



Grupo de Estudo de Aspectos Empresariais e de Gestão Corporativa e da Inovação e da Educação e de Regulação do Setor Elétrico-GEC

Captura e Enforcement - duas visões regulatórias em avaliações críticas.

FERNANDO AMARAL DE ALMEIDA PRADO JUNIOR (1);
ANA LUCIA RODRIGUES DA SILVA (1);
Sinerconsult Consultoria Treinamento e Participações Limitada (1)

RESUMO

O Brasil possui experiência recente na atuação de suas agências de regulação. Enquanto a mais longeva agência brasileira, a ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica, foi criada em 1997, encontram-se agências de regulação americanas datadas de meados do século XIX. O interesse principal dos autores neste artigo está em discutir o conhecimento internacional nos processos de Captura e do “Enforcement” /Fazer Cumprir os regulamentos estabelecidos. Os autores concluem suas considerações a respeito das oportunidades que a indústria de energia elétrica brasileira possui para desenvolver uma capacidade maior de enfrentamento dos problemas decorrentes da Captura e de um Enforcement frágil.

PALAVRAS-CHAVE

Captura; Fazer Cumprir; Regulação; Energia

1.0 - INTRODUÇÃO

O Brasil possui experiência recente na atuação de suas agências de regulação. Enquanto a mais antiga agência brasileira, a ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica, foi criada em 1997, encontram-se agências de regulação americanas datadas de meados do século XIX (McCraw, 1984).

Esta atividade por lá é tão intensa que em 1889 já existia e ainda hoje persiste atuando a Associação Nacional de Reguladores do Serviço Público (NARUC – National Association of Regulatory Utility Commissioners, 2019).

Conforme citado por Brown e outros (2006), a Regulação é a face menos conhecida da sociedade em relação às funções de governo (as outras são cobrar impostos e gastar).

O interesse principal dos autores está em discutir o conhecimento gerado internacionalmente nos processos de Captura e de “Enforcement” / Fazer Cumprir os regulamentos estabelecidos.

Na sua definição original, a Captura, conforme conceituada por Stigler (1971) caracteriza-se pela existência de um pequeno grupo organizado, que identificando a demanda por regulação em uma indústria ou segmento da economia, tenta influenciar os reguladores para atender prioritariamente seus interesses, independentemente daqueles que fariam maior sentido para a sociedade.

Entre as principais maneiras de atuar influenciando os reguladores, os autores identificam a Captura Vil (corrupção e ou ameaças), Captura Cultural (influência pelo convencimento, mudança de critérios ou de conceitos associados a um determinado tema), Captura Tecnológica (influência por restrição da capacidade das agências), Captura Política (influência impostas por agentes políticos na decisão das Agências) e a Captura pela Porta Giratória (que trata da possibilidade da migração de pessoas da agência de regulação para indústria e vice versa). Finalmente, de forma mais recente a literatura identifica a captura Corrosiva (aquela que reduz o escopo dos assuntos a serem regulados e cujos exemplos mais frequentes são encontrados nos campos do meio ambiente, da segurança e da saúde).

O artigo faz uma revisão das principais literaturas que tratam do tema, sempre que possível fazendo conexões com exemplos práticos na indústria brasileira de energia.

A análise desenvolvida pelos autores ainda aborda a questão do Fazer Cumprir, que representa importante questão no desempenho das agências brasileiras.

Novamente a literatura internacional é visitada onde encontram-se muito mais referências relativas aos processos punitivos do que aos processos de convencimento e conciliatórios. São referenciados ainda, achados que

(*) Rua Paulo Orozimbo 675, – sala 101 – CEP 01535-001, São Paulo. SP – Brasil

Tel: (+55 11) 2667-0133 – Fax: (+55 11) 2667-0133 – Email: fernando@sinerconsult.com.br

demonstram através de exemplos de sucesso e fracasso dos processos fiscalizatórios e punitivos. São ainda analisadas as questões relacionadas ao porte e poder dos agentes regulados e do papel representado pelos executivos das empresas reguladas no tocante ao atendimento à regulação.

Estes dois aspectos da teoria da regulação (Captura e Enforcement) tendem a ter importância crescente no Brasil, em especial pelos aspectos dos temas relativos aos licenciamentos ambientais, transparência das funções públicas e as privatizações previstas para acontecer em prazos mediatos.

Os autores concluem suas considerações a respeito das oportunidades que a indústria de energia elétrica brasileira possui para desenvolver uma capacidade maior de enfrentamento dos problemas decorrentes da Captura e de um Enforcement frágil.

2.0 - CAPTURA - ASPECTOS CONCEITUAIS.

A indústria de energia elétrica é em essência um exemplo de uma indústria regulada, pela sua característica de serviço essencial e de estrutura em rede, que pode ser associada ao conceito de monopólio natural.

