as metas conjuntamente com os regulados, característica da regulação responsiva, já era uma forma de incentivo intrínseco ao cumprimento de metas pelas prestadoras de serviços. Ainda mais porque, após sua publicação na página da internet da Anatel, o IDA pôde ser considerado como uma estratégia “*naming and shaming*”, que se trata da pressão social decorrente da divulgação da nota e ranqueamento das empresas em razão de sua nota³³⁴. Portanto, o IDA foi considerado um precursor das ações de fiscalização regulatória da agência reguladora em relação ao tratamento de reclamações dos usuários³³⁵.

Importa destacar que, para a Anatel, o objetivo da fiscalização regulatória é, assim, a implementação de um modelo baseado na priorização de medidas com foco e orientação por resultado; na atuação responsiva da agência reguladora e no incentivo ao comportamento responsivo dos entes regulados; na promoção da atuação baseada em riscos; na adoção de níveis diferenciados de aprofundamento da análise; na implantação de base de dados estruturados e na definição de indicadores que possibilitem o incremento do acompanhamento sistêmico e contínuo³³⁶.

Para tanto, a fiscalização regulatória tem, como já dito, a premissa de atuar de forma responsiva com o intuito de incentivar a adoção de medidas que objetivem prevenir e corrigir condutas que não estejam em conformidade com a regulamentação antes da adoção de medidas punitivas, permitindo ao regulado a correção de suas condutas³³⁷.

Isso porque, a Anatel viu-se obrigada a mudar a perspectiva de sua atuação ao se deparar com o volume de multas suspensas judicialmente aplicadas às prestadoras de

³³³ VERONESE *et al.*, 2020, p. 78.

³³⁴ VERONESE *et al.*, *loc. cit.*

³³⁵ VERONESE *et al.*, *loc. cit.*

³³⁶ SANTANA *et al.*, 2016, p. 21.

³³⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Análise nº 97/2018/SE/AD. Proposta de Consulta Pública do Regulamento de Fiscalização Regulatória, referente à reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações, previstos no art. 79 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. Conselheiro: Aníbal Diniz, no âmbito do Processo nº 53500.205186/2015-10. *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, 18 maio 2018. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSik5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7i2QsO25mmIEnlXXa43DYvVq79prAtR993LozrVC73dWOyvLQtHBagopxnZ1xWi6oZy_nF-J-FFF1zomA_VnUy. Acesso em: 19 out. 2023.

telecomunicações, o que reforçou a ideia de que a ênfase da Agência em medidas sancionatórias não estava sendo efetiva, já que o percentual de multas quitadas é baixo. Da mesma forma é o modelo de fiscalização e recolhimento de tributos, o qual, segundo a própria Agência, também resulta em pouca eficiência do processo³³⁸.

Pode-se dizer que a fiscalização regulatória é responsiva porque busca se afastar da lógica punitivista, a qual se baseia em meramente sancionar as condutas inadequadas das prestadoras de serviços, acompanhando os temas com a participação dos regulados e buscando uma solução menos intrusiva no mercado³³⁹.

Nesse sentido, o regulamento de fiscalização regulatória veio para consolidar a atuação da Anatel por meio da preferência de medidas preventivas ou reparatórias, sendo a aplicação de medidas sancionatórias utilizadas de forma subsidiária, conforme a pirâmide (Figura 10), a seguir, de acordo com a falta de cooperação dos regulados.



Fonte: Anatel e Moreira³⁴⁰.

A Anatel, a partir da análise do seu sistema de cadastramento de reclamações dos usuários – FOCUS (ou sistema de suporte ao atendimento ao usuário), analisou os principais

³³⁸ SANTANA *et al.*, 2016, p. 3-5.

³³⁹ VERONESE *et al.*, 2020, p. 79.

³⁴⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Análise nº 52/2021/MM. Proposta de edição de Regulamento de Fiscalização Regulatória, em atendimento ao item nº 7 da Agenda Regulatória para o biênio de 2021-2022, aprovada pela Resolução Interna nº 1, de 4 de dezembro de 2020. Conselheiro: Moisés Queiroz Moreira, no âmbito do Processo nº 53500.205186/2015-10. *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, 21 jun. 2021a. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5lpK1Q5PXOHG-wmDZMI-OcLJv8IqEb biiu9sGLaTqxWJ5OkVC1VVkFI0OrWEAq7GqAcYMI4snVMO32XHgkGmhK. Acesso em: 10 mar. 2023.

temas que tinham queixas recorrentes dos usuários, e buscou realizar a fiscalização regulatória de alguns temas. Esse acompanhamento gerou uma série de ações de iniciativa das próprias prestadoras de serviços de telecomunicações, que buscaram “consertar” ou atuar em busca de melhorar as situações-problema identificadas pela Anatel.

5.3 Os casos de fiscalização regulatória no âmbito da Anatel

Desde o ano de 2017, a Anatel registrou sete temas que foram objeto de fiscalização regulatória, quais sejam: 1) tratamento de reclamações; 2) serviços adicionais; 3) espaço reservado; 4) cancelamento; 5) transparência na oferta; 6) telemarketing; e 7) cobrança de 4G. A seguir, aborda-se sobre o que trata cada um deles³⁴¹.

Com relação ao **tratamento de reclamações**, a Anatel constatou que as taxas de reabertura de reclamações em seus canais de atendimento ao cidadão estavam elevadas, chegando a ser de 14%, ao passo que a meta era de apenas 8%. Ou seja, as reclamações que os consumidores faziam com frequência não eram solucionadas de forma satisfatória e eram reabertas em razão de os usuários não terem suas queixas resolvidas.

Assim, a Anatel apresentou seu diagnóstico às prestadoras de serviços de telecomunicações móvel e fixo, TV por assinatura e banda larga; passou a realizar reuniões periódicas para acompanhar as equipes de negócio das prestadoras; criou incentivos para que estas propusessem soluções para reduzir suas taxas de reabertura e, por fim, acompanhou o indicador de reabertura de reclamações. Como resultado, a Agência pôde perceber uma queda de 14% para 8% conforme a meta³⁴². Dessa forma, as prestadoras concentraram-se na melhoria da qualidade de respostas aos consumidores e no tratamento das reclamações.

Já com relação ao tema **serviços adicionais**, deve-se destacar que as prestadoras de serviços de telecomunicações estão autorizadas a cobrar serviços adicionais nas contas de serviços de telecomunicações dos usuários, na forma do art. 63³⁴³ do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) da Anatel. Os serviços

³⁴¹ VERONESE *et al.*, 2020, p. 77.

³⁴² *Ibid.*, p. 81-82.

³⁴³ “Art. 63. A Prestadora pode cobrar, além dos valores decorrentes da prestação dos serviços de telecomunicações, aqueles decorrentes dos serviços de valor adicionado e outras facilidades contratadas que decorram da prestação de serviços de telecomunicações” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 632, de 7 de março de 2014*. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Brasília: Anatel, [2021]. art. 63. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>. Acesso em: 10 set. 2023).

adicionais são quaisquer serviços que possam ser incluídos, com a anuência prévia e expressa do consumidor, nas contas dos serviços de telecomunicações e com os quais não se confundem, podendo ter como exemplos desde cursos *online*, passando por recebimento de horóscopos, músicas e a contratação de outros serviços de parceiros³⁴⁴.

Assim, entre 2016 e 2017, a Agência constatou que entre 88,39% e 95,57% das reclamações dos consumidores sobre serviços adicionais eram referentes à cobrança indevida de tais serviços. A partir desta verificação, a Agência junto às prestadoras conseguiu elaborar um plano de ação para implantarem um sistema de gestão de serviços de valor adicionado como forma de melhorar o controle sobre a contratação e cobrança de tais serviços pelas empresas parceiras; colocar à disposição do consumidor formas de consultar lançamentos de serviço de valor adicionado em sua futura conta e revalidar a base de consumidores de serviço de valor adicionado considerados casos críticos pela Agência³⁴⁵. Como resultado da ação, obteve-se a redução do número de reclamações na telefonia pré-paga e concluiu-se que se teve cerca de 204 mil potenciais reclamações a menos porque se tratou do problema de forma responsiva³⁴⁶.

Com relação ao tema **espaço reservado**, a Agência prevê que as prestadoras de serviços de telecomunicações mantenham um espaço reservado aos clientes em suas páginas na internet, conforme disposto em seu art. 21³⁴⁷ do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n. 632, de 7 de março de 2014. Assim, segundo o referido regulamento, o consumidor deve ter acesso, no espaço reservado, a uma série de documentos, os quais a Agência especifica o mínimo necessário no art. 22 do RGC³⁴⁸, tais como contratos, documentos de cobrança, serviços prestados, histórico de demandas solicitadas pelo consumidor.

³⁴⁴ VERONESE *et al.*, 2020, p. 83.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 84.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 86.

³⁴⁷ “Art. 21. O Atendimento por Internet deve ser disponibilizado na página da Prestadora na internet, **por meio de espaço reservado ao Consumidor**, acessível mediante inserção de *login* e senha fornecidos no momento da contratação do serviço ou a qualquer momento, a pedido do Consumidor” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil), 2014, art. 21, grifo nosso).

³⁴⁸ “Art. 22. **No espaço reservado, o Consumidor deve ter acesso, no mínimo:** I - à cópia do seu **contrato**, do Plano de Serviço de sua opção e outros documentos aplicáveis à oferta à qual se encontra vinculado, inclusive Contrato de Permanência, quando for o caso; II - ao **sumário do contrato**, contendo as principais informações sobre o Plano de Serviço ou oferta promocional contratados, incluindo reajustes de preços e tarifas, alterações nas condições de provimento do serviço e promoções a expirar, e o término do prazo de permanência, se aplicável; III - à **referência a novos serviços contratados**; IV - aos documentos de cobrança dos últimos 6 (seis) meses; V - ao **relatório detalhado dos serviços prestados dos últimos 6 (seis) meses**; VI - à opção de **solicitação de cópia da gravação de suas interações**, quando for o caso; VII - ao **histórico de suas demandas** registradas nos últimos 6 (seis) meses VIII - a **recurso que lhe possibilite o acompanhamento adequado do uso do serviço contratado, durante sua fruição**; IX - ao **perfil de**

A Agência identificou uma persistente ausência de informações no espaço reservado, que são exigidas no referido regulamento, além de o atendimento por telefone também receber reclamações constantes pelos consumidores em pesquisa de satisfação e qualidade percebida realizada pela Agência³⁴⁹.