Conforme pontua Dal Bó (2006) a economia trabalha com duas macro questões: (I) Por que acontecem intervenções dos governos na economia e (II) Quais são os processos políticos e econômicos que moldam estas intervenções. Na verdade, a Regulação é a evolução dessas intervenções, embora muitos autores qualifiquem-na de uma forma mais estreita como sendo o conjunto de ações necessárias para controlar os malefícios do monopólio.

Dal Bó (2006) identifica que com a captura ocorre algo semelhante, ou seja, um conceito amplo no qual interesses especiais afetam a intervenção estatal em quaisquer de suas formas (política fiscal, monetária, industrial entre outras). O mesmo autor qualifica como captura restrita, o processo no qual empresas reguladas influenciam e manipulam as Agências que por suposição deveriam estabelecer de forma independente a regulação no melhor interesse da sociedade.

O pioneirismo das ideias de Stigler (1971) foi na direção do entendimento que os regulados podem trabalhar a demanda por regulação ao sabor de sua melhor conveniência.

Cabe interessante exemplo dessa criação de demanda por regulação. No berço da indústria de eletricidade, quando em meados da década de 90 no século XIX, Samuel Insull, então CEO de uma Distribuidora do Grupo Edison em Chicago, clamava pela necessidade de regulamentação de tarifas para evitar-se competição predatória com superposição de infraestrutura de linhas de distribuição. Em seu discurso de posse na Presidência da National Electric Light Association - NELA, em 1898 (Munson, 2005), defendeu que os custos poderiam ser reduzidos se a competição fosse eliminada pela consideração que a indústria de energia elétrica era um monopólio natural e, portanto, deveria ser assegurado que apenas uma empresa atuasse em cada área. Em contrapartida as concessionárias deveriam oferecer uma opção de venda de seus ativos para as municipalidades para se evitar abusos contra os consumidores. Defendeu ainda que deveriam ser criadas Comissões de Serviço Público que fiscalizassem as atividades das "utilities", visando garantir tarifas justas e a criação de um sistema de contabilidade que fosse a base do equilíbrio entre os interesses dos consumidores para o estabelecimento das tarifas e do preço da opção de venda da empresa. Finalmente sugeria que os membros da citada Comissão deveriam ser apontados fora do raio de influência da política do local da concessão.

Em 1907 o Estado de Wisconsin alterou a legislação de sua agência de serviços públicos de transporte de tal sorte que as atividades de energia elétrica foram incluídas em suas atribuições. Em 1916 trinta e três Estados já tinham atividades de regulamentação e fiscalização nas atividades de eletricidade e em 1920 virtualmente todos os Estados possuíam algum tipo de controle sobre a indústria de energia elétrica (Cudahy & Henderson, 2005). Este exemplo caracteriza a tipologia de envolvimento dos agentes que desejam a captura dos reguladores: Grandes Grupos e Grupos com grandes interesses.

Os conceitos desenvolvidos por Stigler (1971), Berstein (1955), Posner (1974), Peltzman (1976), Becker (1983) na verdade atuam na desconstrução da Teoria do Interesse Público, na qual se acredita que os reguladores agem em nome da sociedade e desconsideram todos os outros interesses e pressões (econômicas, políticas, pessoais, entre outras) a que são submetidos. Embora o monopólio natural seja a principal justificativa de atuação regulatória, outras indústrias podem, nas teorias desenvolvidas por Stigler, ter interesse em criar demanda por regulação (por exemplo fixação de preços e barreiras de entrada).

Todos estes autores são coerentes na sua crença da falibilidade da Teoria de Interesse Público e consequentemente desenvolvendo a expectativa que inexoravelmente existem processos de captura. As ideias iniciais de Stigler, foram precedidas por Berstein que concentrou suas conclusões na impossibilidade da existência de agências realmente independentes (Berstein, 1955). Posteriormente ao trabalho original de Stigler, Posner (1974) aumentou a complexidade da análise por considerar que existia na dinâmica das relações entre Regulador e Regulado um terceiro agente, o político. Este ser político, desejando ser eleito pode tentar influenciar preços e tarifas visando agradar eleitores mesmo que eventuais medidas populistas afetem a segurança da indústria no futuro. No entanto, de outra parte podem objetivar receber doações para as campanhas eleitorais e se comprometer com reajustes ou outras vantagens destinadas a influenciar o posicionamento por parte dos reguladores. Em ambos os casos os reguladores são submetidos a uma pressão externa ao seu processo natural de decisão.

Peltzman (1976) complementou estas análises acrescentando novas hipóteses ao processo `a partir da percepção que a Captura é essencialmente um mecanismo de transferência de renda. Assim, o custo associado a atuação de um grupo organizado na busca de um benefício pode ser simplificada entendido como um "projeto" onde é avaliada a relação custo benefício, por isso mesmo, estes grupos organizados representam os interesses dos "empreendedores do projeto" e não os interesses maiores da sociedade. Peltzman (1976) ainda agrega em suas

considerações a presença de um outro elemento, o Governo. Este novo personagem tem duas características importantes, pode jogar contra os interesses da sua própria estrutura¹ e tem o poder coercitivo para apenar e criar novos regulamentos que alterem o “status quo”.

A identificação do papel da entidade Governo por Peltzman resulta muito importante, por que a Captura Tecnológica pode ser muito eficaz no sentido negativo do cerceamento do papel da Regulação.

Entre outros exemplos, Jordão e Ribeiro (2017) exemplificam que o enfraquecimento do corpo diretor de uma Agência de Regulação pode ser feito pela manifestação pública de autoridades políticas, pela criação de múltiplas instâncias de controle que acabam por dificultar os processos burocráticos². Este processo causa ainda um clima de temor e leniência na tomada de decisões por parte dos funcionários da Agência ou produzem desincentivo que bons quadros possam seguir carreira na Agência como bem exemplifica Salles (2011). Nessa vertente de uma carreira pouco valorada, surgem as oportunidades de captura pela porta giratória, ou seja, movimentos dos bons quadros das Agências para a indústria levando consigo o cabedal técnico e de relacionamento e de outra parte considerando o pequeno atrativo pela carreira na agência, a indústria “fornece quadros” para posições chave. O pesquisador Gormley Jr. (1979) identificou estudando atos regulatórios de prorrogação de concessões de rádio nos EUA, que reguladores que vieram da indústria acabam sendo mais favoráveis a decisões que favoreçam os regulados.

Sobre o efeito porta giratória Dal Bó (2006) destaca que o efeito de especialização em um segmento da indústria produz a valorização desse profissional inclusive pela detenção de informações privilegiadas sobre a concorrência e custos inerentes à indústria. Outro aspecto do efeito porta giratória acontece com a leniência premiada com empregos pós encerramento do termo de mandato do regulador, sendo evidenciado pelo mesmo autor que este processo de leniência se acentua no último ano do mandato com objetivo de alcançar a premiação de uma nomeação pós quarentena (Gormley Jr. 1979).

Cabe ainda destaque ao processo pelo qual o governo produz vacância prolongada de cargos de Diretoria³ o que também atrapalha o rito processual. Finalmente pela restrição orçamentária, que muitas vezes pode se aproximar da metade do orçamento definido na lei orçamentaria (Rittner e Bitencourt, 2017).

Um processo dessa complexidade envolvendo múltiplos interesses e múltiplas organizações (governos e agências) permitem inferir que a Captura varia em grau de intensidade, em qualidade e que as mesmas quase nunca podem ser consideradas absolutas e nem unidimensionais (Moss & Carpenter, 2013).

Pode-se então classificar estes processos em Captura Forte como aquela que prejudica o interesse público e Captura Fraca como aquela que resulta em uma oferta de serviços regulatórios menos efetivos que a sociedade deveria esperar. Os mesmos autores ainda identificam que as empresas reguladas frequentemente estão mais interessadas em enfraquecer a dinâmica regulatória do que propriamente capturá-la de forma absoluta ou mesmo eliminar a regulação.

Há que se registrar que existem poucas pesquisas empíricas sobre os processos de captura (Moss, Carpenter 2013; Dal Bó, 2006). Posner observa que este pequeno número de pesquisas sobre o tema parece revelar que se trata de algo vergonhoso e que deve ser escondido (1976).

Por conta dessa inexistência de pesquisas empíricas existem poucas metodologias que permitam comprovar cientificamente o fenômeno da Captura (embora a literatura conclua como certa sua existência). Uma das poucas referências relacionadas a tentativa de identificar a prova da existência da captura pode ser encontrada em Dal Bó e Rossi (2007) onde esses pesquisadores associaram indicadores de performance das concessionárias elétricas a existência de processos de captura onde foi evidenciado uma pior performance naquelas concessionárias submetidas a entidades regulatórias potencialmente capturadas.

3.0 - O ENFORCEMENT OU O PROCESSO DE FAZER CUMPRIR- ASPECTOS CONCEITUAIS.

De forma jocosa, os autores deste artigo concebem que o problema do fazer cumprir (ou o conceito que regras no Brasil, são como vacinas, algumas “pegam” e outras não) está associado a uma questão léxica, pois na língua portuguesa não existe uma palavra “forte” como o Enforcement. Precisa-se recorrer a um conjunto de palavras, “O fazer cumprir”.