Ao acompanhar o problema, a Agência utilizou-se da técnica Kaban, incluindo status “fazendo, revisando ou feito” para acompanhar os 26 itens de entrega do processo de adequação do espaço reservado ao cliente, a fim de aperfeiçoar o atendimento digital dos usuários, tendo acompanhado as entregas por meio de ferramenta Trello, além de realizar reuniões periódicas, a cada dois meses, com as prestadoras de serviços de telecomunicações. Aqui a Agência destacar que estes 26 itens de entrega geraram por parte da Agência a necessidade de 416 itens de verificação entre março de 2018 e dezembro de 2018³⁵⁰.

Como resultado da ação, a Anatel relata uma melhoria rápida e significativa nos itens verificados e uma melhoria na conformidade com as funcionalidades obrigatórias do canal digital de atendimento ao consumidor, destacando que a conformidade saiu de 9% para 87%³⁵¹. Outra fiscalização regulatória foi realizada em relação ao tema **cancelamentos** de contrato com as prestadoras de serviços de telecomunicações³⁵².

Segundo o RGC, o consumidor pode cancelar o contrato por qualquer motivo, o qual deve se dar de forma imediata caso seja realizado por meio de atendente e em até dois dias úteis quando por meio de atendimento *online*³⁵³. No caso de cláusulas de fidelização, que apenas podem ser de até 12 meses, o cancelamento pode resultar em multa proporcional relativo ao fim do contrato³⁵⁴.

consumo dos últimos 3 (três) meses; e, X - ao **registro de reclamação**, solicitação de serviços, pedidos de informação e rescisão de seu contrato, ou qualquer outra demanda relacionada ao serviço da Prestadora. § 1º O espaço reservado ao Consumidor deve respeitar as condições de acessibilidade. § 2º Devem estar disponíveis ao Consumidor, em todo o Atendimento por Internet, as opções de salvar cópia das informações e documentos consultados no espaço reservado, e de remetê-los para endereço de correspondência eletrônica a ser fornecido no momento da consulta. § 3º A rescisão do contrato por meio do espaço reservado deve ser processada de forma automática, sem intervenção de atendente” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil), 2014, art. 22, grifo nosso).

³⁴⁹ VERONESE *et al.*, 2020, p. 88.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 88-90.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 89.

³⁵² *Ibid.*, p. 90.

³⁵³ “Art. 15. Os pedidos de rescisão processados sem intervenção de atendente, na forma deste Regulamento, devem ser processados automaticamente e terão efeitos após 2 (dois) dias úteis do pleito. § 1º É devido, pelo Consumidor, o pagamento referente aos serviços usufruídos durante o prazo de processamento do pedido de rescisão automático. § 2º Deve ser garantida ao Consumidor a possibilidade de cancelar seu pedido de rescisão no prazo previsto no *caput*” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil), 2014, art. 22, grifo nosso, art. 15).

³⁵⁴ *Ibid.*, art. 57.

Nesse sentido, a Anatel constatou que os consumidores tinham dificuldade de realizar o cancelamento dos serviços e, ainda com o registro do pedido, havia muitas falhas de cobrança após a efetivação de tal cancelamento, além de o cancelamento ter sido um dos motivos de reclamações que não apresentou queda em 2018³⁵⁵.

Diante do problema, cada prestadora apresentou seu plano de ação para solucionar os problemas e esta fiscalização regulatória ainda se encontra em andamento, mas a Agência destaca que já houve medidas que já reduziram o problema, exceto em uma das empresas³⁵⁶.

Ainda foi objeto de fiscalização regulatória o tema **transparência na oferta**, tendo como principal problema a quantidade de informações repassadas ao consumidor de forma concomitante, por meio de uma diversidade de documentos entregues ou colocados à disposição do consumidor, quais sejam: plano de serviço, contrato, regulamentos, termo de adesão, sumário, entre outros documentos³⁵⁷.

Como atuação, foi destacado que a Agência lançou, em abril de 2019, uma consulta denominada “Diálogo Anatel”, por meio da qual buscou-se colher sugestões quanto à atuação da Agência e ainda solicitou a participação das empresas para relatarem suas dificuldades com a implantação do RGC.

Como resultado, foi registrado que três empresas questionaram sobre o uso de mensagens “SMS CLASS 0” (que tem características de *pop up* na tela do telefone) com cunho publicitário, ao que a Agência respondeu que só poderiam enviar mensagens aos consumidores caso tivessem consentimento prévio³⁵⁸.

Ainda foi alvo de fiscalização regulatória o tema **telemarketing**, visto que a Agência percebeu que os consumidores reclamavam bastante acerca de ligações repetitivas e indesejadas realizadas por sistemas automatizados com conteúdo publicitário, além de reclamarem acerca da impossibilidade de bloquear ou excluir o número das listas em razão da dificuldade de identificar a ligação³⁵⁹.

A Agência buscou dialogar com as prestadoras de serviços de telecomunicações, solicitando que estas apresentassem estudo conjunto sobre formas de solucionar a questão. Estas responderam com uma carta de seis princípios para guiarem o telemarketing realizado aos consumidores: 1) ligar para os consumidores em horários adequados; 2) não ligar de forma insistente; 3) respeitar a decisão dos consumidores de não serem abordados por

³⁵⁵ VERONESE *et al.*, 2020, p. 91.

³⁵⁶ VERONESE *et al.*, *loc. cit.*

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 92.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 93.

³⁵⁹ VERONESE *et al.*, *loc. cit.*

ligações; 4) receber e tratar reclamações sobre ligações indesejadas; 5) garantir aderência à lei geral de proteção de dados pessoais; 6) cooperar na melhoria de práticas de telemarketing em outros setores³⁶⁰.

As prestadoras propuseram a criação da lista “não perturbe” à Agência, por meio da qual o cliente se cadastraria na lista e tal cadastro serviria para que as empresas tivessem base de dados única para não perturbar tal cliente. Como resultado, a Agência relata que rapidamente a lista alcançou 2 milhões de usuários cadastrados e que as reclamações por ligações indesejadas diminuíram significativamente, tendo caído de 600 reclamações semanais para 400. Posteriormente, ainda foi entregue um Código de Conduta de Telemarketing realizado pelas prestadoras³⁶¹.

Além dos referidos temas, a **cobrança de 4G** também foi alvo de fiscalização regulatória pela Agência, por meio da qual a Anatel constatou reclamações de usuários, em especial com planos pré-pagos, por utilização de serviços de dados sem que tivessem utilizado efetivamente, pois foi relatado que estavam com os dados do telefone desligados³⁶².

Algumas medidas apresentadas pelas prestadoras foram: adoção de firewall interno de rede desde o início da operação da tecnologia 4G e adoção de procedimento para tratamento de cobrança indevida. Como resultado, foi destacado que a ação ainda se encontra em andamento, mas a agência destaca que o problema parece ter sido solucionado pela maior parte das prestadoras³⁶³.

5.3.1 Análise dos casos à luz da economia comportamental

Como pode se perceber, desde que a Anatel resolveu atuar responsivamente, obteve resultados significativos dialogando e buscando a cooperação dos regulados. Contudo, entende-se que a possibilidade de adoção da economia comportamental poderia gerar mais efetividade para a propositura das soluções pelas empresas.

Com relação ao **tratamento de reclamações**, a Agência tomou as medidas já citadas no item anterior, quais sejam: a realização de reuniões periódicas para acompanhar as equipes de negócio das prestadoras; criação de incentivos para que estas propusessem soluções para reduzir suas taxas de reabertura e acompanhamento do indicador de reabertura de

³⁶⁰ VERONESE *et al.*, 2020, p. 94.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 96.

³⁶² *Ibid.*, p. 97.

³⁶³ *Ibid.*, p. 97-98.

reclamações. Como resultado, tem-se que a Agência obteve uma queda de 14% para 8% de reclamações, adequando-se à meta.

Entende-se, contudo, que, à luz da ferramenta SIMPLES MENTE da ENAP, que trabalha soluções de economia comportamental, uma possibilidade seria refletir sobre os incentivos diretos e indiretos que levam ao problema de reabertura de reclamações.

As pessoas reabrem as reclamações porque as empresas costumam dar qualquer resposta para cumprir um prazo de resposta exigido em regulamento? Há um incentivo às prestadoras para não reabertura de reclamações? Aqui, deve-se ressaltar que nem todos os incentivos precisam ser financeiros e que se pode pensar em soluções simples que enfoquem a perda de algo, para utilizar o viés de aversão à perda das prestadoras de telecomunicações.

A perda pode ser relativa a selo de qualidade expedido pela Agência caso a prestadora supere um percentual de reabertura de reclamações, por meio do qual as prestadoras são ranqueadas e se utiliza ainda pressão social para que tenham incentivos a se adequarem para estarem mais bem posicionadas no *ranking*.

Com relação à constatação da **cobrança indevida de serviço adicional**, as prestadoras de serviços de telecomunicações apresentaram soluções de três tipos: 1) sistema para melhorar controle dos consumidores; 2) mecanismos para consultar lançamentos futuros nas faturas; 3) revalidação da base de consumidores dos serviços críticos.

Aqui, cumpre analisar que, à luz da economia comportamental, deve-se levar em consideração que o consumidor possui uma atenção limitada e, portanto, as informações devem ser simplificadas e as informações mais importantes devem ser salientadas, deixando-as mais transparentes e fornecendo *feedbacks* imediatos.

Nesse sentido, pode-se concluir que a quantidade de informações disponíveis não torna a decisão dos consumidores melhores por si só. Então, a mera criação de canal para permitir o mecanismo de checagem de lançamento de serviço adicional nas faturas pode não surtir o efeito desejado, além de aumentar o custo de transação do serviço prestado.