Embora possa parecer óbvio para muitos, as ações de Enforcement são essenciais para a regulação e não são triviais. O laureado do Nobel Gary Becker (1968) apontou que esta função, além de essencial na credibilidade envolve diferentes custos: (I) custo da fiscalização, (II) custos dos processos e do estabelecimento das medidas cabíveis, (III) custos provenientes dos direitos de defesa e de recursos e (IV) custos decorrentes de medidas indevidas (erros do Tipo I e tipo II)⁴.

Embora a principal razão para se buscar o Enforcement seja o processo da credibilidade, deve-se somar a este os aspectos que a fiscalização promove (pelo menos parcialmente) a prevenção de riscos nem sempre passíveis de

¹ Por exemplo quando atua no sentido de uma Captura Tecnológica, por discordar politicamente das decisões do regulador, inclusive que pode ter sido nomeado por outros agentes de poder quando os mandatos ultrapassam um período eleitoral.

² No Governo Temer houve a determinação que editais de licitação de concessões fossem pré-aprovados pelo Tribunal de Contas da União - TCU, embora não existisse obrigação legal nesse sentido

³ A ANEEL permaneceu durante longos meses sem a diretoria completa, o que inviabilizava alguns procedimentos de tomada de decisão da Diretoria Colegiada por falta de quórum.

⁴ Erro do tipo I significa aplicar punição ou restringir uma atividade indevidamente e o erro do tipo II significa deixar de aplicar uma punição ou restringi-la quando devido.

compensação, maior eficiência com redução de custos e a defesa dos agentes hipossuficientes perante o poder das grandes organizações.

Para fazer cumprir alguma regra, os reguladores podem usar diferentes estratégias sendo as mais utilizadas aquelas que decorrem da: (I) coerção e punição, (II) da persuasão e (III) de diferentes estratégias daquilo que se convencionou chamar de regulação inteligente (Smart Regulation na definição mais frequente mesmo na literatura em língua portuguesa). O regulador em princípio deve poder escolher seu estilo de estratégia conforme o caso, gravidade ou importância e claro, esta escolha não precisa ser exclusiva.

Cabe um destaque que a revisão bibliográfica da matéria é muito mais pródiga de referenciais punitivos e coercitivos do que outras estratégias, talvez pela própria antiguidade desse conceito que associa uma punição a um mal feito, encontrado por exemplo no Código de Hamurabi (século XVIII A. C.) e no Velho Testamento (Livro do Êxodo 21:24), aliás em linha com o destacado por Kagan (2003) que considera as penalidades como de forte aderência com a cultura da sociedade em geral.

A professora Shrader-Frechette (1992) apresenta uma discussão, que embora não justifique explicitamente esta preferência pela regulação punitiva, pode ajudar a explicá-la. No artigo citado, a pesquisadora defende ser preferível erros do tipo I que os erros do tipo II pela já alegada dificuldade de compensação `a posteriori, conseqüentemente a ação determinativa punitiva funciona como estratégia impeditiva de uma ação a ser coibida, mesmo que por precaução.

No entanto, muitos autores recomendam uma combinação de estratégias, sem que seja feita exclusivamente a opção pela punição, por exemplo Ayres e Braithwaite (1992), Shapiro e Rabinowitz (1997) e Kagan (1994).

Outros autores defendem a estratégia punitiva e se concentram em aspectos importantes dessa estratégia de fazer cumprir. Por exemplo Hawkins (1984) defende a estratégia punitiva na perspectiva que é melhor prevenir do que tentar reparar danos `a posteriori. Já Kagan em obra citada anteriormente (1994) lembra que muitas empresas exercem uma “calculada” amoralidade para avaliar a posteriori as conseqüências (jocosamente no Brasil seria pagar para ver se dá problemas).

Gunningham e outros (2005) destacam o papel do exemplo, que pode inclusive servir de efeito rebote, qual seja a percepção que más condutas de terceiros foram ignoradas incentivando o descumprimento generalizado. Por outro lado, a punição exemplar de uma empresa serve de exemplo para se evitar que outras procedam inadequadamente. No mesmo texto esses autores ainda encontram em sua análise o papel da influência do líder da empresa regulada, criando uma hierarquia que os classifica (os líderes) em: (I) gente do bem, (II) colaborativos burocráticos, (III) relutantes cumpridores, (IV) descumpridores contumazes e (V) descumpridores por incompetência.

A pesquisadora Haines (1997) identificou que grandes corporações são mais sujeitas a assumir riscos de não cumprir com os regulamentos, do que empresas pequenas em razão do seu poder político, da capacidade de exercer este poder para corromper (captura vil) ao mesmo tempo dispondo de recursos para defesa legal e litigatória e também pelo fato que nas empresas pequenas a eventual responsabilização dos indivíduos torna-se mais recorrente pela facilidade de identificação do funcionário que tomou a decisão de descumprir e que tenha gerado conseqüências.