Também se deve levar em consideração que o ser humano tem autocontrole limitado. Dessa forma, dar a oportunidade de cancelamento fácil ao serviço é importante, portanto, para facilitar a vida dos consumidores, já que, neste caso, o viés do *status quo* muitas vezes fala mais alto e o consumidor pode ter a tendência de desistir de cancelar o serviço adicional, apesar de querer realizar tal cancelamento.

A ideia de solicitar a ratificação da escolha pelo serviço como forma de contratação, por meio de *double check* para contratar, no caso da prestadora que optou por sempre solicitar uma mensagem do cliente pedindo a contratação, é uma forma adequada à luz da economia

comportamental para mitigar a contratação indevida pelos consumidores. Isso porque, o viés do *status quo* faz com que as pessoas tendam a continuar onde estão (sem a contratação de novo serviço) e o *doublee check* exige uma reflexão maior por parte do usuário e a ativação do sistema 2.

Ainda se poderia pensar que uma forma de explorar os vieses comportamentais dos consumidores no intuito de mitigar a contratação de serviços adicionais de forma inconsciente poderia se dar explorando o conteúdo de mensagens após sua contratação, como forma não apenas de confirmar a contratação, mas também simplificar as informações e salientar o que realmente é necessário que o consumidor saiba naquele momento.

Assim, uma possível mensagem poderia informar ao consumidor que ele terá descontado da sua fatura o valor de X reais, o que representa X% da sua última fatura e um gasto anual de X reais, questionando se, ainda assim, o consumidor tem certeza que deseja contratar o serviço de valor adicional, estabelecendo um segundo passo para confirmar a contratação no novo serviço.

Com isso, pode-se dizer que a solução apresentada quanto à disponibilização das informações, por meio de um novo canal ou dos lançamentos na fatura, pode não surtir o efeito com os consumidores, que necessitam de *feedbacks* imediatos para decidir e porque a quantidade de informações pode gerar sobrecarga na tomada de decisões pelo consumidor.

Além disso, uma ideia que pode ser testada para aplacar a cobrança de fato indevida pelas prestadoras de serviços de telecomunicações pode ser informando às prestadoras que a cada reclamação específica de cobrança indevida pelos consumidores, ela sofrerá perdas em *ranking*, o que também levará a Agência a considerá-la como mais ou menos cooperativa e a escalar o problema na estrutura regulatória responsiva.

O que se propõe, portanto, é que, tanto do lado do consumidor quanto do lado da prestadora, a Agência trabalhe a adoção de vieses comportamentais, tais como de aversão à perda, inércia ou *status quo*, além da simplificação e da saliência.

No caso do **espaço reservado**, percebe-se que a solução da Agência passou por avaliar a informação de necessidade de 26 itens que a prestadora de serviços deveria disponibilizar no espaço reservado, o que dava um total de 416 itens de verificação que a Agência deveria acompanhar, ou seja, a Agência precisou acompanhar 416 itens no espaço reservado da página da internet de cada prestadora de serviço para que fosse verificado o nível de conformidade das empresas.

À luz da economia comportamental, poder-se-ia pensar em soluções diferentes, já que, segundo essa vertente da economia, a quantidade de informações disponíveis não torna a

decisão dos consumidores melhores e ainda aumenta os custos de transação para a empresa, assim como os custos regulatórios. Portanto, a busca pelo controle destes itens pela Agência, ao buscar a conformidade com o regulamento, além de aumentar os custos operacionais de monitoramento e fiscalização, pode não gerar bem-estar social porque o aumento de informações pode gerar sobrecarga nas decisões dos consumidores.

Por sua vez, à luz da economia comportamental, a ideia proposta poderia ser a de simplificar as informações do espaço reservado de forma a se ter apenas o que é essencial ao consumidor – o que, de fato, não deve conter em uma lista de 416 itens de verificação. Isso porque tanto a complexidade das informações como a quantidade de informações pode trazer, como já dito, uma sobrecarga ao consumidor e o faz não tomar uma decisão baseada no Sistema 2, que é mais deliberada, consciente e atenta.

Com relação ao **cancelamento de serviços**, uma alternativa que poderia ser pensada segundo a economia comportamental seria o de “presentear” o comportamento desejado da prestadora com o objetivo de gerar um incentivo para a diminuição do percentual de reclamações neste quesito, beneficiando a prestadora que alcançassem a meta.

Aqui, o benefício pode ser um prêmio simbólico realizado pela Agência, como um certificado a ser entregue à prestadora, reconhecendo que a prestadora foi a que mais facilitou a vida do cidadão no quesito “cancelamento”. Além disso, pode-se ressaltar o bom comportamento das prestadoras em relação ao cancelamento, gerando uma norma social para que as prestadoras que não facilitem o cancelamento se sintam incentivadas a fazê-lo.

Quanto à **transparência da oferta**, a ideia é a mesma do espaço reservado – simplificar informações e salientar as informações que realmente são relevantes, além de utilizar unidades de medidas que realmente o consumidor consiga visualizar do que se trata o termo técnico. Uma sugestão, por exemplo, pode ser apresentar novas formas de traduzir a oferta de velocidade de banda larga que não seja apenas indicar a velocidade em Megabit por segundo (Mbps) aos usuários e potenciais consumidores.

No livro *Nudge*, Thaler e Sunstein propõem, por exemplo, que os vendedores de máquinas fotográficas troquem os “megapixels” pelo tamanho recomendado para a impressão das fotos com determinada máquina fotográfica, a fim de ilustrar ao consumidor o que significa tal unidade de medida³⁶⁴.

³⁶⁴ THALER; SUNSTEIN, 2019, posição 1686.

No que concerne ao **telemarketing**, compreende-se que o alcance talvez fosse bem maior caso a opção *default* da iniciativa fosse partir da ideia de que toda a base de dados já está inscrita na lista “não perturbe”.

Isso porque, de acordo com a economia comportamental, os seres humanos possuem uma tendência à inércia e é, por isso, que a opção padrão é tão bem aceita por todos, quer seja quanto às configurações padrão de um telefone novo que é adquirido, quer no que concerne à opção padrão marcada em um formulário de previdência social.

Assim, seria um ganho ao consumidor se fosse considerado como opção padrão que ele estivesse na lista “não perturbe” e apenas seria permitido fazer ligações de *marketing* aos consumidores que se cadastrassem para receber tais ofertas por meio de telefone, utilizando-se da técnica de *opt out* para não estar na lista “não perturbe”.

5.4 Da possibilidade de aplicação da economia comportamental para adequação da notificação do processo sancionatório da Agência

Em relatório recente, a Controladoria-Geral da União (CGU), com o objetivo de avaliar a efetividade do processo sancionatório da Anatel originalmente baseado no modelo regulatório de comando e controle, buscou analisar a atuação responsiva da Anatel utilizando os seguintes critérios de verificação: 1) existência de mecanismos sancionatórios não tradicionais, como forma de estimular e persuadir os regulados a buscar melhorar a prestação de serviço; 2) existência de diretrizes, critérios ou orientações, baseado em riscos e histórico para utilizar e escalonar os diferentes mecanismos regulatórios, incluindo as sanções no formato da pirâmide regulatória; 3) definição ou critérios para transparência na utilização de tais mecanismos regulatórios³⁶⁵.

No referido relatório, a CGU destaca que, embora a Anatel tenha aplicado mais de 66 mil multas no período de 1997 e 2019, no montante aproximado de R\$ 11,5 bilhões, a arrecadação não passou de 7,5%, num valor de R\$ 873 milhões³⁶⁶.

Deve-se destacar que, em vista das recentes soluções de economia comportamental que aumentaram a arrecadação dos municípios do Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP³⁶⁷,

³⁶⁵ BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Relatório de avaliação: processo sancionatório da Anatel: Exercício 2020*. Brasília: CGU, ago. 2020a. p. 20. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/886363>. Acesso em: 7 set. 2023.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 36.

³⁶⁷ SÃO PAULO (Cidade), 2020, p. 8-14.

entende-se cabível realizar experimento a partir da adequação das notificações realizadas às prestadoras dos serviços de telecomunicações.

Dessa forma, tendo em vista que, na atual abordagem da agência, a punição por meio de multa é um dos casos de escalada da pirâmide regulatória, sendo que o baixo índice de arrecadação identificado pela CGU pode demonstrar a pouca efetividade de uma possível escalada na própria pirâmide da agência, entende-se oportuno e necessário, assim, sugerir a adequação da notificação de aplicação da multa para, quando for necessário utilizar a punição por meio de multa, esta seja de fato efetiva, o que significa que, além de penalizar a prestadora de serviços de telecomunicações, realmente reverta em valor ao erário.

Para tanto, buscou-se um modelo de notificação elaborado pela Anatel às prestadoras de telecomunicações no caso de multa por infração aos regulamentos no sistema de processo eletrônico, tendo encontrado o seguinte ofício:

Ofício nº xxx/2022/COQL/SCO-ANATEL

Representante Legal da (nome da empresa).

Assunto: **Comunica decisão no PADO nº xxxx.**

Prezado (a) Senhor (a),

1. Em atenção ao disposto no artigo 82, VI, do Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, fica essa entidade notificada da decisão ocorrida no processo em epígrafe consubstanciada no Despacho Decisório nº xxx/2022/COQL/SCO (SEI nº XXXX).

2. O sujeito passivo fica ciente desta notificação e intimado a recolher a importância devida. O(s) boleto(s) para quitação, com o valor atualizado nos termos da legislação aplicável, pode(m) ser obtido(s) pela internet (<http://sistemas.anatel.gov.br/boleto>).

3. Ademais, o sujeito passivo fica cientificado de que o não pagamento integral do débito ou a não apresentação tempestiva de recurso, dentre outras consequências legalmente previstas, implicará:

a) a adoção das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, como o protesto extrajudicial (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1997), a inscrição do devedor nos serviços de proteção ao crédito, como o SCPC, Serasa e afins, e ajuizamento de execução fiscal (Lei nº 6.830/1980).

b) a sua inscrição em Dívida Ativa, conforme art. 2º da Lei nº 6.830/1980; e

c) após o prazo de 75 (setenta e cinco) dias contados da data da ciência desta notificação, a inclusão no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN, conforme estabelecido no art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.522/2002.

4. **No prazo de 10 (dez) dias** contados a partir do recebimento do presente Ofício, essa entidade poderá interpor **Recurso Administrativo** na forma do disposto no art. 115 do Regimento Interno da Anatel.

5. Alternativamente, no mesmo prazo, essa entidade poderá apresentar **Renúncia ao direito de recorrer**, na forma do § 5º do art. 33 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012. Em caso de deferimento da Renúncia, haverá um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) no valor da multa aplicada, cabendo a essa entidade observar a alteração do valor a partir do *site* <http://sistemas.anatel.gov.br/boleto> e efetuar o recolhimento até a data do novo vencimento.

6. Por fim, conforme Despacho Ordinatório nº 239/2015-CD, de 07/12/2015, informa-se que se admitirá pedido de **parcelamento do crédito não tributário**

desde que observados os requisitos estabelecidos no Regulamento de Parcelamento de Créditos Não Tributários Administrados pela Anatel, aprovado pela Resolução nº 637, de 24 de junho de 2014, **sendo que esta opção não é cumulativa com a apresentação de Renúncia**³⁶⁸.

Assim, sugere-se avaliar o ofício de notificação acima e realizar o experimento de enviar diferentes tipos de ofício, a fim de verificar se caberia utilizar diversos modelos, como forma de mensurar o aumento da arrecadação das multas, similar ao que foi realizado pelos municípios do Rio de Janeiro/RJ e de São Paulo/SP conforme já destacado.

O envio direto do boleto ao regulado para eventual recolhimento da multa, por exemplo, embora aumente os custos administrativos, diminui consideravelmente a fricção do pagamento (ter que buscar a informação no *site* para efetuar o pagamento) e a tendência natural do ser humano de se manter inerte.

Outrossim, entende-se que os destaques da correspondência devem ser dados às informações que levem o regulado à efetivamente pagar o valor devido (e não ao recurso administrativo e o parcelamento, por exemplo, embora seja direito do regulado).

Aqui, poderia ser interessante disponibilizar de forma imediata e simples a renúncia ao direito de recorrer (com acesso por um QR CODE), onde opção padrão na referida página acessada pelo consumidor por meio do código fosse a “renúncia ao recurso” e a disponibilização para efetuar o pagamento com desconto por meio da mesma página na internet.

A partir da análise do Guia elaborado pelo Laboratório de Inovação da Cidade de São Paulo³⁶⁹, pode-se também destacar que o comunicado supracitado da Agência também poderia ser aperfeiçoado no seguinte sentido: o enunciado poderia ser mais destacado e simplificado; a forma de pagamento salientada; as demais informações sobre o prazo de recurso administrativo e consequências do não pagamento serem inseridas em nota de rodapé com fonte menor que a do corpo principal do ofício sem destaques; dar ênfase ao que a prestadora de serviços de telecomunicações perde ao estar inscrita no Cadin; salientar no corpo do texto principal que há 25% de desconto para quem efetuar o pagamento no prazo de

³⁶⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Ofício nº 671/2022/COQL/SCO-ANATEL*. Comunica decisão no PADO nº 53500.040710/2021-31. Brasília: Anatel, 2023a. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?8-74Kn1tDR89f1Q7RjX8EYU46IzCFD26Q9Xx5QNDbqbK5mULM5gYb41-4mbwHQhb4jaJTrmHnrwodNxA_UjDsGp61bqyhe9qYOWGuhHCmEnCXvRoU-Odj59Aw6bCbmuN. Acesso em: 7 mar. 2023.

³⁶⁹ SÃO PAULO (Cidade), 2020, p. 14.

30 dias e apresentar renúncia ao direito de recorrer com base no artigo 33 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Agência³⁷⁰.

Cumprido destacar que, o município do Rio de Janeiro, a estratégia de reescrever as comunicações aos contribuintes foi bem-sucedida e ampliou em 200% a arrecadação do tributo em atraso no ano; além disso, em outro projeto, o modelo de carta mais bem sucedido foi 60% mais efetivo do que a carta padrão para evitar a inscrição do contribuinte na dívida ativa municipal³⁷¹.

Também como já destacado, a cidade de São Paulo aderiu às cartas direcionadas e elaborou 5 modelos a serem encaminhados aos contribuintes em débito, desde a simplificada até as baseadas em norma social, na escolha deliberada, na saliência das consequências e na ilustração visual. O melhor resultado foi o aumento de 8,4% da arrecadação do IPTU pelo modelo de saliência das consequências em comparação ao modelo original³⁷².

Percebe-se, portanto, que, por meio de ações simples e com poucos recursos financeiros, é possível obter grandes conquistas na administração pública federal com a incorporação de *insights* comportamentais ao dia a dia da regulação.

5.5 Da possibilidade de aplicação da economia comportamental aos procedimentos consensuais

No debate entre regular e desregular trazido pela regulação responsiva, chega-se à conclusão de que é desejável e mais efetivo buscar alternativas de cooperação dos regulados com a administração pública, entre elas, buscando a aplicação de instrumentos consensuais para a solução dos problemas.

Além disso, a alta litigância do setor de telecomunicações leva a administração pública a repensar sobre sua atuação eminentemente de comando e controle, buscando estimular as formas de soluções consensuais de conflitos entre as partes, sendo o conhecimento da economia comportamental extremamente relevante nesta busca pela consensualidade.

³⁷⁰ “Art. 33. O pagamento da multa deve ser efetuado no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção. [...]. § 5º O infrator que renunciar expressamente ao direito de recorrer da decisão de primeira instância, fará jus a um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) no valor da multa aplicada, caso faça o recolhimento no prazo para pagamento definido no *caput*” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Brasília: Anatel, [2021]. art. 33, § 5º. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>. Acesso em: 10 set. 2023).

³⁷¹ LIMA, 2017, *online*.

³⁷² SÃO PAULO (Cidade), 2020, p. 14.

No caso da Anatel, o conhecimento pode ter aplicação tanto em procedimentos internos de arbitragem, em que prestadoras de serviços de telecomunicações submetam o conflito para a decisão da Agência quanto em procedimentos externos, quando a Anatel é parte de algum conflito com uma prestadora de serviços de telecomunicações.

Isso porque, nos termos do Regimento Interno da Anatel, a Agência possui competência para solucionar conflito de interesses entre as prestadoras de serviços de telecomunicações³⁷³. Além disso, conforme contratos de concessão, a Anatel também pode ser parte em procedimentos de solução consensual de controvérsias junto com as prestadoras de serviços de telecomunicações, quer seja em Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem, quer seja na Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do TCU.

Com relação a esta última hipótese, inclusive deve-se destacar que, recentemente, a Anatel enviou a Solicitação de Solução Consensual (SSC) ao Tribunal de Contas da União, nos termos da IN-TCU 91, de 22 de dezembro de 2022, especificamente para a “resolução de contendas relacionadas às concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC)”³⁷⁴ com a empresa Oi e o processo encontra-se em curso no TCU.

A economia comportamental tanto pode ser buscada no contexto em que a agência seja parte quanto no contexto em que ela é árbitra. Assim, a Agência, como órgão regulador do setor de telecomunicações, pode pensar em incentivos que permitam que as prestadoras de serviços de telecomunicações busquem acordos com os usuários dos serviços de telecomunicações.

Além disso, nos termos da LINDB, há uma certa margem de criatividade que pode ser buscada nesses procedimentos, desde que presentes as razões de interesse geral, nos termos do artigo 26. Dessa forma, estando o interesse geral presente, entende-se cabível que haja a busca por uma solução inovadora e ao mesmo tempo mais aderente à realidade das partes³⁷⁵.

³⁷³ “Art. 95. O conflito de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações poderá ser submetido à arbitragem por meio de requerimento dirigido à Agência” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil), 2013, art. 95).

³⁷⁴ POSSEBON, Samuel. Presidente do TCU dá ok para início do processo de consenso da Oi; outros ministros precisam referendar. *Teletime*, [São Paulo], 22 set. 2023. Disponível em: <https://teletime.com.br/22/09/2023/presidente-do-tcu-da-ok-para-inicio-do-processo-de-consenso-da-oi-outros-ministros-precisam-referendar/>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁷⁵ “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de e licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial” (BRASIL, 1942, arts. 20 e 21).

A doutrina costuma entender como relevante o conhecimento de algumas descobertas da economia comportamental para os processos consensuais, tais como: efeito *priming*, efeito halo e ancoragem, o viés da negligência com a taxa-base, efeitos de enquadramento³⁷⁶.

Além disso, como forma de diminuir o número de litigantes nos setores mais reclamados, o Relatório da Associação Brasileira de Jurimetria³⁷⁷ e publicado pelo CNJ de 2018 sugere como uma via mitigadora de conflitos a integração do Judiciário com a plataforma Consumidor.gov.br para gerar uma reclamação administrativa automática caso o consumidor não tenha tentado solucionar seu problema administrativamente, o que geraria de forma obrigatória uma tentativa de conciliação extrajudicial antes do caso ser resolvido judicialmente. Assim, apenas se o conflito não fosse resolvido no âmbito administrativo, o processo judicial seria iniciado de fato como forma de diminuir a quantidade de demandas judicializadas.

Cumprido destacar que, para ser compatível com a economia comportamental, a imposição de soluções consensuais na forma sugerida pelo Relatório deve ter uma opção de *opt out* aos interessados em não ir pelo caminho da solução consensual.

Ademais, outras soluções comportamentais poderiam ser pensadas no intuito de levar as partes a concordarem, tais como: declarações realizadas pelas partes no intuito de declararem seu aceite ao procedimento de conciliação administrativo (a fim de que se comprometam com o comportamento consensual no futuro); criação de parâmetros de acordos em caso de litígios repetitivos (a fim de ancorar às partes no que realmente é comum, justo e razoável, sem necessitar caminhar a um litígio judicial para buscar algo mais, proporcionando maior simetria informativa); solução administrativa consensual por si só ser independente da máquina judicial (o que pode levar a superar o viés dos juízes que sempre dispensam as audiências do art. 334 do Código de Processo Civil e que favorecem a cultura de sentenças existente na esfera judicial)³⁷⁸.