Na investigação conduzida por Baldwin e Anderson (2002) com 50 executivos de grandes empresas no Reino Unido foi evidenciado que entre as empresas punidas, 71% delas alteraram seus procedimentos de risco regulatório visando evitar novos apenamentos.

Na mesma vertente de tentar entender a eficácia das punições, Makkai e Braithwaite (1993) identificaram que multas de baixo valor mais frequentes são mais eficazes que multas muito elevadas, mas episódicas. O valor muito alto leva a uma resistência e a excesso de recursos inclusive na justiça comum para evitar o pagamento ou reduzi-lo, comprometendo a eficácia da punição.

A discussão empreendida por Makkai e Braithwaite (1993) também leva a necessidade da discussão da taxonomia das penalidades, eventualmente financeiras, mas sem que se descarte eventual prisão de responsáveis. O acidente da barragem de Brumadinho tornou esta discussão muito atual no Brasil. A mesma atualidade existe na discussão das penalidades pecuniárias aplicadas `as empresas envolvidas na Operação Lava a Jato, onde muitos argumentam que os males feitos das empresas, foram punidos com tamanha severidade que dificultam a recuperação econômica do país por fragilizar as empresas de grande porte e comprometer a própria geração de empregos.

No mesmo artigo Makkai e outro (1993) levanta a possibilidade que multas muito pesadas possam ser feitas na forma de transferência do “equity” da empresa para o governo para evitar-se comprometimento ao caixa da empresa punida. Esta alternativa registram os autores (1993) encontra forte resistência dos pensadores liberais, que encaram esta alternativa como uma espécie de estatização.

Os autores já citados (Ayres e Braithwaite,1992; Shapiro e Rabinowitz,1997; Kagan,1994 e Wright e outros, 2004). que defendem uma posição negocial de persuasão alegam que esta estratégia é muito menos desgastante pois evita-se a necessidade de provar a culpa (e eventual dolo), penalizar e enfrentar longos processos administrativos e jurídicos. A palavra chave é negociação.

As estratégias denominadas de Regulação Inteligente- RI, representam uma alternativa `as escolhas tradicionais de punir ou negociar. Conforme explicado por Scott (2004) as alternativas de RI pressupõe um conjunto de pressões e contrapressões pelo mercado financeiro (o regulador estabelece condicionantes que o sistema bancário deve cumprir para poder financiar determinado empreendimento de uma empresa regulada), por entidades associativas que devem fazer publicações ranqueando seus associados em determinados atributos (desse processo nasce uma pressão indireta pelos pares). A RI também pode fazer uso da estratégia da auto regulação com declarações voluntárias passíveis de serem fiscalizadas por amostragem (por exemplo `a semelhança de declarações de imposto de renda). Estas providências retiram do Regulador carga de trabalho e custos.

A possibilidade que o Regulador faça uso de regulações impostas na cadeia de suprimento ou em paralelo com a indústria também representam alternativas da RI, por exemplo uma agência técnica se valer das regulações contábeis da Comissão de Valores Mobiliários. Pode-se utilizar de obrigações de processos de certificação como sistemas ISO ou na área de emissões certificações de emissões apenas para utilizar uns poucos exemplos.

A determinação de anúncios públicos para reconhecimento de condutas inadequada como uma espécie de expiação pública pode também ser utilizada. Esta técnica foi utilizada pela Operação Lava Jato perante a Construtora Odebrecht⁵.

Os principais problemas encontrados nesse conjunto de autores no que tangem falhas na estratégia do Fazer Cumprir dizem respeito a concepção e regras confusas, ou muito longas e abrangentes, ou ainda muito complexas e aquelas que tratam de critérios de exclusão ou de inclusão, eventualmente permitindo um compliance “criativo”.

4.0 - CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO APRIMORAMENTO REGULATÓRIO NESSES TEMAS

Em relação à Captura, os achados das pesquisas aqui discutidas parecem indicar que em não sendo possível acreditar-se na Teoria do Interesse Público- TIP de forma integral, algum desvio sempre possa ocorrer, inclusive por que a complexidade do tema, como pode ser evidenciado na seção 2 deste trabalho, possui linhas tênues em relação a possibilidade de ocorrer um conflito de interesse (foco da primeira desqualificação da existência da TIP). Isto posto, o que é possível discutir são as estratégias para minorar efeitos negativos da captura.

Entre as providências clássicas está o fator de mandatos desencontrados dos reguladores em relação aos períodos de vigência dos governos, a impossibilidade de sua demissão imotivada, a especificação de requisitos técnicos no currículo dos candidatos a reguladores.