³⁷⁶ FORNI, João Paulo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; TOMAZETTE, Marlon. As contribuições da Economia Comportamental para o aperfeiçoamento da Mediação e Conciliação. *Economic Analysis of Law Review*, [Brasília], v. 11, n. 1, p. 113-130, jan./abr. 2020. p. 115. DOI: <https://doi.org/10.31501/ealr.v11i1.10684>. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10684/7111>. Acesso em: 19 set. 2023.

³⁷⁷ CNJ; ABJ, 2018, p. 103.

³⁷⁸ ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 117. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22032021-132101/pt-br.php>. Acesso em: 23 set. 2023.

A doutrina ainda aponta outras possibilidades de incentivos³⁷⁹ a serem implementadas ao caso dos advogados públicos a fim de aumentar o consenso e mitigar as litigâncias judiciais e, da mesma forma, podem ser pensados incentivos às prestadoras e usuários dos serviços de telecomunicações no intuito de fomentar a resolução de conflitos sem judicialização entre estes.

5.6 As soluções não sancionatórias aplicadas pela Anatel

Sobre as soluções não sancionatórias, a Controladoria-Geral da União conclui que a Anatel conta com os seguintes mecanismos não sancionatórios como forma de estimular os regulados: 1) classificação comparativa de acessibilidade; 2) selos de qualidade; 3) direito de rescisão de contrato por selo qualidade baixo; 4) medidas cautelares; 5) procedimento de acompanhamento e controle; 6) termo de ajustamento de conduta³⁸⁰.

Assim, a classificação comparativa de acessibilidade e o selo de qualidade ficariam na base da pirâmide, já que não representam uma intromissão na gestão das empresas reguladas. Já o direito de rescisão de contrato por selo de qualidade baixo seria uma medida um pouco mais intrusiva do ponto de vista regulatório, já que resulta na rescisão contratual sem imputação de penalidades, no caso de a prestação de serviços ser considerada abaixo do esperado.

No que concerne às medidas cautelares, estas também seriam consideradas não sancionatória porque seu objetivo principal é estabelecer a correção da falha identificada sem, a princípio, penalizar as empresas.

O procedimento de acompanhamento e controle, por sua vez, estabelece um plano de ação para correção de falhas identificadas sem imposição de penalidades às empresas reguladas. E o termo de compromisso e ajustamento de conduta converte as multas não pagas pelas empresas em reparação de danos, benefícios aos usuários e projetos de melhoria na

³⁷⁹“a) criação de Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem em todos os órgãos de advocacia pública, com especialização dos seus integrantes em negociação; b) inclusão de *insights* (v.g. alertas, selos etc.) em sistemas digitais para cientificar a outra parte sobre a possibilidade de realização de acordos com a Administração Pública; c) adoção de sistemas de *call center* na advocacia pública para alertar sobre a possibilidade de acordos; d) criação de sistema de pontuação (*ranking*) entre advogados públicos para premiação final aos que mais realizarem acordos; e) participação periódica em mutirões voltados ao consenso, de maneira mais efetiva; f) produção de regras de transação por adesão em casos repetitivos, cuja probabilidade de êxito do processo seja baixa; etc.” (VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018. p. 167. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/929/>. Acesso em: 23 set. 2023).

³⁸⁰ BRASIL, 2020a, p. 22.

prestação de serviço, desde que o processo de sanção não tenha transitado em julgado na esfera administrativa.

A CGU verificou, assim, que o modelo regulatório tradicionalmente usado pela Agência, baseado em “comando e controle”, efetivamente não estava alcançando resultados e, apesar de a agência já estar desenvolvendo mecanismos de regulação responsiva, foram identificadas necessidades de melhoria, em especial porque não há um escalonamento hierárquico claro entre as medidas regulatórias previstas pela Anatel no esquema de pirâmide e que seja proporcional ao risco e gravidade da situação, levando em conta ainda o custo-benefício de aplicação de tais mecanismos³⁸¹.

Entende-se, contudo, que, embora seja recomendação da CGU a previsão do escalonamento claro dos mecanismos não sancionatórios, esta previsão pode causar um engessamento do modelo de regulação responsiva e até mesmo de limitação do desenvolvimento de soluções inovadoras e que permitam maior cumprimento dos normativos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações. Dessa forma, uma ideia é a previsão de uma pirâmide inicial, com a ressalva de que outros mecanismos mais adequados podem ser criados de acordo com o caso e que permita uma mudança de conduta da prestadora de serviços de telecomunicações.

Com relação às soluções não sancionatórias, ainda se entende cabível analisar a situação-problema à luz da economia comportamental, a fim de encontrar soluções e alternativas mais aderentes do ponto de vista não apenas humano, mas também efetivo do ponto de vista regulatório.

5.7 Considerações finais sobre a aplicação da economia comportamental à atuação responsiva da Anatel

Assim, diante do que foi exposto no presente capítulo, entende-se possível somar a economia comportamental à atuação responsiva da Anatel, como forma de conquistar maior efetividade na sua atuação, entendendo-se que a Agência tanto vai ganhar com a aplicação de *insights* comportamentais na implementação de soluções mais adequadas ao comportamento dos agentes do mercado, como também pode conquistar maior arrecadação das multas com a aplicação do conhecimento da economia comportamental, o que aperfeiçoará o próprio processo sancionatório da agência, tornando-o mais efetivo quando necessário ser utilizado.

³⁸¹ BRASIL, 2020a, p. 23.

Uma proposta que pode ser realizada é a de utilização da ferramenta SIMPLES MENTE da ENAP para cada solução responsiva sugerida pelas prestadoras de telecomunicações nas fiscalizações regulatórias realizadas pela Agência como forma de refletir acerca da efetividade da medida e com vistas a sugerir novas soluções mais adequadas.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu tratar da atuação regulatória responsiva à luz da economia comportamental, tendo como exemplo o caso das telecomunicações no Brasil, por meio da Agência Nacional de Telecomunicações. Nesse sentido, a pergunta que se buscou responder foi: como a economia comportamental pode contribuir com o modelo de regulação responsiva, trazendo, em especial, o estudo de casos da Anatel?

Para tanto, no segundo capítulo, buscou-se tratar da mudança de foco da regulação nos últimos tempos, em especial no setor de telecomunicações no Brasil, passando do modelo de comando e controle para o de regulação responsiva. Foi relatado ainda o fato de que a regulação responsiva vem sendo incentivada por organismos internacionais, como é o caso da OCDE, a qual recomenda que os reguladores implementem a regulação responsiva no âmbito de suas análises de impacto regulatório, além de indicar a regulação responsiva como critério de desenvolvimento da jurisdição das instituições.

Como aspectos gerais da regulação responsiva, pode-se apontar que esta é uma regulação por incentivo e que utiliza de *soft regulation* em suas tratativas com os regulados, como maneira de incentivá-los ao cumprimento das normas expedidas pelo regulador. Os precursores da teoria são Ian Ayres e John Braithwaite, que entendem que a efetividade da regulação depende mais de regras que incentivem o cumprimento voluntário das normas do que pela prescrição de punições em caso de descumprimentos. Segundo os autores, a teoria é fruto de uma construção empírica por vários estudiosos, os quais vêm fazendo melhorias teóricas ao modelo.

O modelo de regulação responsiva propõe o uso do *tit-for-tat* como estratégia para promover a cooperação dos agentes do mercado de um determinado setor econômico. Tal modelo é composto tanto de persuasão, enquanto os atores encontram-se cooperando, quanto de punição, momento em que os atores param de cooperar.

Ayres e Braithwaite também questionam o modelo clássico de escolha racional dos agentes econômicos, já que acreditam que muitas vezes os atores não agem em benefício próprio, mas com base em uma responsabilidade social. Portanto, não partem do pressuposto de “homem mau” e entendem que a punição custa caro ao Estado, devendo o regulador perseguir a persuasão. Concluem ainda os autores que o sucesso da cooperação dos agentes seria resultado de três pontos: da aplicação da estratégia *tit-for-tat*; da possibilidade de acessar hierarquia de sanções e intervenção no modelo de uma pirâmide; e da altura da pirâmide.

Para tanto, os reguladores devem portar uma grande arma benigna, que, segundo Ayres e Braithwaite, serviria para o caso de atores não cooperarem. Dessa maneira, à medida que os reguladores fossem escalando a pirâmide, os atores temeriam o uso da grande arma benigna e adequariam seu comportamento.

Dois princípios ainda são defendidos por Ayres e Braithwaite: do mínimo suficiente e da atribuição positiva. O primeiro significa que os reguladores devem escalar a pirâmide só o necessário para inibir o comportamento indesejado, e o segundo estabelece que o regulador deve encorajar comportamentos positivos por meio de elogio aos atores econômicos.

Já o livro *The essence of responsive regulation*, de Braithwaite, aponta ainda outros nove princípios ou heurísticas (como indicado pelo autor) com o objetivo de mitigar a complexidade do que seria o modelo de regulação responsiva, quais sejam: 1) pensar no contexto sem preconceitos; 2) ouvir ativamente, construindo diálogo; 3) envolver os resistentes com justiça; 4) elogiar quem mostra comprometimento; 5) incentivo por meio de apoio e educação; 6) sinalização sobre existência de sanções; 7) rede de governança piramidal; 8) responsabilidade ativa e passiva; 9) aprender, avaliar resultados e comunicar lições aprendidas.

Duas pirâmides são previstas pela regulação responsiva: a de constrangimento e a de estratégia regulatória. A primeira prevê as diversas sanções que o regulador poderá fazer uso em caso de não cooperação do regulado; enquanto a segunda aponta os diversos tipos de regulação que o regulador poderá fazer uso, tais como: autorregulação; autorregulação regulada; regulação por sanção discricionária; e regulação por sanção vinculada.