Nos EUA em alguns estados este cargo é provido por eleições, que se de um lado promove o debate público em torno das idéias do potencial regulador, de outro promove a necessidade de recursos para uma campanha eleitoral. A existência de períodos de quarentena no encerramento do termo de atuação de um regulador propicia um menor impacto do efeito “Porta giratória”, mas mesmo esta salvaguarda pode ter suas limitações de prazo e da necessidade de existência de recursos para manutenção do executivo, com mesmas vantagens salariais no período de restrição de atuação no mercado.

O processo de divisão do papel da regulação em diferentes agências em uma mesma indústria evidentemente reduz o poder decisório e pode ser utilizado como um mecanismo de aumentar os custos de transação dos grupos de pressão que buscam influenciar a regulação (Carpenter, 2004).

Ainda na mesma linha, Moe (1989) identificou que a separação de poderes aumenta as chances dos atores menos poderosos participarem do processo de decisão evitando-se serem dominados pelos grupos de pressão, mas ao mesmo tempo isto pode contaminar a eficiência de atuação⁶.

Carpenter (2004) também advoga que a captura pode ser minimizada pela criação de procedimentos administrativos a serem cumpridos antes da edição de alguma norma regulatória e que esta obrigatoriedade aumentariam as oportunidades de fiscalização da sociedade (empoderamento do consumidor) inclusive com papel da imprensa. Ocorre que esta estratégia aumenta a burocracia, eventualmente causa perda da eficiência do processo e carece de agentes da sociedade e jornalistas “educados” para uma melhor análise dos aspectos tecnicistas. Sustain (2011) discute o papel de consultores para verificação da adequação da legalidade jurídica, das análises de custo benefício⁷ e audiências públicas como etapas que antecedem a edição de um novo regulamento. Novamente estas etapas burocráticas permitem maior segurança na prevenção da Captura podem atrasar os processos.

Com relação ao “fazer cumprir” existem evidências das vantagens de ações de Regulação Inteligente, em especial a auto regulação pelo fato que este estilo retira a pressão da agência em relação a ineficácia, corrupção e impotência administrativa (Atlan e Glazer, 2010). Em contrapartida existe uma espécie de descrédito da sociedade sobre as reais possibilidades que a auto regulação possa ser conduzida de boa vontade por parte dos regulados, portanto esta “liberalidade” precisa vir acompanhada de salvaguardas como a obrigatoriedade de publicação de Códigos de conduta e fiscalização amostral.

Outros autores (Colovsky, Pires e Silby, 2010) defendem que o processo entre a edição de regulamentos (Ação Política) e Enforcement (Ação de comando e controle) na verdade é muito mais dinâmica do que parece, e que os reguladores para serem bem sucedidos no processo de obter o cumprimento / compliance estabelecido nos

5 Trecho do Comunicado publicado nos principais jornais do Brasil, por exemplo Folha de São Paulo, em 1 de dezembro de 2016. “DESCULPE, A ODEBRECHT ERROU A Odebrecht reconhece que participou de práticas impróprias em sua atividade empresarial. Não importa se cedemos a pressões externas. Tampouco se há vícios que precisam ser combatidos ou corrigidos no relacionamento entre empresas privadas e o setor público. O que mais importa é que reconhecemos nosso envolvimento, fomos coniventes com tais práticas e não as combatemos como deveríamos. Não admitiremos que isso se repita. Por isso, a Odebrecht pede desculpas, inclusive por não ter tomado antes esta iniciativa.....”

6 Como exemplo emblemático pode-se comparar a existência da ANEEL e da ANP no Brasil (talvez a ANA como agência subsidiária neste caso) que tratam de forma direta e indireta de energia. A questão que se coloca é se estas Agências poderiam ser reunidas em uma só entidade ou mantidas em separado. No Reino Unido a OFGEM-Office of Gas and Electricity Markets nasceu da junção das agências de energia elétrica e gás natural visando o ganho de eficiência.

7 Obrigatoriedade de relatórios de Impacto Regulatório por exemplo. Outro exemplo pode ser encontrado no Task Group for Better Regulation no Reino Unido que recomenda prazos mínimos e procedimentos para a realização de audiências públicas.

regulamentos precisam desenvolver uma relação adaptativa que se auto ajusta por um processo experimental e negocial periódico. Os estilos para este processo podem ser múltiplos, sendo que Hunter e Waterman (1992) registraram 60 diferentes estratégias para obtenção do Enforcement em agências ambientais relacionadas a recursos hídricos nos EUA.

A busca do estilo que melhor se adapta às condições específicas de uma determinada indústria em uma determinada ocasião deve fazer uso do racional e do entendimento das razões que levariam o regulado a cuidar do compliance regulatório. Nesse sentido Nielsen e Parker (2009) identificaram pelo menos 3 blocos de razões que direcionam o cumprimento das obrigações dos regulados, a saber: Motivações Calculadas (evitar penalizações); Motivações Sociais (desejo de respeitar a sociedade) e Motivações Normativas (respeito ao dever e às regras). Entre os achados desses pesquisadores (2009) está o fato que o posicionamento dos regulados pode mudar em função das regras e do contexto de negócios onde eles estão inseridos em determinado momento.

5.0 - CONCLUSÃO

As conclusões de vários pesquisadores sobre a falta de trabalhos de pesquisas mais abrangentes sobre os temas deste trabalho: Captura e Enforcement (Posner, 1976 por exemplo) se refletem na realidade Brasileira.

Uma análise do “status quo” brasileiro indica que inexistem pesquisas sobre Captura, onde os autores podem destacar uma carência de artigos e pesquisas sobre a aplicação de penalidades e sua eficácia no recebimento das multas associadas (quantos processos efetivamente chegam ao seu término), excesso de indicações político partidárias, inexistência de regras claras e isonômicas a respeito de quarentenas, bem como o registro de dirigentes ou técnicos qualificados de agências reguladoras que possam ser classificados como afetados pelo efeito “portas giratória”.

No campo do fazer cumprir, o contingenciamento orçamentário das diferentes agências, em especial da ANEEL tem produzido consequências na restrição dos processos fiscalizatórios. Uma sucessão de acidentes envolvendo segurança de obras e instituições tem sido particularmente alarmante neste ano de 2019 (o acidente e Brumadinho é um triste exemplo desse quadro). O ambiente é mais grave quando se percebe que muitos desses casos poderiam ter sido evitados se as normas já existentes fossem mais bem fiscalizadas no sentido de se obter o compliance daquilo que está perfeitamente determinado nos regulamentos.

No entender dos autores, os temas aqui abrangidos representam importante referencial que pode ser utilizado para o desenvolvimento de pesquisas sobre o funcionamento das instituições de regulação no Brasil. Espera-se que o tema não venha a ser considerado “proibido” como aventou Posner (1974) por tratar de aspectos delicados do comportamento humano. Para isso cabe a iniciativa das Universidades no direcionamento de pesquisas e por parte das agências da criação de grupos de trabalho e discussão que possam ser propositivos na expectativa de melhores práticas no desenvolvimento da regulação no Brasil

6.0 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) McCraw, T.K. **Prophets of regulation**. Harvard University Press, Cambridge, USA, 1984.
- (2) NARUC- National Association of Regulatory Utility Commissioners. **ABOUT NARUC**. Disponível em <https://www.naruc.org/about-naruc/about-naruc/>, acesso em 31/03/2019.
- (3) Brown, A.C., Stern, J., Tenenbaum, B. **Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems**. World Bank Press, USA, 2006.
- (4) Dal Bó, E. **Regulatory Capture: a review**. Oxford Review of Economic Policy, vol. 22, issue 2 p.203-225, 2006.
- (5) Stigler, G. J. **The theory of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol 2, issue 1, p.3-21, 1971.
- (6) Berstein, M. H. **Regulation Business by independent commission**. The American Political Science Review, vol.49, issue 4, p.1160-1163, 1955.
- (7) Posner, R. A. **Theories of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 5, issue 2, p.335-358, 1974.
- (8) Peltzman, S. **Toward a more general theory of regulation**. Journal of Law and Economics, vol 19, issue 2, p.211-240, 1976.
- (9) Becker, G. **A theory of competition among pressure groups for political influence**. The quarterly journal of Economics, vol. 98, issue 3, p.371-400, 1983.
- (10) Munson, R. **From Edison to Enron**. 1st edition, Praeger Publishers, 2005, CT, USA.
- (11) Cudahy, R. D., Henderson, W. D. **From Insull to Enron: Corporate (Re) Regulation after the rise and fall of two energy icons**. Research Paper No 18, School of Law- Bloomington, Indiana University, 2005.
- (12) Moss, D. A., Carpenter, D. **Preventing regulation capture: special interest, influence and how to limit it**. Cambridge University Press, 2013.
- (13) Jordão, E., Ribeiro, M.P. **Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples**. Revista de estudos Institucionais, vol. 3, numero 1, p.180-209, 2017.
- (14) Sales, C. J. **Os reguladores sob ameaça**. Jornal o Estado de São Paulo, 2011.
- (15) Gormley Jr., W. T. **A test of the revolving door hypothesis at the FCC**. American Journal of political Science, vol.23, issue 4, p.665-683, 1979.