Além disso, a teoria ainda indica que haveria um perfil de regulados mais cooperativo e menos cooperativo, que justificam a punição do Estado, por isso são escalonados na pirâmide, estando o ator incompetente ou irracional no topo, o ator racional no meio e o ator virtuoso na base da pirâmide.

Com relação às principais críticas à atuação responsiva, destacam-se: o fato de nem sempre a escalada da pirâmide ser cabível; a dificuldade para descer a pirâmide após retorno à cooperação pelos regulados; o comportamento reiteradamente ruim de alguns agentes pode levar a uma intervenção maior de forma precoce, sendo incabível a estratégia *tit-for-tat*; a complexidade do ambiente regulatório para saber o nível de aplicação da intervenção pelo regulador; a escalada da pirâmide nem sempre depender da cooperação do regulado, e sim variando de acordo com uma série de características e fatores que podem inclusive se referir às próprias características do regulador, como seu nível de recursos, entre outros. A partir de

tais críticas, surgem outras teorias de forma a aperfeiçoar a regulação responsiva, como, por exemplo, *problem-centered regulation*, diamante regulatório e *smart regulation*.

Já no terceiro capítulo, tratou-se dos principais avanços da economia comportamental, a qual é um ramo da economia que estuda como os indivíduos tomam decisões e que, diferentemente da economia tradicional, parte da premissa de que os agentes possuem racionalidade limitada, assim como autointeresse limitado e força de vontade limitada.

Dessa maneira, cita-se as principais diferenças entre a teoria da escolha racional e da economia comportamental. Para a primeira, o ser humano possui preferências estáveis e comportamento racional, por meio do qual avalia custos e benefícios para tomar uma decisão, com o objetivo de maximizar sua utilidade ou satisfação para alcançar o maior bem-estar possível. Assim, as preferências obedeceriam aos critérios de completude, transitividade, dominância e invariância.

Já a economia comportamental pretende trazer uma análise mais realista de como as pessoas tomam decisão, indicando, com base em testes empíricos, que estes possuem racionalidade limitada, força de vontade limitada e interesse próprio limitado.

Kahneman e Tversky usaram a metáfora de que a mente humana funcionaria com base em dois sistemas: Sistema 1 e Sistema 2. O primeiro seria automático e rápido, constantemente acessado com pouco ou nenhum esforço. Já o segundo sistema seria utilizado para realização de tarefas trabalhosas e complexas, bem como de atividades de escolha e concentração. Contudo, a tendência humana é a de usar na maior parte do tempo o Sistema 1 para tomar decisões com base em heurísticas e vieses.

As três principais heurísticas seriam: a representatividade; a disponibilidade; e o ajuste e ancoragem. A partir de tais heurísticas, desdobram-se vieses, a saber: insensibilidade quanto à taxa base; insensibilidade quanto ao tamanho da amostra; chance de concepções errôneas; insensibilidade à previsibilidade; ilusão de validade; concepção errônea de regressão à média; falácia da conjunção; viés da recuperabilidade das ocorrências; vieses da imaginabilidade; correlação ilusória; ajuste insuficiente; vieses conjuntivos e disjuntivos. Além desses, outros vieses foram citados: confirmação; otimismo e excesso de confiança; falácia do planejamento; retrospectiva; aversão à perda; *status quo*; e custo afundado.

A economia comportamental notou que pequenos ajustes no contexto em que as decisões são tomadas podem gerar resultados diferentes, razão pela qual os tomadores de decisão podem ser comparados a arquitetos de escolhas e que as pequenas alterações de contexto são chamadas *nudges* ou “empurrõezinhos” para as pessoas tomarem as decisões que os arquitetos de escolha construíram.

Essa corrente de pensamento, que utiliza dados empíricos que demonstram que o ser humano possui uma racionalidade limitada, entende que pequenas intervenções no contexto podem fazer grande diferença na tomada de decisão do indivíduo, e, por isso, o Estado deveria adotá-la no sentido de ser mais efetivo. Traz-se, assim, um novo conceito denominado “paternalismo libertário”, que teria como pressuposto intervir para promover mais bem-estar ao indivíduo, sem, contudo, retirar sua autonomia e liberdade. Sendo assim, essas pequenas intervenções são alterações de contexto que impulsionam os agentes a tomarem melhores decisões, sem, no entanto, retirar o poder de escolha dos agentes.

Daí advém o debate ético sobre as intervenções, visto que há quem acredite que o Estado não tomaria decisões melhores que os indivíduos em seu benefício. Dessa maneira, com relação ao padrão de conduta esperado, os reguladores devem esperar comportamentos mais reais e menos racionais. Portanto, foram destacados os principais achados quanto ao desvio de conduta ao padrão moral esperado. Isso porque, diferentemente do que se costuma pensar, as pessoas não fazem cálculo racional para desviarem-se do comportamento que se espera delas. Além disso, as pessoas costumam agir, e apenas depois justificar seu comportamento equivocado.

Nesse sentido, achados da economia comportamental sobre desvio de condutas e comportamento ético podem agregar não apenas às normas, mas também ao que os reguladores esperam dos regulados ao agirem de forma mais responsiva e perto dos gestores das empresas.

Aqui, uma atenção especial deve ser dada para não se criar falsas expectativas, inclusive quanto à resposta cooperativa que os reguladores esperam dos regulados ao atuarem de forma responsiva.

Assim, foi trazido ao debate alguns equívocos sobre o comportamento desonesto. O primeiro equívoco é acreditar que o comportamento desonesto advém de um cálculo meramente racional; o segundo é o de acreditar que os problemas são as maçãs podres e o terceiro é o de que quanto mais controle melhor para evitar a desonestidade. Conforme foi tratado, as três crenças estão equivocadas, e a economia comportamental sustenta que muitos possuem comportamento desonesto e são usualmente honestos. Contudo, a tendência do ser humano de inventar justificativas para seus erros e mesmo assim se enxergar como honestos faz com que a teoria econômica clássica esteja equivocada quanto à tendência de controlar mais o comportamento como meio de mitigar o desvio de comportamento.

Entende-se que esses estudos são importantes no contexto da regulação em razão de os reguladores do Brasil terem efetivamente já experimentado na prática de que mais controle

não significa uma regulação melhor e mais efetiva para a sociedade. Aqui, buscou-se mais um argumento da economia comportamental que corrobora com tal entendimento, para que os poucos que fazem cálculos racionais e análises de custos e benefícios saibam que os reguladores estarão prontos para atuar. Contudo, para a maioria dos regulados, um controle maior retira a motivação intrínseca de cumprimento das condutas.

Ainda há que se destacar a relevância do método empírico e experimental, o qual a economia comportamental utiliza para chegar às evidências e tornar a política pública mais efetiva.

Várias são as experiências privada e governamental, em âmbito tanto nacional quanto internacional. Ressaltou-se que o estudo da economia comportamental pelas empresas já é algo bastante comum, em especial com o objetivo de aplicarem em suas relações de consumo. Contudo, foram evidenciadas experiências relevantes no Brasil, como os laboratórios de ciências comportamentais dos municípios do Rio de Janeiro/RJ e São Paulo/SP, além de já ter tido uma experiência de aplicação de *insights* comportamentais em legislação de âmbito federal (caso da previdência social).

Em âmbito federal, ainda se destacou que, em iniciativa recente, em 2023, o Governo Federal lançou sua área dedicada à implementação da economia comportamental, a Coordenação de Ciências Comportamentais em Governo, a fim de ajudar os formuladores de políticas públicas a encontrar soluções inovadoras para os desafios, utilizando as lentes das ciências comportamentais.

Em âmbito internacional, a experiência é ainda maior, e vários países já possuem unidades governamentais criadas para a formulação de políticas públicas.

Diante das considerações acerca da regulação responsiva e da economia comportamental, entendeu-se relevante no quarto capítulo trazer reflexões sobre a atividade regulatória do Estado, a qual, apesar de necessária, precisa ser efetiva e proporcional à necessidade do caso.

Assim, destacou-se como ferramenta importante no intuito de aprimorar a intervenção do Estado a legística, nesta incluída a legística material ou a análise de impacto regulatório, recentemente regulamentada pela legislação brasileira. Além disso, apontou-se como caminho viável a jurimetria, as ferramentas de aplicação da economia comportamental, alternativa da regulação responsiva comportamental (que entende cabível a aplicação da regulação responsiva com *insights* comportamentais), sem, contudo, deixar de registrar as críticas e desafios realizados ao consequencialismo decisório, à regulação responsiva e à economia comportamental.

Para tanto, tratou-se dos métodos de aplicação da economia comportamental, que podem ser formas possíveis de inserir a economia comportamental no contexto da regulação responsiva, em especial trazendo o caso da ferramenta SIMPLES MENTE, da ENAP, que serve para aplicar *insights* comportamentais à política pública e que pode ser adaptada para ser aplicada à regulação.

Já no quinto capítulo, foram trazidas as possibilidades de aplicação da economia comportamental ao setor de telecomunicações, a iniciar pelos casos de fiscalização regulatória realizada pela Anatel, passando pela notificação de infração do processo sancionatório e tratando ainda dos procedimentos consensuais, quer os que a Anatel conduza, quer os que sejam parte.

Sendo assim, entende-se que a regulação responsiva, que pretende ser o ponto intermédio entre a persuasão e a punição, pode vir a ser mais efetiva, caso utilize-se de conceitos e evidências da economia comportamental, em especial, utilizando-se do fundamento trazido pela economia comportamental de testar antes de implementar em larga escala algumas ideias.

Como nos exemplos dados dos casos de regulação responsiva da Anatel, considera-se ser possível utilizar *insights* comportamentais às soluções dadas como meio de trazer maior efetividade da intervenção regulatória. Nesse sentido, foram sugeridas algumas soluções que poderiam ser testadas na prática para averiguar o aumento da efetividade da abordagem da regulação responsiva comportamental pela Anatel.

A conclusão a que se chega é a de que a aplicação da economia comportamental pode trazer à atuação responsiva da Anatel maior efetividade na busca de soluções responsivas, assim como pode aperfeiçoar o processo sancionatório da agência reguladora, fortalecendo, inclusive, a efetividade da punição por meio de multa, quando necessária.

REFERÊNCIAS

AFIF, Zeina *et al.* *Behavioral science around the world: profiles of 10 countries*. Washington, DC: World Bank Group, 2019. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/710771543609067500/>. Acesso em: 23 set. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Análise nº 52/2021/MM. Proposta de edição de Regulamento de Fiscalização Regulatória, em atendimento ao item nº 7 da Agenda Regulatória para o biênio de 2021-2022, aprovada pela Resolução Interna nº 1, de 4 de dezembro de 2020. Conselheiro: Moisés Queiroz Moreira, no âmbito do Processo nº 53500.205186/2015-10. *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, 21 jun. 2021a. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5lpK1Q5PXOHG-wmDZMI-OcLJv8IqEbbiu9sGLaTqxWJ5OkVC1VVkFIOOrWEAq7GqAcYMI4snVMO32XHgkGmhK. Acesso em: 10 mar. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). Análise nº 97/2018/SE/AD. Proposta de Consulta Pública do Regulamento de Fiscalização Regulatória, referente à reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações, previstos no art. 79 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013. Conselheiro: Aníbal Diniz, no âmbito do Processo nº 53500.205186/2015-10. *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, 18 maio 2018. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO7i2QsO25mmIEnlXXa43DYvVq79prAtR993LozrVC73dWOyvLQtHBagopxnZ1xWi6oZy_nF-J-FFF1zomA_VnUy. Acesso em: 19 out. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Ofício nº 671/2022/COQL/SCO-ANATEL*. Comunica decisão no PADO nº 53500.040710/2021-31. Brasília: Anatel, 2023a. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?8-74Kn1tDR89f1Q7RjX8EYU46IzCFD26Q9Xx5QNDbqbK5mULM5gYb41-4mbwHQhb4jaJTrmHnrwodNxA_UjDsGp61bqyhe9qYOWGuhHCmEnCXvRoU-Odj59Aw6bCbmuN. Acesso em: 7 mar. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Painéis de dados: acessos*. Brasília: Anatel, 2023b. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acessos>. Acesso em: 18 out. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Brasília: Anatel, [2021]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>. Acesso em: 10 set. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013*. Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília: Anatel, [2023]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 10 set. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 632, de 7 de março de 2014*. Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de

Telecomunicações – RGC. Brasília: Anatel, [2021]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>. Acesso em: 10 set. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). *Resolução nº 746, de 22 de junho de 2021*. Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória. Brasília: Anatel, 2021b. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 10 set. 2023.

ALMEIDA, Sérgio. Economia comportamental e as contribuições de Richard Thaler – breve resumo. *Jornal da USP*, São Paulo, 16 out. 2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/economia-comportamental-e-as-contribuicoes-de-richard-thaler-breve-resumo/>. Acesso em: 11 set. 2023.

ANDRADE, Otavio Morato de. *NudgeRio: um caso de aplicação de ciência comportamental às políticas públicas*. *Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 111-124, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.12957/cdf.2019.52711>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/download/52711/34314>. Acesso em: 26 set. 2023.

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARIELY, Dan. Economia comportamental: um exercício de desenho e humildade. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 20-25.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really responsive regulation. *The Modern Law Review*, [London], v. 71, n. 1, p. 59-94, Jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.2008.00681.x>. Acesso em: 2 nov. 2023.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2nd. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BALERONI, Mariana Rodrigues Cyrino. *Nudge para alguns e big stick para outros*. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.). *Direito regulatório comportamental e consequencialismo: nudges e pragmatismo em temas de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 345-360.

BARAK-CORREN, Netta; KARIV-TEITELBAUM, Yael. Behavioral responsive regulation: bringing together responsive regulation and behavioral public policy. *Regulation & Governance*, [Hoboken, NJ], v. 15, n. S1, p. S163-S182, Nov. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1111/rego.12429>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/rego.12429>. Acesso em: 6 abr. 2023.

BAZERMAN, Max H.; MOORE, Don A. *Judgment in managerial decision making*. 7th. ed. New York: John Wiley & Sons, 2009.

BIANCHI, Ana Maria; ÁVILA, Flávia. Prefácio. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 14-19.

BRAITHWAITE, John. The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, [Vancouver], v. 44, n. 3, p. 475-520, 2011. Disponível em: http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/essence_responsive_regulation.pdf. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Sandbox regulatório*. Brasília: Banco Central do Brasil, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/startuppoint/pt-br/legado/programas/sandbox-regulatorio>. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Agências Reguladoras Federais. *Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR*. Brasília: Presidência da República, jun. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/@@download/file. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Relatório de avaliação: processo sancionatório da Anatel: Exercício 2020*. Brasília: CGU, ago. 2020a. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/886363>. Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017*. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020*. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm. Acesso em: 3 maio 2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.183, de 4 de novembro de 2015*. Altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de

17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113183.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília: Presidência da República, [2001]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade. *Guia para elaboração de análise de impacto regulatório (AIR)*. Brasília: Ministério da Economia, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/arquivo/af_min_gui_a_tecnico_plano_plurianual_alta.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. *CINCO – Ciências Comportamentais em Governo*. Brasília: Portal Gov.br, 2023a. Disponível em: <https://www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. *Boletim Consumidor.gov.br 2022*. Brasília: Senacon, 21 mar. 2023b. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República: Exercício de 2009*. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/CG%202009%20Relatório.pdf. Acesso em: 24 out. 2023.

CAMPOS FILHO, Antonio Claret; SIGORA, João; BONDUKI, Manuel. *Ciências comportamentais e políticas públicas: o uso do SIMPLES MENTE em projetos de inovação*. Brasília: Enap, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5219>. Acesso em: 24 set. 2023.

CARDOSO, Fernando Roriz Marques. CGU além do comando e controle: uma comparação com a regulação responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [Brasília], v. 7, n. 1, p.

150-193, maio/jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/37918>. Acesso em: 24 out. 2023.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O Estado atual da legística formal no Brasil. *In: WORKSHOP REGRAS COMUNS DE LEGÍSTICA NOS ESTADOS E REGIÕES LUSÓFONAS*, 2017, Lisboa. *Anais [...]*. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2017. Disponível em: <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/02/brasil.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. *In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 116-128.

COELHO, Fábio Ulhoa. Os usos da jurimetria. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, [São Paulo], v. 17, n. 63, p. 193-200, jan./mar. 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. *Legislar melhor: porquê e como: objetivos do programa Legislar Melhor*. [Bruxelas]: Comissão Europeia, c2023. Disponível em: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_pt#objetivos-do-programa-legislar-melhor. Acesso em: 2 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em questões consumeristas: mapeamento e proposições*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

DIA 4/9 | Simpósio Repensando o Direito Regulatório: o que elas propõem? [S. l.: s. n.], 2023. 1 vídeo (158 min). Publicado pelo canal Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UCgXJ8v2Czc>. Acesso em: 18 out. 2023.

DOLAN, Paul *et al.* *MindSpace: influencing behaviour through public policy*. London: Institute of Government, 2010. Disponível em: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/MINDSPACE.pdf>. Acesso em: 24 set. 2023.

FARIAS, Maria Clara Cunha. O combate à sonegação do ICMS à luz da economia comportamental e da regulação responsiva. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, [Brasília], v. 6, n. 2, p. 96-128, out. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/30220/>. Acesso em: 24 out. 2023.

FISCHHOFF, Baruch. Debiasing. *In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (ed.). Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 422-444.

FORNI, João Paulo; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; TOMAZETTE, Marlon. As contribuições da Economia Comportamental para o aperfeiçoamento da Mediação e Conciliação. *Economic Analysis of Law Review*, [Brasília], v. 11, n. 1, p. 113-130, jan./abr.

2020. DOI: <https://doi.org/10.31501/ealr.v11i1.10684>. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10684/7111>. Acesso em: 19 set. 2023.

FRAZÃO, Ana. A importância da análise das consequências para a regulação jurídica. *JOTA*, [São Paulo], 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-importancia-da-analise-de-consequencias-para-a-regulacao-juridica-29052019>. Acesso em: 31 ago. 2023.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência econômica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.

GORILA – Teste de Observação. [S. l.: s. n.], 2009. 1 vídeo (1 min). Publicado pelo canal Paulo c. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=OH6_WnCFMeM. Acesso em: 18 out. 2023.

GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter (ed.). *Smart regulation: designing environmental policy*. Oxford, UK: Clarendon Press Oxford, 1998.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren. *Designing smart regulation*. Paris: OCDE, 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/env/outreach/33947759.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.

Haidt, Jonathan. *A mente moralista: por que as pessoas boas são segregadas por política e religião*. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2020.

Haidt, Jonathan; Kesebir, Selin. Morality. In: Fiske, Susan T.; Gilbert, Daniel Todd; Lindzey, Gardner (ed.). *Handbook of social psychology*. 5th. ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2010. p. 797-832.

HOLLINGWORTH, Crawford; BARKER, Liz. How to apply behavioural science with success: learning from application around the world. In: Samson, Alain (ed.). *The Behavioral Economics Guide 2016*. London: BehavioralEconomics.com, 2016. p. 30-36.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, [Stanford, CA], v. 50, p. 1471-1550, May 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 23 set. 2023.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. *Kindle*.

KOLIEB, Jonathan. When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. *Monash University Law Review*, [Melbourne], v. 41, n. 1, p. 136-162, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.26180/5db805b54b78f>. Disponível em: https://bridges.monash.edu/articles/journal_contribution/When_to_Punish_When_to_Persuade_and_When_to_Reward_Strengthening_Responsive_Regulation_with_the_Regulatory_Diamond/10065476. Acesso em: 13 out. 2023.

LANGEVOORT, Donald C. Behavioral ethics, behavioral compliance. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, Georgetown, article 1507, p. 1-26, 23 July 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1507>. Acesso em: 2 out. 2023.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *JOTA*, [São Paulo], 1º out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>. Acesso em: 23 set. 2023.

LICHAND, Guilherme; SERDEIRA, Amiris de Paula; RIZARDI, Bruno. *Insights comportamentais para o diagnóstico e desenho de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2022. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/7205>. Acesso em: 30 mar. 2023.