- (16) Rittner, D., Bittencourt, R. **Sem dinheiro a ANEEL corta até inspeção de barragens.** Jornal O Valor Econômico, 2017.
- (17) Dal Bó, E., Rossi, M.A. **Corruption and inefficiency: theory and evidence from electrical utilities.** Journal of Public Economics, vol 91, issue5/6, p.939-962,2007
- (18) Becker, G. **Crime and Punishment: an economic approach.** Journal of Political Economy, vol. 76, p.169-217, 1968.
- (19) Kagan, R. **Adversarial Legalism: the american way of law.** Harvard University Press, USA, 2003.
- (20) Shrader-Frechett, K. S. **Risk and rationality: philosophical foundations for populist reforms.** Journal of Environmental Values, vol. 1, issue 3, p 269-270, 1992.
- (21) Ayres, I., Braithwaite, J. **Responsive Regulation: transcending the regulation debate.** Oxford University press, UK, 1992.
- (22) Wright, M. Marsden, S., Antonelli, A. **Building an evidence base for the Health and Safety Commission Strategy to 2010 and beyond: a literature review of interventions to improve health and safety compliance** HSE Books, 2004.
- (23) Shapiro, S., Rabinowitz, R. **Punishment versus cooperation in regulatory enforcement: a case study of OSHA.** Journal of Administrative Law Review, vol. 14. p.713-764,1997.
- (24) Kagan, R. **Regulatory enforcement.** In Handbook of Regulation and administrative law. USA, 1994.
- (25) Hawkins, K. **Environment and enforcement.** Oxford University press, USA, 1984.
- (26) Gunningham, N., Kagan, R. Thornton, D. **General deterrence and corporate behaviour.** Journal of Law and Policy, vol.27, p. 262-268,2005.
- (27) Haines, F. **Corporate regulation; beyond punish or persuade.** Oxford Clarendon Press, UK, 1997.
- (28) Baldwin, R., Anderson, J. **Rethinking regulatory risk.** WP London School of Economics, 2002.
- (29) Makkai, T., Braithwaite, J. **The limits of economic analysis of regulation: an empirical case and a case for empiricism.** Journal of law and policy, vol. 15, p.271.
- (30) Scott, C. **Regulation in the age of governance: the rise of the post-regulatory state.** Chapter in The Politics of Regulation: Institutions and regulatory reforms for the age of Governance, 2004.
- (31) Carpenter, D. P. **Protection without Capture: Product Approval by a Politically Responsive, Learning Regulator.** American Political Science Review Vol. 98, issue 4, p.613-631, 2004.
- (32) Moe, T. M. **The politics of bureaucratic structure.** Chapter in Can the government Govern? p. 267-329 The Brooking Institution, 1989.
- (33) Sustain, C. **Empirically Informed Regulation.** The University of Chicago Law Review, p1349-1429, 2011.
- (34) Atlan, M., Glazer, G. **State enforcement and voluntary codes in social responsibility areas: integrated tools for the strengthening of enforcement.** Jerusalem Papers in Regulation and Governance, WP 10, p.1-3, 2010.
- (35) Colovsky, S., Pires, R., Silby, S. **The pragmatic politics of regulatory enforcement.** Jerusalem Papers in Regulation and Governance, WP 29, p.1-22, 2010.
- (36) Nielsen, V. L., Parker, C. **Testing responsive regulation in regulatory enforcement.** Journal of Regulation and Governance, vol.3, issue 4, p.376-399, 2009

7.0 - DADOS BIAGRÁFICOS



FERNANDO AMARAL DE ALMEIDA PRADO JR, Engenheiro Civil pela Unicamp (1977), Curso de Especialização em Administração Contábil e Financeira- CEAG- FGV-SP (1989), mestrado em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Unicamp (1994), doutorado em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Unicamp (1999) e pós-doutorado pela Universidade de São Paulo (2006) e pela Unicamp. É professor colaborador de pós-graduação da USP. Desde 2001, é sócio gerente da empresa Sinerconsult – Consultoria e Treinamento, onde atua como consultor de empresas além de atuar Projetos de Pesquisa e Desenvolvimento. E-mail: fernando@sinerconsult.com.br



ANA LUCIA RODRIGUES DA SILVA possui graduação em Física pela UNESP (1986), Mestrado (1992) e Doutorado (1998) em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Faculdade de Engenharia Mecânica da Unicamp, onde realizou seu pós-doutorado (2009). É pós-doutora também pela Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo da Unicamp (2011). Atualmente é professora do SENAC e sócia gerente da empresa Sinerconsult – Consultoria e Treinamento. Autora dos livros Monografia Fácil (2005), Marketing Energético (2009), Energetic Marketing (Alemanha, 2010), Comportamento do Grande Consumidor de Energia Elétrica (2011) e Cruzeiros Marítimos (2018). E-mail: ana@sinerconsult.com.br