LIMA, Luís. O que o Nobel de Economia ensina à prefeitura do Rio de Janeiro. *Época*, São Paulo, 9 out. 2017. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/economia/noticia/2017/10/o-que-o-nobel-de-economia-ensina-prefeitura-do-rio-de-janeiro.html>. Acesso em: 24 set. 2023.

LOURENÇO, Joana Sousa *et al.* *Behavioural insights applied to policy: European Report 2016*. Luxembourg: European Union, 2016. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/eb1f5ea2-d3ae-11e5-a4b5-01aa75ed71a1/language-en>. Acesso em: 24 set. 2023.

MANNING, Lauren *et al.* *Behavioral Science Around the World: Volume II: Profiles of 17 International Organizations*. Washington, DC: World Bank Group, 2020. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/453911601273837739/pdf/Behavioral-Science-Around-the-World-Volume-Two-Profiles-of-17-International-Organizations.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

MARTINO, Rachele. Pesquisa no mundo real. In: KHAN, Zarak; NEWMAN, Laurel (ed.). *Construindo as ciências comportamentais nas organizações*. Tradução de Jane Henriques G. M. Gomes e Patrícia Alves Schütz. Hyattsville, MD: Action Design Press, 2021. p. 99-118.

MAURO, Carlos *et al.* *Muitos: como as ciências comportamentais podem tornar os programas de compliance anticorrupção mais efetivos?* Santos: Editora Brasileira de Arte e Cultura, 2021. *Kindle*.

MAURO, Carlos *et al.* Para além da pirâmide: regulação responsiva e comportamento humano. *JOTA*, [São Paulo], 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-alem-da-piramide-regulacao-responsiva-e-comportamento-humano-07022020>. Acesso em: 23 mar. 2023.

MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Ciências comportamentais aplicadas à análise de impacto regulatório. *JOTA*, [São Paulo], 24 jan. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ciencias-comportamentais-aplicadas-a-analise-de-impacto-regulatorio-air-24012020>. Acesso em: 4 abr. 2023.

MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Regulação e comportamento humano. *JOTA*, [São Paulo], 10 jan. 2020b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-e-comportamento-humano-10012020>. Acesso em: 4 abr. 2023.

MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; CABRAL, Gabriel. Testar é melhor que remediar: regulação, experimentos e comportamento. *JOTA*, [São Paulo], 21 fev. 2020c. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/testar-e-melhor-que-remediar-regulacao-experimentos-e-comportamento-21022020>. Acesso em: 5 abr. 2023.

MELO, Ana Paula Andrade de; MENEGUIN, Fernando. *Soft Regulation: formas de intervenção estatal para além da regulação tradicional*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, fev. 2022. (Texto para Discussão, n. 307). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td307>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Época*, São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 23 set. 2023.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. *Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 2018, n. 413, 16 set. 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>. Acesso em: 23 set. 2023.

MENEGUIN, Fernando B.; ÁVILA, Flávia. A economia comportamental aplicada a políticas públicas. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 210-220.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Behavioural insights and new approaches to policy design: the views from the field: summary of an international seminar*. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-summary-report-2015.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Behavioural insights and public policy: lessons from around the world*. Paris: OECD, 2017. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en. Acesso em: 24 set. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Regulatory enforcement and inspections toolkit*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264303959-en.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

PARKER, Christine. Meta-regulation: legal accountability for corporate social responsibility? In: MCBARNET, Doreen; VOISCULESCU, Aurora; CAMPBELL, Tom (ed.). *The new corporate accountability: corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. p. 207-237.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA; COMISSÃO EUROPEIA. Acordo interinstitucional entre o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia sobre legislar melhor. *Jornal Oficial da União Europeia*, Luxemburgo, ano 59, L 123, p. 1-20, 12 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:123:FULL>. Acesso em: 21 abr. 2023.

PAULA, Maria Helena de Carvalho Nogueira de. *Nudges* como alternativa na implementação de políticas regulatórias. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.). *Direito regulatório comportamental e consequencialismo: nudges e pragmatismo em temas de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 361-382.

POSSEBON, Samuel. Presidente do TCU dá ok para início do processo de consenso da Oi; outros ministros precisam referendar. *Teletime*, [São Paulo], 22 set. 2023. Disponível em: <https://teletime.com.br/22/09/2023/presidente-do-tcu-da-ok-para-inicio-do-processo-de-consenso-da-oi-outros-ministros-precisam-referendar/>. Acesso em: 23 set. 2023.

RANCHORDÁS, Sofia. *Constitutional sunsets and experimental legislation: a comparative perspective*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014.

SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In: ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria (org.). *Guia de economia comportamental e experimental*. Tradução de Laura Teixeira Motta e Paulo Futagawa. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015. p. 26-60.

SANTANA, Mariana Bezerra Pedroza *et al.* *Análise de impacto regulatório: evolução do modelo de acompanhamento, fiscalização e controle*. Brasília: Agência Nacional de Telecomunicações, jul. 2016. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?Yj72kUioo_z14_E1ere_NErKAAYpCDMsB4uhQFHnURzipPcpd66AiX0MZbgFzFVb7O7_sObYcHy9dSz4Aby3WFC65_IXohuinf-F033Aum-d6McGbpayfOMr_95zrrf. Acesso em: 7 abr. 2023.

SÃO PAULO (Cidade). Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia. *Como incentivar escolhas através da comunicação com a população?* São Paulo: Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia, out. 2020. Disponível em: [https://assets.website-files.com/5e1cc24cda2c730499aca440/601d5b87da5ac4c6075f1c0a_%2314%20GUIA%20Nudge%20DIGITAL_acessível%20\(2\).pdf](https://assets.website-files.com/5e1cc24cda2c730499aca440/601d5b87da5ac4c6075f1c0a_%2314%20GUIA%20Nudge%20DIGITAL_acessível%20(2).pdf). Acesso em: 26 set. 2023.

SERVICE, Owain *et al.* *EAST: four simple ways to apply behavioural insights*. London: The Behavioural Insights Team, 2014. Disponível em: <https://www.bi.team/publications/east-four-simple-ways-to-apply-behavioural-insights/>. Acesso em: 24 set. 2023.

SHANKAR, Maya; FOSTER, Lori. *Behavioural insights at the United Nations: achieving Agenda 2030*. New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://www.undp.org/publications/behavioural-insights-united-nations-achieving-agenda-2030>. Acesso em: 24 set. 2023.

SILVA, João Marcelo Azevedo Marques Mello da. A regulação responsiva das telecomunicações: novos horizontes para o controle de obrigações da Anatel. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio 2017. DOI:

<https://doi.org/10.26512/lstr.v9i1.21519>. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/view/21519/19834>. Acesso em: 2 nov. 2023.

SOARES, Fabiana de Menezes; MAGALHÃES, Paula Gomes de. Guias da OCDE: por que falar em governança legislativo-regulatória? *JOTA*, [São Paulo], 3 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/guias-da-ocde-por-que-falar-em-governanca-legislativo-regulatoria-03082020>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SOLL, Jack B.; MILKMAN, Katherine L.; PAYNE, John W. A user's guide to debiasing. In: KEREN, Gideon; WU, George (ed.). *The Wiley Blackwell handbook of judgment and decision making*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2015. p. 924-951.

SOLLISCH, Jim. The cure for decision fatigue. *The Wall Street Journal*, [New York], 10 jun. 2016. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/the-cure-for-decision-fatigue-1465596928>. Acesso em: 19 set. 2023.

SOUZA, Victor Aguiar de Melo. *A regulamentação dos fundos patrimoniais vinculados de acordo com a teoria da regulação responsiva*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/18999>. Acesso em: 27 jun. 2023.

SUDNFELD, Carlos Ari. Consequências importam? *JOTA*, [São Paulo], 18 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/consequencias-importam-18042023>. Acesso em: 19 set. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; ROSILHO, André. Responsividade regulatória e autorregulação imposta: o devido processo legal e a legalidade como limites. *Revista Fórum de Direito na Economia Digital*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 9-32, jul./dez. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *The University of Chicago Law Review*, [Chicago, IL], v. 70, n. 4, p. 1159-1202, Fall 2003. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5228&context=uclev>. Acesso em: 23 set. 2023.

TABAK, Benjamin Miranda. *A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, out. 2014. (Texto para Discussão, n. 157). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td157>. Acesso em: 13 jun. 2023.

THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019. *Kindle*.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. *Kindle*.

TROUSSARD, Xavier; VAN BAVEL, René. How can behavioural insights be used to improve EU Policy? *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, [Hamburg], v.

53, n. 1, p. 8-19, Jan./Feb. 2018. Disponível em: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2018/number/1/article/how-can-behavioural-insights-be-used-to-improve-eu-policy.html>. Acesso em: 24 set. 2023.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. *Psychological Bulletin*, [Washington, DC], v. 76, n. 2, p. 105-110, Aug. 1971. Disponível em: <http://stats.org.uk/statistical-inference/TverskyKahneman1971.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, [Washington DC], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, Sept. 1974. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.185.4157.1124>. Acesso em: 19 set. 2023.

VAN BAVEL, René *et al.* *Applying behavioural sciences to EU Policy-making*. Luxembourg: European Union, 2013. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/bc430f3c-23d0-4441-8671-d5fc803a7cf6/language-en>. Acesso em: 24 set. 2023.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/929/>. Acesso em: 23 set. 2023.

VERONESE, Alexandre Kehrig *et al.* *Estudo sobre mecanismos de incentivos à garantia dos direitos dos consumidores*. Brasília: Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB, 2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4MckYbFdA4Pm9BwMdlOZUaZR2CU6ne8xT9gO2RkFz2TZKNKNOwcxZICX2BJ_rvRdyN_Ryae__OI-H54lNpni0uh. Acesso em: 7 abr. 2023.

VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. *Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27348>. Acesso em: 6 abr. 2023.

WANG, Daniel Wei Liang. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. *JOTA*, [São Paulo], 20 set. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 23 set. 2023.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismo de formação do consenso entre as partes*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22032021-132101/pt-br.php>. Acesso em: 23 set. 2023.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018.